

Comentarios a la

CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

DIRECTORES:

Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer
María Emilia Casas Baamonde

TOMO II

CONMEMORACIÓN DEL XL ANIVERSARIO DE LA CONSTITUCIÓN



DIRECTORES

Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer
María Emilia Casas Baamonde

EDITORES

Enrique Arnaldo Alcubilla
Jesús Remón Peñalver

COORDINADORES

Mercedes Pérez Manzano
Ignacio Borrajo Inieta

Comentarios a la CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

XL ANIVERSARIO

BOE BOLETÍN
OFICIAL DEL
ESTADO



Fundación
Wolters Kluwer
España



FUNDACIÓN WOLTERS KLUWER

PATRONOS

Rosalina DÍAZ VALCÁRCEL (*Presidenta*)
María Ángeles AMADOR MILLÁN
Enrique ARNALDO ALCUBILLA
María José GARCÍA BEATO
Joaquín GARCÍA-ROMANILLOS VALVERDE
Manuel MARCHENA GÓMEZ
Mónica LÓPEZ-MONÍS GALLEGO
José María MICHAVILA NÚÑEZ
Jesús REMÓN PEÑALVER
Juan ROCA GULLAMÓN
Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER
Ramiro SÁNCHEZ de LERÍN GARCÍA-OVIÉS

Primera edición en este formato: Octubre de 2018

Edita: Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia

C/ Collado Mediano, 9

28231 – Las Rozas (Madrid)

Tel.: 902 42 00 10 – Fax: 902 42 00 12

<http://www.fundaciónwolterskluwer.es>



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons de Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional, (CC BY-NC-ND 4.0).

NIPO BOE: 786-18-102-X

NIPO JUSTICIA: 051-18-024-9

ISBN: 978-84-340-2503-5

Depósito Legal: M-32499-2018

Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado
Avda. de Manoteras, 54. 28050 Madrid

Índice Sistemático

Índice alfabético de autores	XV
Abreviaturas	XXI

TÍTULO III

DE LAS CORTES GENERALES

CAPÍTULO I

De las Cámaras [arts. 66 a 80]

De las Cortes Generales

Landelino LAVILLA ALSINA	5
Artículo 66	
Francisco CAAMAÑO DOMÍNGUEZ	13
Francisco CAAMAÑO DOMÍNGUEZ e Ignacio TORRES MURO	20
Artículo 67	
Enrique ARNALDO ALCUBILLA	30
Francisco CAAMAÑO DOMÍNGUEZ	33
Juan Carlos DA SILVA OCHOA	41
Artículo 68	
Pablo SANTOLAYA MACHETTI y ENRIQUE ARNALDO ALCUBILLA	47
Artículo 69	
Ramón PUNSET BLANCO	59
Artículo 70	
Pablo SANTOLAYA MACHETTI y Enrique ARNALDO ALCUBILLA	72
Javier PARDO FALCÓN	81
Artículo 71	
Fernando SANTAOLALLA LÓPEZ	97
Artículo 72	
Enrique ARNALDO ALCUBILLA	114
Artículo 73	
Juan Carlos DA SILVA OCHOA	117
Artículo 74	
Juan Carlos DA SILVA OCHOA	123

Índice Sistemático

Artículo 75	
Alberto ARCE JANÁRIZ	129
Artículo 76	
Fabio PASCUA MATEO.....	139
Artículo 77	
Pablo GARCÍA MANZANO	150
Artículo 78	
Markus GONZÁLEZ BEILFUSS	159
Artículo 79	
Juan Carlos DA SILVA OCHOA	167
Artículo 80	
Juan Carlos DA SILVA OCHOA	174

CAPÍTULO II

De la elaboración de las leyes [arts. 81 a 92]

Artículo 81	
Pascual SALA SÁNCHEZ	181
Artículos 82, 83, 84 y 85	
Eduardo VÍRGALA FORURIA	204
Artículo 86	
Juan Carlos DUQUE VILLANUEVA	219
Artículo 87	
Piedad GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ	238
Artículo 88	
Piedad GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ	247
Artículo 89	
Piedad GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ	258
Artículo 90	
Ramón PUNSET BLANCO	268
Artículo 91	
Enrique ARNALDO ALCUBILLA	276
Artículo 92	
Nicolás PÉREZ SOLA	283

CAPÍTULO III

De los Tratados Internacionales [arts. 93 a 96]

Artículo 93	
Pablo PÉREZ TREMPs	296
Miguel Ángel AMORES CONRADI y Enrique ARNALDO ALCUBILLA.....	312
Artículo 94	
Javier DíEZ-HOCHLEITNER	323
Artículo 95	
Manuel PULIDO QUECEDO	338
Artículo 96	
Paz ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA	355

TÍTULO IV

DEL GOBIERNO Y DE LA ADMINISTRACIÓN

Del Gobierno y de la Administración

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA	377
Artículo 97	
Marc CARRILLO LÓPEZ	382
José María BAÑO LEÓN	393
Artículo 98	
Marc CARRILLO LÓPEZ	402
Artículo 99	
Joan VINTRÓ CASTELLS	410
Artículo 100	
Marc CARRILLO LÓPEZ	423
Artículo 101	
Marc CARRILLO LÓPEZ	426
Artículo 102	
Miguel Ángel MONTAÑÉS PARDO	438
Cándido CONDE-PUMPIDO TOURÓN.....	448
Artículo 103	
Miguel SÁNCHEZ MORÓN	452
Artículo 104	
Javier BARCELONA LLOP	472
Artículo 105	
Juan Francisco MESTRE DELGADO	487
Artículo 106	
Jesús LEGUINA VILLA y Eva DESDENTADO DAROCA	503
Jesús LEGUINA VILLA y Martín María RAZQUIN LIZARRAGA	517
Artículo 107	
Enrique ALONSO GARCÍA	537

TÍTULO V

DE LAS RELACIONES ENTRE EL GOBIERNO Y LAS CORTES GENERALES

De las relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales

Manuel JIMÉNEZ DE PARGA CABRERA	559
Juan José GONZÁLEZ RIVAS	565
Artículo 108	
Francisco Javier MATÍA PORTILLA	569
Artículo 109	
José TUDELA ARANDA	581
Artículo 110	
Francisco Javier MATÍA PORTILLA	591
Artículo 111	
Francisco Javier MATÍA PORTILLA	597

Índice Sistemático

Artículos 112, 113 y 114 Cristina ELÍAS MÉNDEZ	602
Artículo 115 Fernando SANTAOLALLA LÓPEZ	622
Artículo 116 Ignacio TORRES MURO y Víctor FERRERES COMELLA	630

TÍTULO VI

DEL PODER JUDICIAL

Del poder judicial

Tomás VIVES ANTÓN.....	641
Artículo 117 Ignacio DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ.....	646
Artículo 118 José GARBERÍ LLOBREGAT	671
Artículo 119 José GARBERÍ LLOBREGAT	678
Artículo 120 Miguel Ángel MONTAÑÉS PARDO	685
Jesús M. ^a GONZÁLEZ GARCÍA	695
Artículo 121 Isabel PERELLÓ DOMÉNECH	699
Artículo 122 Luis AGUIAR DE LUQUE	712
Artículo 123 Juan Antonio XIOL RÍOS	736
Artículo 124 Juan Cesáreo ORTIZ ÚRCULO	757
Eduardo TORRES-DULCE LIFANTE	766
Artículo 125 Pedro CRESPO BARQUERO	781
Artículo 126 Rafael BELLIDO PENADÉS	795
Artículo 127 José DE LA MATA AMAYA	809

TÍTULO VII

ECONOMÍA Y HACIENDA [ARTS. 128 A 136]

Economía y Hacienda

Álvaro RODRÍGUEZ BERELIO	823
Artículo 128 Luis ORTEGA ÁLVAREZ y Luis ARROYO JIMÉNEZ	832
Artículo 129 Jesús R. MERCADER UGUINA	843
Koldo SANTIAGO REDONDO	847

Artículo 130	
Juan Antonio UREÑA SALCEDO	853
Artículo 131	
José María BAÑO LEÓN	858
Artículo 132	
Germán FERNÁNDEZ FARRERES	862
Artículo 133	
Gabriel CASADO OLLERO	876
Artículo 134	
Juan Ignacio MORENO FERNÁNDEZ	905
Artículo 135	
Fernando DE LA HUCHA CELADOR	922
Artículo 136	
Manuel NÚÑEZ PÉREZ	950

TÍTULO VIII

DE LA ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DEL ESTADO [ARTS. 137 A 158]

CAPÍTULO I

Principios generales [arts. 137 a 139]

De la organización territorial del Estado

Luis LÓPEZ GUERRA	969
Artículo 137	
Javier GARCÍA ROCA e Ignacio GARCÍA VITORIA	977
Artículo 138	
Enoch ALBERTÍ ROVIRA	997
Artículo 139	
Enoch ALBERTÍ ROVIRA	1005

CAPÍTULO II

De la Administración Local [arts. 140 a 142]

Artículo 140	
Francisco VELASCO CABALLERO	1018
Manuel REBOLLO PUIG	1035
Artículo 141	
Manuel REBOLLO PUIG	1052
Artículo 142	
Manuel MEDINA GUERRERO	1072

CAPÍTULO III

De las Comunidades Autónomas [arts. 143 a 158]

Artículo 143	
Enric FOSSAS ESPADALER	1088
César AGUADO RENEDO	1102

Índice Sistemático

Artículo 144	
Juan Francisco MESTRE DELGADO	1108
Artículo 145	
José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO.....	1112
Artículo 146	
César AGUADO RENEDO	1119
Artículo 147	
Javier GARCÍA ROCA e Ignacio GARCÍA VITORIA.....	1124
César AGUADO RENEDO	1142
Artículo 148	
Luis POMED SÁNCHEZ	1155
Julio V. GONZÁLEZ GARCÍA	1165
Julio V. GONZÁLEZ GARCÍA	1167
Julio V. GONZÁLEZ GARCÍA	1169
Juan Antonio UREÑA SALCEDO	1171
Antonio FANLO LORAS	1180
Miguel CASINO RUBIO	1186
Jesús R. MERCADER UGUINA	1196
Pedro ORTEGO GIL	1204
Artículo 149	
Juan PEMÁN GAVÍN	1212
Santiago RIPOLL CARULLA	1225
Santiago RIPOLL CARULLA	1231
Fernando LÓPEZ RAMÓN	1237
Joaquín HUELÍN MARTÍNEZ DE VELASCO	1244
Javier GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO-VELÁZQUEZ	1252
Esteban MESTRE DELGADO	1260
María Emilia CASAS BAAMONDE	1271
Carlos GÓMEZ DE LA ESCALERA	1294
Santiago RIPOLL CARULLA	1304
Juan PEMÁN GAVÍN	1310
Vicente ÁLVAREZ GARCÍA	1321
Javier GUILLÉN CARAMÉS.....	1331
Carlos ORTEGA CARBALLO	1341
Antonio EMBID IRUJO	1349
Edorta COBREROS MENDAZONA	1355
Jesús R. MERCADER UGUINA	1368
José María BAÑO LEÓN	1376
Armando SALVADOR SANCHO y Alicia CAMACHO GARCÍA.....	1385
Julio V. GONZÁLEZ GARCÍA	1390
Nuria GARRIDO CUENCA	1393
Antonio FANLO LORAS	1405
Armando SALVADOR SANCHO y Alicia CAMACHO GARCÍA.....	1413
Julio V. GONZÁLEZ GARCÍA	1419
Vicente ÁLVAREZ GARCÍA	1423
Luis POMED SÁNCHEZ	1433
Juan Manuel ALEGRE ÁVILA	1441
Vicenç AGUADO I CUDOLÀ	1458
Antonio EMBID IRUJO	1475
Manuel IZQUIERDO CARRASCO	1487
Nicolás PÉREZ SOLA	1494
Juan Manuel ALEGRE ÁVILA	1499
Ignacio BORRAJO INIESTA	1508

Artículo 150	
José Antonio MONTILLA MARTOS	1540
Artículo 151	
César AGUADO RENEDO	1558
Artículo 152	
Juan José GONZÁLEZ RIVAS	1565
Juan Antonio XIOL RÍOS	1575
César AGUADO RENEDO	1583
Manuel REBOLLO PUIG	1592
Artículo 153	
Rafael FERNÁNDEZ MONTALVO	1601
Artículo 154	
Andrés BOIX PALOP	1626
Artículo 155	
Germán GÓMEZ ORFANEL	1636
Artículo 156	
Juan MARTÍN QUERALT	1651
Artículo 157	
Juan MARTÍN QUERALT	1669
Ángel AGUALLO AVILÉS y Esther BUENO GALLARDO	1691
Artículo 158	
Juan Ignacio MORENO FERNÁNDEZ	1703

TÍTULO IX

DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL [ARTS. 159 A 165]

Del Tribunal Constitucional

Pedro CRUZ VILLALÓN	1717
Artículo 159	
José GABALDÓN LÓPEZ	1724
Enrique GABALDÓN CODESIDO	1742
Artículo 160	
Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER y Francisco PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL	1746
Artículo 161	
Rafael DE MENDIZÁBAL ALLENDE	1758
Artículo 162	
Vicente GIMENO SENDRA	1785
Artículo 163	
Guillermo JIMÉNEZ SÁNCHEZ	1796
Artículo 164	
Vicente CONDE MARTÍN DE HIJAS	1823
Artículo 165	
Ignacio BORRAJO INIESTA	1841

Índice Sistemático

TÍTULO X

DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL [ARTS. 166 A 169]

De la reforma constitucional

Francisco RUBIO LLORENTE	1857
Artículo 166	
Juan Luis REQUEJO PAGÉS	1865
Artículo 167	
Juan Luis REQUEJO PAGÉS	1870
Artículo 168	
Juan Luis REQUEJO PAGÉS	1879
Artículo 169	
Juan Luis REQUEJO PAGÉS	1886

DISPOSICIONES ADICIONALES

Disposición adicional primera	
José TUDELA ARANDA	1892
Fernando DE LA HUCHA CELADOR	1908
Disposición adicional segunda	
Benito ALÁEZ CORRAL	1920
Disposición adicional tercera	
Juan Ignacio MORENO FERNÁNDEZ	1932
Disposición adicional cuarta	1943

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Disposición transitoria primera	
Pedro ORTEGO GIL	1947
Disposición transitoria segunda	
César AGUADO RENEDO	1953
Disposición transitoria tercera	
Pedro ORTEGO GIL	1957
Disposición transitoria cuarta	
José Antonio RAZQUIN LIZARRAGA	1962
Disposición transitoria quinta	
José María PORRAS RAMÍREZ	1969
Disposición transitoria sexta	
César AGUADO RENEDO	1976
Disposición transitoria séptima	1978
Disposición transitoria octava	
Pedro ORTEGO GIL	1979
Disposición transitoria novena	
Pedro ORTEGO GIL	1984

DISPOSICIÓN DEROGATORIA

Disposición derogatoria	
Pedro ORTEGO GIL	1994
José Antonio RAZQUIN LIZARRAGA	1999
Ignacio BORRAJO INIESTA	2002

DISPOSICIÓN FINAL

Disposición final	
Ignacio BORRAJO INIESTA	2021
La primera reforma de la Constitución	
Pablo PÉREZ TREMPES	2031
La segunda reforma de la Constitución	
Fernando DE LA HUCHA CELADOR	2041
Índice Analítico	2057

Índice alfabético de autores

Vicenç AGUADO I CUDOLÀ

— Artículo 149.1.29.^a

César AGUADO RENEDO

— Artículos 8, 30, 143.2 y 3, 146, 147.3, 151 y 152.2 y Disposiciones Transitorias 2.^a y 6.^a

Ángel AGUALLO AVILÉS

— Artículos 31 y 157.3

Luis AGUIAR DE LUQUE

— Artículo 122

Benito ALÁEZ CORRAL

— Disposición Adicional 2.^a

Enoch ALBERTÍ ROVIRA

— Artículos 138 y 139

Rafael ALCÁCER GUIRAO

— Artículo 18.2

Juan Manuel ALEGRE ÁVILA

— Artículos 46, 149.1.28.^a y 149.2

Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL

— Artículo 38

Enrique ALONSO GARCÍA

— Artículo 107

Vicente ÁLVAREZ GARCÍA

— Artículo 149.1.12.^a y 25.^a

Miguel Ángel AMORES CONRADI

— Artículos 11, 12 y 93

Paz ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA

— Artículo 96

Manuel ARAGÓN REYES

— Artículo 1

Alberto ARCE JANÁRIZ

— Artículo 75

Enrique ARNALDO ALCUBILLA

— Artículos 13.2, 67.1, 68, 70.1, 72, 91 y 93

Luis ARROYO JIMÉNEZ

— Artículo 128

Xavier ARZOS SANTISTEBAN

— Artículo 27.10

Adela ASÚA BATARRITA

— Artículo 25.1

José María BAÑO LEÓN

— Artículos 97, 131 y 149.1.18.^a

Javier BARCELONA LLOP

— Artículo 104

Margarita BELADIEZ ROJO

— Artículo 23.2

Enrique BELDA PÉREZ-PEDRERO

— Artículo 62

Rafael BELLIDO PENADÉS

— Artículo 126

Aurelio BLANCO PEÑALVER

— Artículo 24.1

Andrés BOIX PALOP

— Artículo 154

Ignacio BORRAJO INIESTA

— Artículos 149.3 y 165, Disposición Derogatoria y Disposición Final

Esther BUENO GALLARDO

— Artículo 31 y 157.3

Francisco CAAMAÑO DOMÍNGUEZ

— Artículos 66 y 67.2

Alicia CAMACHO GARCÍA

— Artículo 149.1.19.^a y 23.^a

Matilde CARLÓN RUIZ

— Artículos 20.3, 36 y 52

Marc CARRILLO LÓPEZ

— Artículos 97, 98, 100 y 101

Gabriel CASADO OLLERO

— Artículo 133

María Emilia CASAS BAAMONDE

— Introducción, Título Primero y Artículos 40 y 149.1.7.^a

Índice alfabético de autores

Miguel CASINO RUBIO

— Artículo 148.1.19

Edorta COBREROS MENDAZONA

— Artículo 149.1.16.^a

Pablo COLOMINA CEREZO

— Artículo 17.2

Vicente CONDE MARTÍN DE HIJAS

— Artículo 164

Cándido CONDE-PUMPIDO TOURÓN

— Artículo 102

Nieves CORTE HEREDERO

— Artículo 42

Pedro CRESPO BARQUERO

— Artículo 125

Pedro CRUZ VILLALÓN

— Título IX

Eva DESDENTADO DAROCA

— Artículo 106.1 y 2

Julio DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO

— Artículos 17.3 y 24.2

Javier DÍEZ-HOCHLEITNER

— Artículo 94

Ignacio DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ

— Artículo 117

Luis María DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ

— Artículo 21

Juan Carlos DUQUE VILLANUEVA

— Artículos 6 y 86

Cristina ELÍAS MÉNDEZ

— Artículos 112 a 114

Antonio EMBID IRUJO

— Artículo 149.1.15.^a y 30.^a

Ricardo ENRÍQUEZ SANCHO

— Artículo 26

Antonio FANLO LORAS

— Artículos 148.1.10 y 149.1.22.^a

Germán FERNÁNDEZ FARRERES

— Artículo 132

Manuel FERNÁNDEZ-FONTECHA TORRES

— Artículos 58 a 61 y 64

María Fernanda FERNÁNDEZ LÓPEZ

— Artículos 9.2 y 14

Rafael FERNÁNDEZ MONTALVO

— Artículo 153

Victor FERRERES COMELLA

— Artículos 55 y 116

Enric FOSSAS ESPADALER

— Artículos 3 y 143.1

Enrique GABALDÓN CODESIDO

— Artículo 159

José GABALDÓN LÓPEZ

— Artículo 159

José GARBERÍ LLOBREGAT

— Artículos 118 y 119

Juan GARCÍA BLASCO

— Artículo 37.2

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA

— Título IV

Javier GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO-VELÁZQUEZ

— Artículo 149.1.6.^a

Piedad GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ

— Artículos 87 a 89

Pablo GARCÍA MANZANO

— Artículos 29 y 77

Joaquín GARCÍA MURCIA

— Artículo 7

Ignacio GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN

— Artículo 28.2

Javier GARCÍA ROCA

— Artículos 137 y 147.1 y 2

Jesús GARCÍA TORRES

— Artículo 57

Ignacio GARCÍA VITORIA

— Artículo 137, 147.1 y 2

Francisco J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ

— Artículo 12

Nuria GARRIDO CUENCA

— Artículo 149.1.20.^a y 21.^a

Eugenio GAY MONTALVO

— Artículo 48

Vicente GIMENO SENDRA

— Artículos 24.2 y 162

José María GOERLICH PESET

— Artículo 28.1

Carlos GÓMEZ DE LA ESCALERA

— Artículo 149.1.8.^a

Rafael GÓMEZ-FERRER MORANT

— Artículo 47

Ángel J. GÓMEZ MONTORO

— Artículo 22

Germán GÓMEZ ORFANELL

— Artículo 155

Markus GONZÁLEZ BEILFUSS

— Artículo 78

Jesús M.^a GONZÁLEZ GARCÍA

— Artículo 120

Índice alfabético de autores

Julio V. GONZÁLEZ GARCÍA

— Artículos 148.1. 4, 5 y 6 y 149.1.20.^a, 21.^a y 24.^a

Juan José GONZÁLEZ RIVAS

— Título V y Artículo 152.1

José Luis GOÑI SEIN

— Artículos 40 y 50

Javier GULLÉN CARAMÉS

— Artículo 149.1.13.^a

Miguel HERRERO DE MIÑÓN

— Preámbulo

Fernando DE LA HUCHA CELADOR

— Artículo 135, Disposición Adicional 1.^a y Reforma de 2011

Joaquín HUELÍN MARTÍNEZ DE VELASCO

— Artículo 149.1.5.^a y 6.^a

Susana HUERTA TOCILDO

— Artículo 25.1

Manuel IZQUIERDO CARRASCO

— Artículos 51 y 149.31.^a

Cristina IZQUIERDO SANS

— Artículo 13.1

Javier JIMÉNEZ CAMPO

— Artículo 10.1

Manuel JIMÉNEZ DE PARGA CABRERA

— Título V

Guillermo JIMÉNEZ SÁNCHEZ

— Artículo 163

Ángel JUANES PECES

— Artículo 24.2

Juan Antonio LASCURAÍN SÁNCHEZ

— Artículo 17.1 y 17.4

Landelino LAVILLA ALSINA

— Título III

Jesús LEGUINA VILLA

— Artículo 106

Antonio LÓPEZ CASTILLO

— Artículos 16.3 y 27

Luis LÓPEZ GUERRA

— Título VIII

Juan José LÓPEZ ORTEGA

— Artículo 24.2

Fernando LÓPEZ RAMÓN

— Artículo 149.1.4.^a

Hermínio LOSADA GONZÁLEZ

— Artículo 19

Ángel MARRERO GARCÍA-ROJO

— Artículos 9.1, 9.3 y 23.1

Juan MARTÍN QUERALT

— Artículos 156 y 157.1 y 2

José DE LA MATA AMAYA

— Artículos 127

Francisco Javier MATÍA PORTILLA

— Artículos 108, 110 y 111

Ignacio MATÍA PRIM

— Artículo 40

Manuel MEDINA GUERRERO

— Artículos 53.1 y 2 y 142

Rafael DE MENDIZÁBAL ALLENDE

— Artículo 161

Jesús R. MERCADER UGUINA

— Artículos 41, 129.1, 148.1.20 y 149.1.17.^a

Esteban MESTRE DELGADO

— Artículo 149.1.6.^a

Juan Francisco MESTRE DELGADO

— Artículos 105 y 144

Miguel Ángel MONTAÑÉS PARDO

— Artículos 24, 102 y 120

José Antonio MONTILLA MARTOS

— Artículo 150

Juan Ignacio MORENO FERNÁNDEZ

— Artículos 134 y 158 y Disposición Adicional 3.^a

Eva NIETO GARRIDO

— Artículos 34 y 44

Magdalena NOGUEIRA GUASTAVINO

— Artículo 35

Manuel NÚÑEZ PÉREZ

— Artículo 136

Luis ORTEGA ÁLVAREZ

— Artículo 128

Carlos ORTEGA CARBALLO

— Artículos 65 y 149.1.14.^a

Pedro ORTEGO GIL

— Artículo 148.2, Disposiciones Transitorias 1.^a, 3.^a, 8.^a y 9.^a y Disposición Derogatoria

Juan Cesáreo ORTIZ ÚRCULO

— Artículo 124

Javier PARDO FALCÓN

— Artículos 18.1 y 18.4 y 70.2

Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ

— Artículo 38

Fabio PASCUA MATEO

— Artículo 76

Gregorio PECES-BARBA MARTÍNEZ

— Título II

Juan PEMÁN GAVÍN

— Artículo 149.1.1.^a y 11.^a

Isabel PERELLÓ DOMÉNECH

— Artículo 121

Índice alfabético de autores

Francisco PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL

— Artículo 160

Mercedes PÉREZ MANZANO

— Artículos 13.3 y 15

Rafael PÉREZ NIETO

— Artículo 24.1

Nicolás PÉREZ SOLA

— Artículos 92 y 149.1.32.^a

Pablo PÉREZ TREMP

— Artículo 93 y Reforma de 1992

Elisa PÉREZ VERA

— Artículo 13.4

Luis POMED SÁNCHEZ

— Artículos 148.1.3 y 149.1.27.^a

José María PORRAS RAMÍREZ

— Disposición Transitoria 5.^a

Manuel PULIDO QUECEDO

— Artículo 95

Ramón PUNSET BLANCO

— Artículos 69 y 90

José Antonio RAZQUIN LIZARRAGA

— Disposición Transitoria 4.^a y Disposición Derogatoria

Martín María RAZQUIN LIZARRAGA

— Artículo 106

Manuel REBOLLO PUIG

— Artículos 51, 140, 141 y 152.3

Jesús REMÓN PEÑALVER

— Artículo 24.1

Juan Luis REQUEJO PAGÉS

— Artículos 6 y 166 a 169

Paloma REQUEJO RODRÍGUEZ

— Artículo 55

Santiago RIPOL CARULLA

— Artículos 63 y 149.1.2.^a, 3.^a y 10.^a

Encarnación ROCA TRÍAS

— Artículo 39

Álvaro RODRÍGUEZ BEREJO

— Título VII

Teresa RODRÍGUEZ MONTAÑÉS

— Artículo 18.3

Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER

— Introducción, Título Preliminar y Artículos 14, 49, 56 y 160

José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO

— Artículos 33, 53.3 y 145

Francisco RUBIO LLORENTE

— Título X

Alfonso RUIZ MIGUEL

— Artículo 16.1 y 16.2

Carmen SÁEZ LARA

— Artículo 24.1

Alejandro SAIZ ARNAIZ

— Artículo 10.2

Pascual SALA SANCHEZ

— Artículo 81

Armando SALVADOR SANCHO

— Artículo 149.1.19.^a y 23.^a

Miguel SÁNCHEZ MORÓN

— Artículo 103

José Miguel SÁNCHEZ TOMÁS

— Artículos 13.4; 24.2 y 25.2 y 3

José Manuel SÁNCHEZ SAUDINÓS

— Artículo 54

Fernando SANTAOLALLA LÓPEZ

— Artículos 71 y 115

Koldo SANTIAGO REDONDO

— Artículos 43 y 129.2

Pablo SANTOLAYA MACHETTI

— Artículos 13.2, 68 y 70.1

Juan Carlos DA SILVA OCHOA

— Artículos 67.3, 73, 74, 79 y 80

Juan José SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA

— Artículos 2 y 4

Carmen TOMÁS-VALIENTE LANUZA

— Artículo 15

Eduardo TORRES-DULCE LIFANTE

— Artículo 124

Ignacio TORRES MUÑO

— Artículos 27.10, 66 y 116

José TUDELA ARANDA

— Artículo 109 y Disposición Adicional 1.^a

Juan Antonio UREÑA SALCEDO

— Artículos 130 y 148.1.7

Joaquín URÍAS MARTÍNEZ

— Artículos 20.1. B) y C) y 32

Fernando VALDÉS DAL-RE

— Artículo 37.1

Germán VALENCIA MARTÍN

— Artículo 25.1

Francisco VELASCO CABALLERO

— Artículos 45 y 140

Ignacio VILLAVERDE MENÉNDEZ

— Artículos 5 y 20.1. A) y D), 20.2, 20.4 y 20.5

Joan VINTRÓ CASTELLS

— Artículo 99

Índice alfabético de autores

Eduardo VÍRGALA FORURIA

— Artículos 82 a 85

Tomás VIVES ANTÓN

— Título VI

Juan Antonio XIOL RÍOS

— Artículos 123 y 152.1

Abreviaturas

ATC/AATC	Auto/s del Tribunal Constitucional
AA. VV./VV. AA.	Autores Varios/Varios Autores
AGE	Administración General del Estado
ACNUR	Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados
art./s.	artículo/artículos
BOC/BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE	Boletín Oficial del Estado
CA/CC. AA.	Comunidad Autónoma/Comunidades Autónomas
CAPV	Comunidad Autónoma del País Vasco
c	contra
CC	Código Civil
CE	Constitución Española de 27 de diciembre de 1978
CCEE	Comunidades Europeas
CDFUE	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 12 de diciembre de 2007
CDN	Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 4 de noviembre de 1950
CEE_x	Convenio Europeo de Extradición
Cfr.	Confróntese
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CGSES	Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios
CiU	Convergència i Unió
Coord.	Coordinador
CP	Código Penal
CPN	Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, de 29 de mayo de 1993
CV 1969	Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados
DA	Disposición Adicional
DCE	Dictamen del Consejo de Estado
DCoEDH	Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos

Abreviaturas

DI	Derecho Internacional
Dict.	Dictamen
Dir.	Director
DRAE	Diccionario de la Real Academia Española
DSCD	Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados
DSS	Diario de Sesiones del Senado
DT	Disposición Transitoria
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948
EA/EE. AA.	Estatuto de Autonomía/Estatutos de Autonomía
EOMF	Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal
ERC	Esquerra Republicana de Catalunya
ET	Estatuto de los Trabajadores (RDLeg. 1/1995, de 24 de marzo)
FJ/FF. JJ.	Fundamento Jurídico/Fundamentos Jurídicos
HB	Herri Batasuna
IC	Iniciativa per Catalunya
INJUVE	Instituto de la Juventud
IRPF	Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
IU	Izquierda Unida
LAU	Ley de Arrendamientos Urbanos
LBRL	Ley de Bases de Régimen Local
LDyPJ	Ley de Demarcación y Planta Judicial
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000 de 7 de enero)
LEC 1881	Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, reformada
LECrim./LECR	Ley de Enjuiciamiento Criminal (RD de 14 de septiembre de 1882)
LEF	Ley de Expropiación Forzosa (Ley de 16 de diciembre de 1954)
LExP	Ley de Extradición Pasiva
LG	Ley del Gobierno
LGP	Ley General Presupuestaria
LGSS	Ley General de la Seguridad Social
LGT	Ley General Tributaria
LJCA	Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)
LMURP	Ley Orgánica de Medidas Urgentes de Reforma Procesal (LO 10/1992, de 30 de abril)
LO	Ley Orgánica
LOAPA	Proyecto de Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico
LOCE	Ley Orgánica del Consejo de Estado
LODE	Ley Orgánica reguladora del Derecho a la Educación (1985)
LODN	Ley Orgánica de Defensa Nacional
LODP	Ley Orgánica del Defensor del Pueblo
LODR	Ley Orgánica que regula el Derecho de Reunión (LO 9/1983, de 15 de julio)
LOE	Ley Orgánica de Educación (2006)

LOEAEs	Ley Orgánica reguladora de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio (LO 4/1981, de 1 de junio)
LOECE	Ley Orgánica reguladora del Estatuto de Centros Escolares (1980)
LOFAGE	Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado
LOFCA	Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas
LOFCS	Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado
LOGPE/ LOGP	Ley Orgánica General Penitenciaria
LOGSE	Ley Orgánica de Ordenación General del Sistema Educativo (1990)
LOLS	Ley Orgánica de Libertad Sindical (LO 11/1985, de 2 de agosto)
LOMR	Ley Orgánica Modalidades de Referéndum
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial (LO 6/1985, de 1 de julio)
LOPSC	Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana
LORAFNA	Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Fuero de Navarra
LOREG	Ley Orgánica del Régimen Electoral General
LORU/LRU	Ley Orgánica de Reforma Universitaria (1983)
LOTG	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LO 2/1979, de 3 de octubre)
LOTRACA	Ley Orgánica de Transferencias Complementarias a Canarias
LOTRAVAL	Ley Orgánica de Transferencias a la Comunidad Autónoma Valenciana de competencias de titularidad estatal
LOU	Ley Orgánica de Universidades (2001, 2007)
LPL	Ley de Procedimiento Laboral (RDLeg. 2/1995, de 7 de abril)
LRDA	Ley Reguladora del Derecho de Asilo
LRJPAC/	
LRJCA-PAC	Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)
LRU	Ley de Reforma Universitaria
LTH	Ley de Territorios Históricos del País Vasco
NSPS	Norma Supletoria de la Presidencia del Senado
OEDE	Orden Europea de Detención y Entrega
OIR	Organización Internacional para los Refugiados
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OM/OO. MM.	Orden Ministerial/Ordenes Ministeriales
ONU	Organización de las Naciones Unidas
PDP	Partido Demócrata Popular
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 16 de diciembre de 1966
PNV	Partido Nacionalista Vasco
PP	Partido Popular
PSC	Partit dels Socialistes de Catalunya
PSE	Partido Socialista de Euzkadi
PSOE	Partido Socialista Obrero Español

Abreviaturas

RA	Recurso de Amparo
RC/RCD	Reglamento del Congreso de los Diputados
RD	Real Decreto
RDLRT	Real Decreto sobre Relaciones de Trabajo
RI	Recurso de Inconstitucionalidad
RPCD	Resolución de la Presidencia del Congreso de los Diputados
RROO	Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas
RS	Reglamento del Senado
RU	Reino Unido
SAP/SSAP	Sentencia de la Audiencia Provincial/Sentencias de la Audiencia Provincial
s/ss.	siguiente/s
STC/SSTC	Sentencia del Tribunal Constitucional/Sentencias del Tribunal Constitucional
STEDH/	
SSTEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos/Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STJCE/	
SSTJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas/Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
STS/SSTS	Sentencia del Tribunal Supremo/Sentencias del Tribunal Supremo
STSJ/SSTSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia/Sentencias del Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TCE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TRLAU	Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos
TUE	Tratado de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UAM	Universidad Autónoma de Madrid
UCD	Unión del Centro Democrático
UCM	Universidad Complutense de Madrid
UE	Unión Europea
URJC	Universidad Rey Juan Carlos
Vid./Vide	Véase

TÍTULO III

DE LAS CORTES GENERALES

CAPÍTULO I

DE LAS CÁMARAS [ARTS. 66 A 80]

DE LAS CORTES GENERALES

LANDELINO LAVILLA ALSINA

PRESIDENTE DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS EN LA I LEGISLATURA CONSTITUCIONAL

1. Las Cortes Generales —designación del parlamento español formado por el Congreso de los Diputados y el Senado— «representan al pueblo español» (art. 66 de la Constitución), en el que reside la soberanía nacional. Esa caracterización de las Cortes identifica el núcleo más significativo del derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos (arts. 23, 68 y 69) en un régimen parlamentario. De otra parte y de modo inmediato, evoca el principio de que sus poderes emanan del pueblo español, principio que, referido a todos los del Estado, proclama el art. 1.2 de la Constitución.

Uno y otro dato propician, de consuno, que en el lenguaje usual, como en una difusa y generalizada convicción y hasta en alguna reflexiva argumentación del Tribunal Constitucional, luzca o se perciba una prima en la valoración de las Cortes, aunque su legitimidad en el origen y en el ejercicio de los poderes que constitucionalmente se le atribuyen no sea de un rango distinto y superior a la que corresponde a los demás órganos constitucionales. El título legitimador común es en lo material la soberanía del pueblo y en lo formal la Constitución, que expresa su voluntad normativa constituyente.

Cabe, desde luego, y por mor de la sensibilidad democrática elemental o agudizada, subrayar vigorosamente el engarce político entre las Cortes y el pueblo, mediado por el mecanismo jurídico de la representación. Cabe deducir determinadas consecuencias en el marco de las previsiones constitucionales y

acordes con la esencia del parlamentarismo. Es, sin embargo, distorsionante derivar de ello concepciones que, ajenas a los presupuestos decantados de la división de poderes o de la separación de funciones, difuminen la correcta articulación de los órganos constitucionales. Todos ellos se hallan en paridad de legitimación en cuanto se erigen y desenvuelven de acuerdo con la Constitución y asumiendo y ejerciendo responsablemente las funciones que la misma les encomienda.

2. El carácter representativo de las Cortes expresa, junto al acento político puesto en la autenticidad democrática del orden constitucional, el rasgo jurídico propio de un mandato representativo, que es el necesario contrapunto de aquella prescripción según la cual «los miembros de las Cortes Generales no estarán ligados por mandato imperativo» (art. 67.2).

Es claro que la relación de mandato se establece entre electores (mandantes) y elegidos (mandatarios). Desde las referencias troncales del Derecho privado, aquel precepto constitucional neutraliza cualquier virtualidad del principio a cuyo tenor «en la ejecución del mandato ha de arreglarse el mandatario a las instrucciones del mandante» (art. 1719 del Código Civil) o «en ningún caso podrá el comisionista (mandatario mercantil) proceder contra disposición expresa del comitente» (art. 256 del Código de Comercio). A partir de las resonancias de una sugerente historia de las Instituciones públicas, la negación del mandato imperativo se formula en radical

oposición al signo de unas Cortes medievales a las que concurrían los procuradores como portadores y voceros de las posiciones adoptadas por los estamentos o entidades territoriales diferenciadas en cuyo nombre acudían a Cortes. Conocida por su específica significación en la época es la importancia que llegaron a alcanzar las tensiones entre Reyes y Cortes en trance de acceder a esfuerzos contributivos que aquellos recababan y que estas cuestionaban o condicionaban a la obtención de contraprestaciones (privilegios, inmunidades, fueros).

En la proscripción del mandato imperativo se funda la construcción política del mandato representativo, que, a su vez, presta soporte a la realidad de una democracia representativa por diferenciación de la democracia directa o, por mejor decir, a la irresistible imposición de los componentes institucionales representativos ante las dificultades y limitaciones de los instrumentos de democracia directa.

El despliegue conceptual y empírico del mandato representativo —frente al rechazado mandato imperativo— sitúa a los parlamentarios en el ejercicio de la función parlamentaria en nombre y bajo la responsabilidad de los propios elegidos, quedando a los electores, dada la rigurosa y estricta temporalidad de los mandatos, la facultad de renovar o retirar su representación. En teoría y aunque las sendas políticas prácticas puedan discurrir a la mayor de las distancias, esa periódica comparecencia ante el electorado debería inducir a los parlamentarios, no a recabar y obtener instrucciones de sus electores, pero sí, desde luego, a ser perceptores sensibles y constantes del pulso social, en general, y del aliento de quienes le otorgaron un día su confianza.

Hay otra proyección del carácter representativo del mandato que ha de ser subrayada. La realidad de una democracia representativa se hace visible en la transposición de cada mandato a una institución que encarna la representación de la totalidad del pueblo representado, no por efecto acumulativo de la

yuxtaposición o adición de un conjunto de representantes de todas las porciones que componen el conjunto, sino por transmutación cualitativa, en cuya virtud los elegidos, trascendiendo el vínculo existente en origen con quienes componen el cuerpo electoral de su circunscripción, se integran en las Cortes participando esencialmente del carácter de estas como representación de todos los españoles. Cada parlamentario accede a las Cortes a través de un procedimiento en el que recibe la representación por expresión de la voluntad de los electores de su circunscripción; pero esa representación se funde y confunde (no se adiciona simplemente) con la de cada uno de los demás parlamentarios para formar en las Cortes Generales la unidad orgánica y representativa del pueblo español (art. 66) como un todo diferenciado de sus partes y en el que reside la soberanía nacional (art. 1.2).

3. La Constitución rinde tributo a la primaria concepción de las Cortes Generales como encarnación visible y representativa del pueblo titular de la soberanía con la afirmación de su inviolabilidad (art. 66.3). Esta no comporta, desde luego, vedar o restringir el alcance del principio de responsabilidad de los poderes públicos (art. 9.3), pero sí expresa en rigurosos términos jurídicos la efectiva tutela del ámbito de libertad e independencia que institucionalmente les es propio y que tiene reflejos concretos en la propia Constitución, al prohibir, por ejemplo, la presentación directa de peticiones a las Cámaras «por manifestaciones ciudadanas» (art. 77.1), como en el resto del ordenamiento jurídico al definir, también por expresivo ejemplo, un ámbito de ilicitud penal para las conductas que pudieran vejar la dignidad de las Cortes o coartar o entorpecer el normal cumplimiento de su labor.

Las llamadas prerrogativas de los parlamentarios no se conciben como ámbitos personales de privilegio a favor de quienes ostentan la condición de Diputado o Senador, sino como rasgos de su estatuto en tanto en cuanto son Diputados o Senadores, sin extender-

se, por consiguiente, a ámbitos ajenos a los requeridos por las exigencias y manifestaciones de su función parlamentaria. El art. 71.1 de la Constitución es muy preciso, a este respecto, al vincular la cobertura de la inviolabilidad a «las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones por los Diputados y Senadores».

Si la inviolabilidad puede y debe mantenerse con rigor, en la aplicación de la inmunidad parlamentaria se ha de actuar con atemperación si se quiere que cumpla el papel que razonablemente puede corresponderle y no el que, sin sensibilidad a sus orígenes y naturaleza y sin respeto para el conjunto de la ciudadanía, pudiera atribuírsele, transmutando la prerrogativa en privilegio, en mecanismo de defensa corporativa y, por tanto, mostrando descarnadamente su arcaísmo, la caducidad de su fundamento o su inadmisibilidad social.

Basta con una reflexión final. El ámbito en el que opera la inmunidad es el ajeno al de las opiniones manifestadas en el ejercicio de la función parlamentaria (ya que este se halla amparado por la inviolabilidad). En ese ámbito externo, la necesidad de la previa autorización de la Cámara para que un Diputado o Senador pueda ser inculcado o procesado tiene sentido cautelar frente a eventuales actuaciones en cuyo origen u objetivo quepan motivaciones de signo político —sin necesidad ahora de mayor especificación— o cuyos efectos, incluso, tengan alcance indebido sobre la institución parlamentaria o desproporcionado en relación con el estatuto de Diputado o Senador. Pero, cuando ello no acontece, trabar la acción jurisdiccional, denegando la autorización suplicada, quizá merezca los más severos calificativos; con seguridad, atenta contra principios del orden constitucional y contra la propia inmunidad parlamentaria, que resulta desnaturalizadora al cubrir supuestos ajenos a los que tienen razonable fundamento.

4. El Parlamento español es bicameral. Las Cortes Generales están formadas por el Con-

greso de los Diputados y el Senado (art. 66.1). Lejos de mi intención hacerme eco, tan siquiera, de los términos en que se ha sostenido —y sigue sosteniéndose— la polémica entre partidarios del monocameralismo y del bicameralismo.

Algunas afirmaciones deben hacerse, sin embargo, explícitas.

a) La existencia de dos Cámaras requiere elementos diferenciales por su origen, su composición, sus funciones o cualquier otro rasgo fundamental. La concepción del parlamento ha de ser unitaria, pero por integración de los criterios diversos que expresa cada una de las Cámaras que lo componen. La duplicación, el mimetismo, la homogeneidad intercameral privan de sentido a la existencia misma de dos Cámaras.

b) En la Constitución española el dato radicalmente diferencial se halla en la configuración del Senado como Cámara de representación territorial (art. 69). Es claro que, hecha esa configuración, hay una serie de elementos secuenciales lógicos que podrían diseñarse de una u otra manera, de entre varias admisibles, pero que no deberán desvirtuar ni contradecir aquel signo de identidad. Cabe ya dejar establecido que la Constitución española muestra ostensibles insuficiencias y fisuras acusadas en la dificultad —¿la imposibilidad?— de que, a partir de las previsiones constitucionales en que se articula el Senado, se haga efectiva su primaria concepción como Cámara de representación territorial.

La realidad ofrece dos modelos de Alta Cámara —Senado—. De una parte, el que expresa los términos de supervivencia de instituciones decantadas en la evolución histórica y que, sin perjuicio de la mayor o menor relevancia de las funciones senatoriales, acusan su notoria regresión frente a la Cámara Baja, en cuanto la elección de esta por sufragio universal y directo expresa un esencial rasgo diferenciador respecto del Senado —caso paradigmático de la Cámara de los Lores— y

determina su avasalladora pujanza. De otra parte, el que localiza en la Cámara senatorial la imagen de la unidad del Estado federal —del Estado compuesto y no unitario—, erigiéndose en la representación propia, con una u otra modalidad, de los Estados federados.

En la Constitución española de 1978 es evidente que, no obstante el reconocimiento y la articulación del pluralismo de comunidades sin llegar a la concepción del Estado federal, el modelo (austriaco, alemán) de este, en lo que a la significación institucional del Senado respecta, inspira su caracterización como Cámara de representación de las Comunidades Autónomas en que se organiza territorialmente el Estado, según principios efectivos de desconcentración política y descentralización administrativa. La fuerza de la idea es tan intensa que hasta en la Constitución vigente en Francia, la gaullista de 1958, se identifica el Senado como Cámara que ha de asegurar la representación de las colectividades territoriales de la República (art. 24), siendo obvio que Francia es aún hoy el paradigma del Estado unitario fuertemente centralizado. Cabe ciertamente intuir que, en la realidad política francesa de 1958, se pensara en la preparación de la Institución, a efectos de facilitar el previsible (o quizá a la sazón deseado) futuro de una Comunidad francesa en la que el pluralismo real se produjera entre la metrópoli (en trance de culminar la descolonización) y los nuevos Estados emergentes en el proceso descolonizador. Lo cierto es que aquella identificación del Senado en la Constitución de 1958 no generó una efectiva distribución *ad intra* del poder político, de suerte que resulta plenamente legítima una actitud cautelar frente a una proclamación constitucional cuyo sentido, dado el grado de abstracción, se predica y se rastrea en realidades políticas tan diversas como la del Estado federal y la del Estado unitario y centralizado.

En España, la calificación del Senado como Cámara de representación territorial tiene su propia lógica en el marco de un orden consti-

tucional que afirma el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones (art. 2) y ofrece, con visos de madurez polemizada, previsiones y cauces para la nueva organización territorial y distribución del poder político del Estado, a partir de aquel derecho de autonomía. No resulta aventurado señalar que la Ley para la Reforma Política había cubierto una inicial fase introductoria, puesto que ya en dicha Ley se disponía que «los Senadores serán elegidos en representación de las Entidades territoriales» (art. 2). El carácter preventivo de esa prescripción —dado que faltaba una ordenación institucional y territorial que pudiera conferirle plenitud— era obvio en aquella Ley y se hacía incluso visible en el dato —usualmente no subrayado— de que incluía en el articulado la previsión relativa a la elección de los Diputados (art. 2.2) y en una disposición transitoria (la primera) la concerniente a la elección de Senadores. La Constitución de 1978 ha mantenido aquella identificación, pero, fuera por convicción o fuera por altiva afirmación del signo definitivo del momento constituyente, no dejó puertas abiertas a una composición final del Senado que, tras la organización de las Comunidades Autónomas, permitiera llevar a sus naturales consecuencias la concepción del Senado como Cámara de representación territorial. Por el contrario, mantuvo —con perfiles ya de determinación indefinida y por tanto en el articulado (art. 69.2)— lo que con mejor intuición y mayor prudencia había abordado la Ley para la Reforma Política e hizo una tímida concesión a la realidad de la nueva organización territorial en términos que, sin embargo, no permiten por sí alcanzar un Senado que sea realmente «Cámara de representación territorial». En efecto, la alcorca prescripción del art. 69.5 de la Constitución, a cuyo tenor «las Comunidades Autónomas designarán además un Senador y otro más por cada millón de habitantes de su respectivo territorio» («además» —se entiende— de los cuatro Senadores a elegir en cada provincia), dista, no ya de lograr una asimilación efectiva, en su orden, al modelo senatorial de los Estados federales, sino de lograr

siquiera una realidad institucional suficientemente —cabría decir mínimamente— coherente con la concepción (con las posibilidades y exigencias) del Senado como Cámara de representación territorial.

De ahí nacen críticas y lamentaciones que atañen al Senado. Ahí germinan iniciativas de reforma que, según la sagacidad o la convicción política de quien las hace, son realizables con o sin previa y necesaria revisión del texto constitucional.

Lo cierto es que, respecto del Senado, se formula con creciente frecuencia el interrogante ¿para qué?, cuya reiteración contumaz, a falta de respuesta convencida y convincente, erosiona la Institución.

Si el Senado no halla su lugar propio y se consolida en la opacidad de un papel modesto en su percepción política y subordinado en su valoración jurídica, la machacona insistencia de aquella pregunta, sin respuesta concluyente, acabará por parecer, al menos en la conciencia social vigente y siempre según los puntos de vista desde los que se enjuicie, un ornamento costoso y sin utilidad, un receptáculo de políticos descolgados o sin fuste, un capricho de justificación declinante y de caducidad asegurada.

Y es indiferente, para esta valoración, que la desmayada realidad sea fruto de una vitalidad agostada, de una inepticia acreditada, de un absurdo y frustrante afán mimético respecto del Congreso, de una claudicación resignada, de una comodidad confortable o de dificultades desalentadoras y barreras infranqueables impuestas por la ordenación jurídico-constitucional.

En cualquier caso, incluido el que la realidad pueda ofrecer como resultado complejo de todos los factores enunciados —y aun de otros—, la posición del Senado debe ser revisada y potenciada, tanto en lo que ha de tener de singularidad diferenciada respecto del Congreso cuanto en lo que ha de suponer

como realidad relevante en el sistema bicameral constitucionalmente establecido. A este respecto no he de obviar, en la fecha de esta segunda edición (2018), la experiencia ya vivida —y aún operente— en la que la competencia del Senado ha acreditado su vigoroso potencial al hacerse aplicación del art. 155 de la Constitución a la Comunidad Autónoma de Cataluña.

Las cosas podrían ser más fáciles si hubiera sido de mayor alcance la visión constituyente. La solución política sería sin duda más cómoda si, apelando a la debilidad y carencias del modelo constitucional y orillando las contraindicaciones, se afrontara la reforma de la Constitución. La solvencia del estadista, el temple del político y la sagacidad del jurista han tenido —pero ya no— amplio campo para su lucido despliegue a partir de las vigentes prescripciones constitucionales, de forma que no sea inevitable erigir su revisión en condición inexcusable y previa a cualquier efectiva vigorización institucional del Senado.

c) Apenas se requiere esfuerzo de fundamentación para afirmar la radical preeminencia del Congreso de los Diputados en el sistema bicameral establecido por la Constitución.

El dato de que la confianza al Gobierno sea conferida y retirada por el Congreso de los Diputados (arts. 99, 112 y 113), ante el que el Gobierno responde solidariamente en su gestión política (art. 108), supone localizar en el Congreso los instrumentos mayores de control parlamentario y, en particular, el más característico del régimen parlamentario. Ante ello tiene pálida significación la paridad de posición en que ambas Cámaras se hallan a efectos de utilizar los mecanismos menores de control sobre el Gobierno, como son las interpelaciones, preguntas y mociones (art. 111), la obtención de información y ayuda del Ejecutivo (art. 109) o la comparecencia de miembros del Gobierno (art. 110), y como lo son también, pese a su regulación diferenciada y a su eventual fuerza como instrumen-

to político, el nombramiento de Comisiones de investigación sobre cualquier asunto de interés público (art. 76).

Esta indubitada prevalencia del Congreso de los Diputados se halla también presente en el ejercicio de la potestad legislativa. En el procedimiento de elaboración de las leyes, incluso cuando la iniciativa es ejercida por el Senado (art. 97), la primera fase de tramitación se cumple en el Congreso de los Diputados, siendo su previa aprobación requisito necesario para que el Senado pueda oponer su veto o introducir enmiendas; veto que puede ser levantado por el Congreso y enmiendas que este puede o no aceptar (art. 90).

Únicamente en los supuestos de Convenios entre Comunidades Autónomas (art. 145.2) y de constitución de un fondo de compensación entre Comunidades Autónomas y provincias en su caso (art. 158.2), la Constitución prevé que el procedimiento se inicie en el Senado (art. 74.2). Y tan solo en dichos supuestos, más el de autorización previa a la prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratados y convenios internacionales (art. 94.1), la falta de concordancia entre las decisiones del Congreso y del Senado da lugar a que se intente obtener un acuerdo en el seno de una Comisión Mixta compuesta de igual número de Diputados y Senadores, si bien reaparece la preeminencia final del Congreso, a quien corresponde decidir, por mayoría absoluta, cuando aquel intento de acuerdo resultara frustrado en el seno de la Comisión Mixta o en la falta de respaldo de una y otra Cámara al acuerdo alcanzado (art. 74.2).

La paridad de posición entre ambas Cámaras es cabal en algunos supuestos, como aquellos en los que la actuación parlamentaria es tan solo cauce para la elección de personas que han de asumir funciones y responsabilidades deferidas directamente desde la Constitución, cual ocurre con Magistrados del Tribunal Constitucional (art. 159.1) o vocales del Consejo General del Poder Judicial (art. 122.3).

Singular es la posición en que la Constitución sitúa a las Cámaras cuando se reúnen en sesión conjunta para ejercer las competencias no legislativas que el Título II («De la Corona») atribuye expresamente a las Cortes Generales. En tales sesiones conjuntas la dualidad de las Cámaras se difumina en la unidad de las Cortes Generales que integra a ambas y en la que son los Diputados y Senadores los que se hallan en igualdad de posición con independencia de su pertenencia a una u otra de las Cámaras.

5. «Las Cortes Generales ejercen la potestad legislativa del Estado, aprueban sus Presupuestos, controlan la acción del Gobierno y tienen las demás competencias que les atribuya la Constitución».

a) La titularidad de la potestad legislativa comporta la obvia y primaria consideración de las Cortes Generales —del Parlamento— como el Poder Legislativo, atendiendo a la tricotomía propugnada por la doctrina de la división de poderes. No es del caso auscultar ahora los signos y orientación que marcan la evolución de dicha doctrina, tanto en lo que tiene de acomodación a requerimientos cambiantes de la realidad política como en lo que expresa un decantado y hoy por hoy definitivo logro expresado en la independencia del Poder Judicial. Su progresiva tendencia hacia versiones moduladas revela que la separación y coordinación de funciones articulan el juego de frenos y contrapesos a los que la inicial formulación de la división de poderes confería la garantía del equilibrio institucional. Por otra parte, los vínculos entre el Legislativo y el Ejecutivo pueden cuajar en situaciones bien diversas de la tomada como modelo. Finalmente, aun mantenida con impecable rigor la dualidad institucional, es claro el creciente fortalecimiento del aparato gubernamental y el apagamiento —para muchos verdaderamente crítico— del Parlamento, desbordado por la complejidad de una presencia y dimensión estatales en las que la acción del Gobierno y el poderoso soporte de la burocracia, no solo se acorazan ante el

control, sino que ponen en franco repliegue al mismo Poder Legislativo.

En las aportaciones subsiguientes a esta introducción se harán, sin duda, las reflexiones pertinentes, tanto desde el punto de vista del equilibrio del poder cuanto desde el que ofrece la consideración del ordenamiento jurídico, la pluralidad de fuentes normativas y la vigencia de principios como los de legalidad, jerarquía normativa y seguridad jurídica.

b) No deja de ser llamativo que, en una enunciación inicial y por demás sintética de las funciones propias de las Cortes Generales, se sustantive, con explícita mención, la de aprobar los Presupuestos del Estado. Es, por tanto, una función distinta de la legislativa —aunque la aprobación se haga por Ley— y de la de control del Gobierno. Pero, aunque sea distinta, no cubre un campo ajeno —*tertium genus*— a los que son propios de la potestad legislativa y del control parlamentario de la acción del Gobierno; por el contrario, aquella potestad y este control

quedan de un modo especial imbricados en la singularidad de los Presupuestos Generales del Estado, cuya aprobación se hace por Ley (art. 134) y que ofrecen la versión sistematizada y completa de una acción de Gobierno, cuantificada en sus previsiones y convencionalmente referida a un momento estático en el dinamismo de las actuaciones en curso y de las proyectadas. Los Presupuestos son motivo usual y razonable para el más amplio y sistemático debate sobre la acción de Gobierno; y los Presupuestos avocan sobre sí la más extensa panoplia de posibilidades de control parlamentario, cuya eficacia será siempre tributaria de un certero criterio de selección, más que de una tosca y acrítica acumulación.

Se justifica, de esta suerte y por sí misma, la referencia a la aprobación de los Presupuestos incluida en el art. 66.2. Como se justificó por la propia significación de los Presupuestos, atendidos su naturaleza y sus orígenes y más constantes perfiles, incluso cuando el régimen no era propiamente parlamentario.

Artículo 66

- 1. Las Cortes Generales representan al pueblo español y están formadas por el Congreso de los Diputados y el Senado.*
 - 2. Las Cortes Generales ejercen la potestad legislativa del Estado, aprueban sus Presupuestos, controlan la acción del Gobierno y tienen las demás competencias que les atribuya la Constitución.*
 - 3. Las Cortes Generales son inviolables.*
-

Sumario general:

Las Cortes Generales, por **FRANCISCO CAAMAÑO DOMÍNGUEZ**

La potestad legislativa de las Cortes Generales, por **IGNACIO TORRES MURO/ FRANCISCO CAAMAÑO DOMÍNGUEZ**

LAS CORTES GENERALES

Sumario: I. Las Cortes que se hicieron Generales. II. La opción bicameral y la manifiesta imperfección del modelo.

FRANCISCO CAAMAÑO DOMÍNGUEZ
CATEDRÁTICO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

I. LAS CORTES QUE SE HICIERON GENERALES

«Sabed, que las Cortes han aprobado y el pueblo español ratificado...». Con esta comunicación del Rey «a todos los que la presente vieren y entendieren» comienza la Constitución Española de 1978. Y, al final del Preámbulo, se repite la misma fórmula: «En consecuencia las Cortes aprueban y el pueblo español ratifica...».

Son las Cortes, sin otro apelativo, las que aprueban la Constitución. Y, sin embargo, son las Cortes Generales las que, por así ordenarlo el art. 69.1 CE, representan al pueblo español. **¿Hay unas «Cortes» —las constituyentes— y unas «Cortes Generales» —las constituidas—?**

¿Es una casualidad en la forma de escribir o se ha formalizado en nuestra Constitución el singular tránsito político y procedimental que culminó con la aprobación del Texto de 1978? ¿Hay un pueblo constituyente que habló mediante las «Cortes», y un pueblo español constituido al que las «Cortes Generales» representan? ¿Es esta una vía interpretativa capaz de aportar algún atisbo de coherencia conceptual en la utilización tan poco rigurosa que el constituyente hizo de los conceptos «nación», «pueblos de España», «soberanía» y «pueblo», recogidos en el Preámbulo y en los arts. 1.2 y 2 de la Constitución?

Dejar volar la reflexión y seguir el hilo que traza esa cadena de interrogantes podría resultar apasionante, pero me temo que las cosas, en lo que ahora importan, obedecen a **razones mucho más ligeras y elementales**. Aunque el Real Decreto 679/1977, de 15 de abril, convocó elecciones generales a las «Cortes Españolas» —expresión introducida por primera vez mediante la Ley de 17 de julio de 1942—, es lo cierto que la Ley 1/1977, de 4 de enero, para la Reforma Política, en su art. 2.1 acogió la denominación de «Cortes», abandonándose a partir de ese momento la anterior fórmula de sanción de la leyes («En su virtud y de conformidad con la ley aprobada por las Cortes Españolas...») por otra coherente con la nueva denominación.

Como se sabe, fueron esas Cortes las que sin solución de continuidad se convirtieron en constituyentes y aprobaron finalmente la Constitución. Un tránsito insólito únicamente explicable en el particular contexto de la llamada Transición política española. Y es, precisamente, esa circunstancia la que explica que en la fórmula de sanción se haga referencia a ellas como realidad distinta de las «Cortes Generales» reguladas en el cuerpo normativo de la Constitución. Puede sorprender que las Cortes se rebautizasen así mismas como «Generales», pero más curioso resulta que se hubiese pasado de una dictadura a una democracia sin producirse un punto formal de ruptura.

El porqué de «Generales» es algo que escapa a la historia, entendida como relato documentado de los hechos. En el anteproyecto de Constitución aparece ya el término «Cortes Generales» (incluso en el borrador del proyecto elaborado por la Ponencia y filtrado a la revista *Cuadernos para el Diálogo* se utiliza ya la denominación «Cortes Generales»; una reproducción de ese texto también puede verse en *El País* del viernes 25 de noviembre de 1977) y la idea a menudo sugerida de que se acogió el calificativo «Generales» para remarcar que las Cortes, órgano constitucional del Estado, son cosa distinta de los Parlamentos autonómicos, algunos de los cuales, por tradición —singularmente las Cortes de Aragón o las Cortes de Castilla—, pudieran también denominarse de igual modo, nunca me ha resultado del todo convincente.

En primer lugar, porque en el momento constituyente solo se sabía con certeza que tendrían Parlamento las Comunidades Autónomas del art. 151 CE en relación con la disposición adicional segunda CE, esto es, Cataluña, País Vasco y Galicia, cuyos precedentes estatutarios llaman a sus asambleas legislativas «Parlamento» y no «Cortes». Y, en segundo lugar, porque en clave de evolución institucional la expresión «generales» no es, jurídicamente, el antónimo de «particulares». No creo, pues, que las Cortes Generales sean «generales» por contraste con unos parlamentos autonómicos que son «locales».

Esta incredulidad no es caprichosa. En contra de lo que en alguna ocasión se ha afirmado y escrito, ninguna Constitución española ha utilizado con anterioridad la fórmula «Cortes Generales».

Es cierto que el Estatuto Real de 1834 se inicia con un Título que lleva por rúbrica «De la convocación de las Cortes generales del Reino», y que en sus arts. 2, 27 y 28 se hace referencia a unas «Cortes generales». No es menos cierto, sin embargo, que en el resto del texto (50 artículos), incluida la

Exposición elevada por el Consejo de Ministros a su Majestad la Reina Gobernadora, solo se habla de «Cortes» sin más (véanse los arts. 12, 14.4.º, 17, 18, 19, 20, 22, 24, 25, 26, 29, 31, 32, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 42, 43, 44, 45 y 50).

Parece, pues, que si se utiliza el «generales» en minúscula no es por casualidad, sino porque se está haciendo referencia a una modalidad de «convocación» de las Cortes, consistente en llamar a reunión solemne de las Cortes a todos los estamentos del Reino cuando concurriesen «fechos grandes y arduos». El art. 27 del Estatuto Real es muy clarificador a estos efectos. Dice así: «Con arreglo a la ley 5.ª, título 15.º, Partida 2.ª, se convocarán Cortes generales después de la muerte del Rey, para que jure su sucesor la observancia de las leyes y reciba de las Cortes el debido juramento de fidelidad y obediencia». Las Cortes son «generales» porque el llamamiento es general, pero como institución solo son Cortes.

En consecuencia, **en nuestras Constituciones históricas (desde la de 1812 hasta la de 1931) al Parlamento siempre se le ha denominado Cortes**, enlazando, así, con la nomenclatura de los viejos consejos medievales. Es la Constitución de 1978 la que, por primera vez, utiliza el nombre «Cortes Generales» como identificativo de la institución (solo el Diputado constituyente Sr. López Rodó se opuso a esa denominación, proponiendo la de Cortes del Reino o Cortes de la Monarquía: *Diario de Sesiones del Congreso* de 1 de junio de 1978, pág. 2824).

Este origen del apelativo «generales» como señalizador de un tipo de Cortes (aquellas a las que estaban llamados todos los representantes del Reino) debe cobrar ahora un nuevo sentido, pues el constituyente de 1978 lo ha transferido del ámbito de la «convocatoria» al plano de la institución. Y ese sentido nos lo revela el precepto que ahora se comenta: **son «generales» porque solo ellas representan al pueblo español.**

Esto presupone que para el constituyente podrían existir otras Cortes, las no generales (parlamentos autonómicos), a las que no son llamados los representantes de todos los españoles, sino solo los representantes del pueblo de la Comunidad o, si se prefiere, de los ciudadanos residentes en su territorio.

Unas y otras Cortes son elegidas democráticamente, comparten la potestad legislativa en los términos establecidos por la Constitución y controlan políticamente la acción de sus respectivos Gobiernos. Pero solo las Cortes Generales pueden comprometer la voluntad de todos los españoles. La verdadera diferencia entre las Cortes Generales y los Parlamentos autonómicos no viene dada ni por sus distintas esferas legislativas, ni por sus peculiaridades estructurales o de funcionamiento, que sin duda las hay, y no pocas. En esencia, todas ellas son asambleas legislativas democráticas que ocupan un lugar central, tanto política como institucionalmente, en sus respectivos sistemas de gobierno.

Ahora bien, entre las «Generales» y las demás «Cortes» existe un salto cualitativo fundamental que viene establecido por el art. 66.1 CE. La Constitución no dice que las «Cortes» representan al «pueblo», a modo de habitual cláusula de estilo, mediante la que se subraya la naturaleza representativa de los Parlamentos y el origen democrático de su legitimidad. También las «Cortes» autonómicas representan a un pueblo. Todo parlamento democrático, digno de ese nombre, así lo hace.

La Constitución añade «Generales» y «español», es decir, admite en su seno la existencia de otros pueblos y de otras representaciones políticas, pero cualifica específicamente una: la que corresponde a un parlamento común cuya esencia diferenciadora es que solo él puede representar a todos los ciudadanos del Estado. Por eso las Cortes son «Generales». Por eso solo ellas «representan al pueblo español». Y, por idéntica razón, la Constitución les reserva el poder de comprometer significativamente al

Estado en el ámbito de las relaciones internacionales, prestando su consentimiento para obligarse por medio de tratados o convenios en los términos dispuestos en los arts. 93 y 94 CE; el poder de reformar la Constitución, bien por sí mismas (art. 167 CE) o proponiéndoselo al pueblo español (art. 168 CE) o la facultad para prorrogar el estado de alarma y declarar los de excepción y sitio (art. 116 CE). En suma, únicamente las Cortes Generales pueden representar o concitar al poder constituyente.

El nombre de las Cortes y la cualidad de su representación es, por tanto, un dato constitucionalmente trascendente que revela, desde otra perspectiva, cómo el principio de descentralización política que informa nuestra Constitución —y al que alguna vez he denominado variable federal (*pluribus unum*)— impregna y recorre todo su articulado sin constreñirse al Título Preliminar o al Título VIII. Está presente en la interpretación de los derechos y también lo está en el entendimiento de los órganos constitucionales.

II. LA OPCIÓN BICAMERAL Y LA MANIFIESTA IMPERFECCIÓN DEL MODELO

El art. 66.1 nos dice también que las Cortes están formadas por el Congreso de los Diputados y por el Senado. El constituyente de 1978 apostó por **un sistema bicameral**, dando así continuidad a la fórmula introducida por el art. 2.1 de la Ley 1/1977, de 4 de enero, para la Reforma Política. Era algo previsible: si una Asamblea legislativa bicameral opera como asamblea constituyente, difícilmente abandonará ese rasgo cuando se convierta en asamblea constituida. Además, si la fórmula había servido para alcanzar un consenso acerca de la Constitución, con mayor motivo previsiblemente tendría alguna utilidad futura a la hora de aprobar las leyes.

Solo la apuntada particularidad de nuestro proceso constituyente y su circunstancia ex-

plican que las Cortes Generales heredasen la huella genética de las Cortes creadas en 1977, con **una Cámara política, el Congreso de los Diputados y una segunda Cámara en apariencia tomada de nuestra tradición constitucional, el Senado**, en la que, en su diseño inicial, se entremezclaba el carácter moderador y aristocrático, típico de las Cámaras altas (senadores de designación real), con la pretensión principal de representar democráticamente a las nuevas entidades territoriales (el art. 2.3 de la citada Ley para la Reforma Política establecía que: «Los Senadores serán elegidos en representación de las entidades territoriales. El Rey podrá designar para cada legislatura senadores en número no superior a la quinta parte de los elegidos»). Esta voluntad de atribuir al Senado una dimensión territorial distinta de la del Congreso de los Diputados resultaba en aquel momento verdaderamente novedosa. Sobre todo cuando los senadores representaban a las mismas entidades territoriales que los diputados. La única connotación territorial podía encontrarse en el art. 19 del Real Decreto-ley 20/1977, de 19 de marzo, sobre Normas electorales, en el que se disponía que, «se exceptúan de lo dispuesto en el número anterior a efectos de la elección de Senadores las provincias insulares en las que a tal efecto se formarán los nueve distritos siguientes: Mallorca, Menorca, Ibiza-Formentera, Gran Canaria, Lanzarote, Fuerteventura, Tenerife, La Palma, La Gomera-Hierro».

La realidad política de unas constituyentes bicamerales pronto fue asumida por la ponencia constitucional, hasta el punto de que no existió una discusión pausada sobre la conveniencia y el sentido último de tener una segunda cámara, ni tampoco qué alcance diferenciador o identificativo se quería otorgar al Senado como Cámara de representación territorial distinta del Congreso de los Diputados. El principio de los hechos consumados prevaleció sobre cualquier indagación seria acerca de las ventajas e inconvenientes que se podrían derivar del propósito de articular en el último tercio del siglo xx, y en una demo-

cracia de partidos, un sistema bicameral. Tampoco preocupó especialmente dotar de sentido institucional a una Cámara de representación territorial (el Senado) distinta del Congreso de los Diputados, como si en esta última no se fuesen a defender también intereses territoriales. Bastaba con examinar la realidad de los partidos presentes en la Cámara Baja para comprender que esta y no el Senado, iba a ser, en la praxis política, la verdadera cámara de representación territorial. Tampoco hubo un debate detenido sobre la oportunidad de introducir, en un Estado complejo (cuyo diseño territorial resultaba tan abierto como incierto), otras fórmulas de integración de los intereses territoriales en la formación de la voluntad final del Estado, al estilo del *Bundesrat*.

Es cierto que los partidos nacionalistas y, sobre todo, de izquierdas veían en el nuevo Senado una oportunidad para aproximar las futuras Cortes Generales a un parlamento con algún aspecto próximo a las asambleas legislativas de los Estados de tipo federal. Pero, como ha advertido CHUECA RODRÍGUEZ (1984, 78-79), lo cierto es que «la preocupación territorial iba internamente vinculada al reparto de poder resultante dentro del Parlamento», pues unos defendían el criterio territorial para asegurarse una cámara de enfriamiento, mientras que otros, que eran radicalmente defensores de un Senado de tipo federal, aminoraban esa pretensión para defender criterios correctores en virtud de la población y así asegurarse representación parlamentaria a pesar de tener una presencia geográfica limitada.

El resultado, como es conocido, fue el de un **bicameralismo formalizado pero manifiestamente imperfecto**, en el que la voluntad de dotar de una dimensión territorial al Senado (art. 69.1 CE) no ha encontrado efectiva plasmación política. Ni la designación de senadores por las Comunidades Autónomas (art. 69.5), ni el establecimiento de un sistema electoral mayoritario, ni la competencia para la tramitación de convenios entre CC. AA., la posibilidad de iniciar la tramitación para la

constitución del Fondo de Compensación (art. 74.2 en relación con los arts. 145.2 y 158.2, todos ellos de la CE) o la de imponer a las CC. AA. el cumplimiento forzoso de obligaciones legales o vinculadas a la protección del interés general (art. 155.1 CE) han podido evitar que, en estos casi treinta años de democracia parlamentaria, el Senado haya podido remontar los pronósticos iniciales a los que, en cierto modo, estaba abocado: ser «una recámara en el sentido propiamente balístico del término, es decir, una instancia que da al partido mayoritario la posibilidad de intentar rectificar una decisión desfavorable o insatisfactoria del Congreso» (SOLÉ TURA y APARICIO PÉREZ, 1984, 39). Tampoco le otorgó una mayor representatividad territorial la creación de la llamada Comisión General de Comunidades Autónomas introducida mediante la reforma del RS de 11 de enero de 1994.

A primera vista Congreso y Senado con Cámaras funcionalmente equiparables que integran un órgano constitucional único. Cada Cámara se organiza y actúa con independencia de la otra, si bien existen ciertos casos en los que, por mandato constitucional, está prevista su actuación conjunta como Cortes Generales.

En efecto, buena parte del Título III de la Constitución tiene por objeto detallar una regulación bastante minuciosa de aspectos concernientes a ambas Cámaras: así, causas comunes de inelegibilidad e incompatibilidad e iguales prerrogativas para sus miembros (arts. 70 y 71 CE), de autonomía reglamentaria y orgánica (art. 72), si bien sobre una estructura organizativa común (Presidente, Mesa, Diputación Permanente, Pleno y Comisiones, incluidas las de investigación; arts. 72, 75, 76 y 78 CE) y establecimiento de un régimen también común de ordenación temporal de las sesiones (art. 73 CE), de publicidad (art. 80) y definidor de la validez de sus acuerdos (art. 79 CE).

Además, las Cortes Generales no son la mera adición de dos Cámaras parlamentarias que

operan de forma independiente. Como órgano constitucional complejo, las Cortes Generales, además de operar como un centro de imputación política, lo hacen también como órgano constitucional jurídicamente diferenciado de las Cámaras que lo integran.

La Constitución así lo evidencia. Por un lado, al señalar que las Cortes Generales son inviolables (art. 63.3 CE), que ellas son las titulares del presupuesto y que el personal al servicio de la institución lo es de las Cortes a quien incumbe regular su Estatuto (art. 72.1 CE). Por otro, al disponer expresamente la celebración de sesiones conjuntas de ambas Cámaras para decidir en determinados supuestos, a saber: «para ejercer las competencias no legislativas que el Título II atribuye expresamente a las Cortes Generales» (art. 74.1), es decir, las concernientes a la Corona; a lo que cabe añadir, por costumbre parlamentaria, la sesión de apertura solemne de la Legislatura.

Es ciertamente discutible que tenga que celebrarse sesión conjunta en la hipótesis prevista en el art. 63.3 CE, pues, más allá de la literalidad del art. 74.1 CE, parece que la autorización de las Cortes para «declarar la guerra o concluir la paz» es más una cuestión concerniente a las relaciones Cortes Generales-Gobierno que a las que se producen entre las Cortes Generales y la Corona. En todo caso, la nueva Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, no resuelve la cuestión [*vid.* art. 4.1.e); sobre el tema *vid.* SOLÉ TURA y APARICIO PÉREZ, 1988, 247 y 248].

Es la propia Constitución la que establece que las sesiones conjuntas serán presididas por el Presidente del Congreso —desaparece, así, la anterior figura del Presidente de las Cortes— y que se regirán por el «Reglamento de las Cortes Generales», norma hasta ahora inexistente en nuestro ordenamiento jurídico. En la práctica parlamentaria, este vacío normativo se suple parcialmente mediante sesiones conjuntas de las Mesas de las Cámaras, instru-

mento al través del que se acuerda, entre otras cuestiones, la propuesta de presupuestos, la composición de las comisiones mixtas o la aprobación del Estatuto del personal.

También prevé la Constitución una serie de Comisiones mixtas del Congreso y del Senado que podían ser consideradas como una expresión más de las Cortes Generales como órgano diferenciado de cada una de las Cámaras (véanse los arts. 74.2, 76 y 167 CE). Aunque en el supuesto regulado en el art. 76 CE se refiere a comisiones mixtas de investigación, en general estas comisiones obedecen a la idea de un órgano arbitral que pueda resolver discrepancias entre ambas Cámaras, por lo que, desde una perspectiva orgánica, cabe preguntarse si es un órgano de mediación intercameral o si técnicamente ha de considerarse como un órgano *sui generis* de las Cortes Generales.

En mi criterio, estas comisiones mixtas establecidas en la Constitución son de naturaleza distinta a las previstas para el Defensor del Pueblo y el Tribunal de Cuentas. En este último caso, parece que nos encontramos ante unas comisiones mixtas que, aunque de origen legal (véanse la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, art. 2.2, y la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, disposición transitoria primera), expresan el control y la relación de las Cortes Generales como órgano constitucional respecto de otras instituciones de relevancia constitucional dependientes de aquellas (arts. 54 y 136.1 CE), mientras que en el primer caso estaríamos ante órganos *ad hoc* previstos para la resolución puntual de conflictos entre Cámaras, en relación con decisiones constitucionalmente significadas por su trascendencia.

Hasta aquí la descripción de una paridad orgánica que sitúa a ambas Cámaras en un mismo plano de igualdad, como órganos constitucionales *a se*, que, sin jerarquía funcional, integran un órgano más complejo llamado Cortes Generales. Pero más allá de este fun-

damento estructural, **la primacía política y funcional del Congreso es manifiesta**, tanto en el ámbito del procedimiento legislativo, como en el ejercicio del control político del Gobierno, incluyendo aquel que se ejerce con carácter extraordinario en el debate de investidura o la tramitación de una moción de censura. Y no solo, al elaborar la ley o cuando se trata de otorgar o retirar la confianza al Gobierno es clara esa supremacía. También está presente en el caso de la declaración de los estados excepcionales previstos en el art. 116 CE, o en el de la autorización del referéndum consultivo del art. 92.2 CE. Y, sobre todo, en la dinámica que imprimen las distintas fuerzas políticas, cuya acción electoral prioritaria se focaliza en la conquista del Congreso, para después convertir a las direcciones de sus grupos parlamentarios en esta Cámara en los centros definidores de la acción parlamentaria. De este modo, salvo en muy contadas ocasiones, el Senado es una Cámara políticamente previsible, de continuidad o de subsanación, que materializa acuerdos políticos generalmente ya fraguados en el seno de la Cámara Baja.

En suma, el coste jurídico vinculado a la pervivencia del Senado se tradujo en una manifiesta indefinición institucional que ha dado lugar a un cuestionamiento permanente de su rendimiento y utilidad político-constitucional. Si, en este siglo, el bicameralismo resulta ser un remedio institucional muy cuestionado por su difícil justificación en las modernas democracias de partidos (*vid.* los ajustados resultados de los referendos celebrados en Irlanda el 4 de octubre del 2013 y en Italia el 4 de diciembre de 2016 sobre la supresión de sus respectivos Senados), incluso en países democráticos de impronta inequívocamente federal (así, en Canadá o Australia), en el caso del modelo bicameral español esos argumentos cobran, si cabe, una mayor contundencia. El Senado no desempeña ni participa en ninguna función constitucionalmente relevante y, además, los senadores son elegidos (salvo la minoría de procedencia autonómica) en la misma circunscripción que los dipu-

tados y, al igual que estos, son votados por su pertenencia a determinados partidos políticos. Intentar diferenciar entre una Cámara de representación política (Congreso de los Diputados) y otra de representación territorial (Senado) es, en nuestro sistema constitucional, una quimera. En primer lugar, porque las

Cortes Generales, por tanto, las dos Cámaras, «representan al pueblo español» (art. 66.1 CE) y, en segundo lugar, porque, como en otros muchos lugares, la democracia de partidos ha anulado los tímidos propósitos diferenciadores introducidos por el constituyente de 1978.

BIBLIOGRAFÍA

CHUECA RODRÍGUEZ, R. L., «Teoría y práctica del bicameralismo en la Constitución española», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 4, págs. 63-90.

DÍEZ-PICAZO, L. M.^a, *La autonomía Administrativa de las Cámaras parlamentarias*, Cuadernos de los Studia Albornotiana, 1985.

MAÍZ SUÁREZ, R., *Nación y revolución: la teoría política de Emmanuel Sieyès*, Tecnos, Madrid, 2007.

SOLÉ TURA, J. y APARICIO, M. A., *Las Cortes Generales en el sistema constitucional*, 2.^a ed., Tecnos, Madrid, 1988.

LA POTESTAD LEGISLATIVA DE LAS CORTES GENERALES

Sumario: I. Las Cortes Generales, titulares de la potestad legislativa del Estado. II. Las Cortes Generales y la ley. III. La reconstrucción del concepto de ley en la Constitución de 1978. 1. La crisis del modelo clásico. 2. Un concepto predominantemente formal. Matices. 3. Un concepto plural. IV. La posición del legislador estatal en el sistema constitucional. 1. La libertad de configuración del legislador. No es un mero ejecutor de la Constitución. 2. El legislador no puede colocarse en el mismo plano que el poder constituyente. 3. La problemática de las leyes singulares. 4. Las relaciones con la ley autonómica. V. Conclusiones.

IGNACIO TORRES MURO/FRANCISCO CAAMAÑO*
CATEDRÁTICOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL

I. LAS CORTES GENERALES, TITULARES DE LA POTESTAD LEGISLATIVA DEL ESTADO

La Constitución Española, en su doble propósito de articular un Estado políticamente descentralizado y facilitar la incorporación de España a la entonces CEE, ha conformado la potestad legislativa con arreglo a una perspectiva multinivel, característica de los Estados de tipo federal. Por un lado, el poder de legislar se distribuye entre las Cortes Generales (en tanto que órgano común a todo el Estado) y las asambleas legislativas de las CC. AA., limitándolo en su alcance a sus respectivos territorios. Por otro lado, de forma indirecta, la Constitución reconoce que es factible atribuir a una institución u organización internacional «el ejercicio de competencias

derivadas de la Constitución» (art. 93), entre las que pueden encontrarse competencias de naturaleza normativa, y, dentro de ellas, las de aprobar normas con valor de ley. De hecho, tras la entrada de España en la UE, una buena parte de la legislación aplicable en nuestro país figura en Reglamentos europeos o en normas internas que son mera transposición de Directivas europeas.

La anterior realidad jurídico-constitucional exige alguna aclaración y, sobre todo, suscita algunos interrogantes ante la rotunda afirmación contenida en el primer apartado del artículo que se comenta. En efecto, cuando se afirma que las «Cortes Generales ejercen la potestad legislativa del Estado», ese «Estado» debe entenderse referido al conjunto de instituciones comunes que proyectan sus potesta-

(*) He asumido la enorme responsabilidad de actualizar, en esta nueva edición, el comentario que a este precepto realizó mi colega y amigo I. TORRES MURO. Salvo en el primero de sus apartados, cuyos desaciertos solo a mí me incumben, he procurado conservar el texto originario tanto por su calidad como por su actualidad, limitándome a introducir alguna ligera matización derivada exclusivamente de su puesta al día.

des sobre todos los ciudadanos y sobre todo el territorio, pues, obviamente, las CC. AA. también son Estado. Por tanto, las Cortes Generales representan a todos los españoles y legislan para todos ellos, sin perjuicio de los espacios constitucionalmente reservados a los legisladores autonómicos. Y es en esta última afirmación (una vez más la cláusula «sin perjuicio») donde surgen las primeras dudas: ¿tienen las Cortes Generales una potestad legislativa universal mientras que la potestad legislativa de las CC. AA. solo puede ejercerse en el estricto ámbito de sus competencias?; ¿la Constitución Española divide como en un Estado federal el poder de legislar o, contrariamente, permite la superposición y el desplazamiento por los ordenamientos autonómicos del Derecho del Estado, como si estuviésemos ante una regla inversa de prevalencia?; ¿pueden las Cortes Generales legislar sobre todo o, al igual que las CC. AA., solo pueden hacerlo en los ámbitos materiales que la Constitución les asigna y reserva?

Para hacer frente a estas preguntas resulta imprescindible determinar, en primer lugar, si «potestad» legislativa y «competencia» legislativa son lo mismo y, en segundo lugar, cómo se ha configurado por el constituyente la interacción entre el ordenamiento estatal y los autonómicos, singularmente en lo que en la doctrina se conoce como cláusula residual o cláusula escoba. Aunque la diferencia entre potestad y competencia pende de una línea muy sutil, no resulta problemático sostener que el desempeño de una potestad se ejerce tanto haciendo uso de la misma como decidiendo no hacerlo. La potestad legislativa se ejerce dictando leyes, pero también tomando la decisión de no legislar, con el fin de que un determinado ámbito de la realidad sea cubierto, por ejemplo, por remisión a otro derecho, mediante regulaciones administrativas o a través de contratos y acuerdos sujetos al Derecho privado. Desde este punto de vista, el concepto de reserva de ley significaría que todo el espectro normativo es, en cierto modo, susceptible de ser legislado, pero que hacerlo o no es una decisión política, un po-

der, una potestad del legislador. En suma, la decisión de no legislar también forma parte de la potestad legislativa, aunque la materia sea susceptible de ser regulada por ley.

Esta apreciación es de especial importancia ante el singular modelo de distribución de la potestad legislativa articulado por el constituyente de 1978. En efecto, como es bien conocido, a diferencia de la fórmula típica que preside los ordenamientos jurídicos federales, en el caso español, todo lo no asumido por las CC. AA. en sus Estatutos de Autonomía es competencia del Estado, lo que significa que la competencia legislativa residual corresponde a este. Pudiera pensarse en consecuencia que cuando el art. 66.1 CE atribuye a las Cortes Generales la potestad legislativa del Estado, esa asignación normativa permitiría al citado órgano constitucional legislar sobre cualquier materia con independencia de si aparece entre las expresamente reservadas a la competencia del Estado (sea exclusiva o no). De hecho, esta interpretación fue sumamente útil para favorecer el tránsito del Derecho preconstitucional (producido por un único legislador, el estatal) al nuevo sistema constitucional de 1978, sin que se produjesen graves lagunas regulatorias. Aunque con la Constitución ya en vigor una ley preconstitucional debiese reputarse nula por cuanto ahora debiese ser dictada por una Comunidad Autónoma, se consentía su pervivencia jurídica mientras las CC. AA. no hiciesen uso de su capacidad para legislar. Por tanto, el silencio legal de las CC. AA. autorizaría, en cierto modo, a las Cortes Generales a legislar sobre ámbitos que constitucionalmente estaban reservados al legislador autonómico. De este modo, la Constitución no habría dividido la potestad legislativa entre las Cortes Generales y los parlamentos autonómicos, sino que, como consecuencia de su particular cláusula residual, habría habilitado un modelo secuencial caracterizado no por la partición, sino por el desplazamiento de la legislación del Estado (materialmente universal) en el momento en que el legislador autonómico decidiese ejercer su potestad legislativa en los ámbitos

reservados por la Constitución y los Estatutos de Autonomía.

Esta facilitación hermenéutica del tránsito normativo de un Estado con legislador único a otro, el constitucional, con múltiples legisladores encontraba un segundo apoyo argumental en el principio de supletoriedad del Derecho estatal reconocido en el art. 149.3 CE. En efecto, la potestad legislativa de las Cortes era materialmente ilimitada y técnicamente, no encontraba límite en las materias que la Constitución reservaba al legislador autonómico, pues en esa área de fricción debía entenderse que el Derecho del Estado seguía siendo constitucionalmente válido, si bien, únicamente, como Derecho supletorio, es decir, que solo podría válidamente aplicarse en caso de ausencia de ley autonómica. Esto comportaba una situación verdaderamente sorprendente: la potestad legislativa de las Cortes Generales incluye la doble faceta de hacer o no hacer la ley, mientras que, sin embargo, la potestad legislativa de las CC. AA. únicamente comprendería la primera opción, pues la decisión del legislador autonómico de no legislar comportaría automáticamente la tácita habilitación de la potestad legislativa de las Cortes Generales para dictar Derecho supletorio. Al legislador autonómico le estaría vetada, por ejemplo, la decisión de no regular por ley una materia de su competencia por considerar que esa regulación puede realizarse mucho mejor y de forma más abierta y flexible dejándola a la iniciativa de sujetos privados, pues esa decisión de no legislar comportaría renunciar a su competencia en favor del Derecho supletorio del Estado.

Pues bien, esta cuestión fue, en esencia, a la que se tuvo que enfrentar el Tribunal Constitucional en la STC 118/1996 (caso Transportes Terrestres) y, posteriormente, en la injustamente criticada STC 61/1997 (Ley del Suelo), en la que declaró la inconstitucionalidad de una parte de los contenidos de la norma impugnada, precisamente porque las Cortes Generales las había aprobado a sabiendas de que invadían un espacio constitucional-

mente reservado al legislador autonómico, aunque calificándolas de Derecho supletorio. La doctrina del Tribunal supuso un atinado regreso a la idea del constituyente que, sin lugar dudas, decidió dividir la potestad legislativa entre las Cortes Generales y las CC. AA., de suerte que las Cortes Generales pueden regular todas aquellas materias que estimen pertinentes, salvo las constitucionalmente atribuidas al legislador autonómico y viceversa. La Ley de las Cortes Generales que invade un ámbito reservado al legislador autonómico no se convierte en una ley de Derecho supletorio, sino en una ley inconstitucional.

II. LAS CORTES GENERALES Y LA LEY

Hecha la anterior precisión, procede examinar con mayor detalle la ligazón existente entre las Cortes Generales, que representan al pueblo español, y la norma habitualmente denominada como ley. Un asunto de especial importancia porque dota a una de las formas de la legislación estatal, aquella que emana de las Cortes Generales siguiendo un determinado procedimiento, de una posición de preeminencia en el orden jurídico, que, aunque matizada sobre todo por el entendimiento de la norma constitucional como verdadera norma, sigue haciendo de ella la fuente de mayor trascendencia en el mismo.

Nuestro parlamento, como otros en los países occidentales, tiene a su disposición **el instrumento más potente de innovación del sistema jurídico nacional**; y esto es así porque estamos ante las instituciones más directamente conectadas con la fuente de la soberanía, a través de un principio democrático que está en la base de su configuración. Como se ha escrito, solo a la naturaleza de la ley pertenece el ser expresión de la voluntad soberana del Estado; solo detrás de ella está el parlamento como representación de la sociedad y, en consecuencia, solo sus mandatos traducen decisiones de soberanía (GARRORENA, 1980, 97).

Esta **conexión ley-democracia** es la que dota a aquella de una fuerza muy especial, que, pese a todos los matices que se le quiera dar a la misma, continúa caracterizándola frente al resto de las fuentes del Derecho, incluso frente a aquellas a las que les ha sido reconocido constitucionalmente el rango y valor de ley. Es lo que se expresa al decir que así se marca la diferencia entre las fuentes legales y las otras fuentes del Derecho: las fuentes legales recogen el sentido democrático constitucional de la producción jurídica dentro del ordenamiento en lo que atañe a la forma misma de esa producción (BALAGUER 1992, 55). O que lo característico del concepto de ley en el sistema de fuentes es su naturaleza democrática, que por sí sola le confiere una incontestable superioridad, y que la «democraticidad» del Estado en una monarquía parlamentaria implica que el núcleo básico de decisión política y de ordenación de la comunidad estatal no puede ser otro que el parlamento, el cual ocupa un lugar central y preeminente en todo el sistema jurídico-político (DÍEZ-PICAZO 1990, 165 y 172).

Trascendente es, por tanto, esta conexión ley-Cortes Generales, porque pone en manos de estas últimas un poder importantísimo en España, el poder de innovar el ordenamiento, el poder de dictar las normas que, dado el carácter democrático de este, gozarán, con todos los matices que se quiera y de los que diremos algo más adelante, de una posición preeminente. Se ligan, así, el Parlamento nacional, representante del Pueblo español (art. 66.1 CE), del que emanan los poderes (art. 1.2 CE), y la fuente decisiva del sistema jurídico del Estado, como no podía ser menos en uno que se proclama como social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE).

III. LA RECONSTRUCCIÓN DEL CONCEPTO DE LEY EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978

Las afirmaciones del apartado anterior, que pueden ser nuestro punto de partida a la hora

de examinar la potestad legislativa de las Cortes Generales, deben ser inmediatamente **matizadas por la conocida complejidad del sistema de fuentes del Derecho en nuestro ordenamiento jurídico**, que hace que la posición central y vertebradora (en expresión de SANTAMARÍA, 1991, 513) del concepto de ley se encuentre ahora con toda una serie de realidades, producto de la situación de los Estados modernos en general, y del español en particular, que invitan a revisar algunos de los modelos clásicos, en un intento, quizás imposible, de aplicar un entramado teórico, ya poco útil, a una situación que muestra una indomable resistencia a encorsetarse en las categorías tradicionales.

1. La crisis del modelo clásico

Sobre esta crisis del modelo clásico de las relaciones entre la ley parlamentaria y el resto de las fuentes del Derecho ha escrito con rara unanimidad toda la doctrina. Para algunos, todos los cambios de los últimos tiempos han hecho que la formulación de un concepto de ley en términos definitorios clásicos sea una tarea literalmente inviable (SANTAMARÍA, 1991, 553); y otros, de manera muy expresiva, llegan a afirmar que la Constitución Española ha destruido de forma inmisericorde el concepto tradicional de ley, que había sido heredado, con mayor o menor coherencia, de la dogmática clásica (DÍEZ-PICAZO, 1990, 144).

Ahora no nos corresponde a nosotros más que constatar ese hecho, provocado por fenómenos como la consolidación del carácter jurídico de la norma constitucional, o el surgimiento de poderes territoriales que compiten con el nacional en la producción de leyes, o la apertura a la colaboración entre el parlamento y el ejecutivo a la hora de elaborar normas con rango de ley, etc. Todos ellos colocan a la ley producto de las Cortes Generales, siguiendo el procedimiento legislativo, en una posición distinta de la que pudo tener en las escasas experiencias democráticas de nuestro pasado, porque también conviene subrayar

que, cuando se vuelve una mirada nostálgica a este, suele olvidarse que las leyes elaboradas por aquellas asambleas legislativas no eran precisamente un ejemplo de respuesta a los deseos de la mayoría de la población y sí un instrumento de las clases dominantes para proteger unos intereses que no coincidían con los de aquella. Por ello las recuperaciones del pasado siempre deben ser puestas en su contexto, que muchas veces no es verdaderamente democrático.

2. Un concepto predominantemente formal. Matices

No cabe duda de que, a primera vista, el concepto de ley en la CE es uno predominantemente formal, porque, como se ha escrito, en España, aquí y ahora, la misma no es otra cosa que el conjunto de normas a las que la Constitución denomina como tales, o atribuye rango o fuerza, de ley (SANTAMARÍA, 1991, 554). Otros remachan que el concepto de ley, en nuestra Constitución, es un concepto exclusivamente formal. **La ley es el acto de las Cortes Generales emanado de forma típica y solemne, es decir, siguiendo el procedimiento legislativo**, de modo que lo determinante para la definición de la ley en nuestro Derecho constitucional es el órgano, las Cortes Generales, y el procedimiento a través del cual manifiesta su voluntad (PÉREZ ROYO, 1988, 91; prácticamente en el mismo sentido De Orto, 1987, 102).

Dichas frases han sido objeto, sin embargo, más que de críticas frontales, de matizaciones diversas, que, sin querer reintroducir un concepto material de ley, sí pretenden reflexionar sobre la necesidad de tener en cuenta ciertos elementos de este tipo a la hora de revisar el mismo. Tempranamente se dijo que no cabe olvidar que la concepción formal de la ley entraña **el lastre de su constitutivo formalismo**; la identificación de la ley con una *potestas* es, a la postre y siempre, reducción de la misma a una *voluntas* y, por consiguiente, apertura a riesgo de que esa voluntad pueda

operar como cobertura de cualquier contenido, de modo que es imprescindible actualizar constantemente el recuerdo de la subordinación de la ley al texto constitucional, para conseguir que la ley formal se comporte como instrumento de una legalidad informada desde valores y, por tanto, como una técnica desde la que realizar una concreta concepción material o sustantiva de la justicia (GARRORENA, 1980, 142-143).

Hace menos tiempo se ha dicho que cabe afirmar con seguridad que de la Constitución se deduce **la generalidad como exigencia de las leyes** que regulan toda una serie de materias y tan decisivas que incluyen todo lo que puede denominarse el «constitucionalismo del sujeto», así como otro tipo de bienes constitucionales que por la generalidad del interés que incorporan lo demandan como garantía necesaria, junto a otras derivadas de razones técnicas, y todo ello porque el principio de Estado de Derecho supone que la ley debe configurarse necesariamente como *ratio* (frente o junto a *voluntas*), es decir, como la instrumentación de todo el proceso de racionalización del Estado (CABO, 2000, 108 y 110). En la misma línea, se ha afirmado que **la ley ya no puede ser desnuda *voluntas*, sino que ha de ser *ratio***, porque, junto a sus rasgos formales, ostenta uno de naturaleza material: ser el instrumento básico de ordenación de la comunidad en un Estado democrático de Derecho, definiendo cuál es el interés general, misión que no corresponde *ex Constitutione* a ninguna otra fuente del Derecho (DÍEZ-PICAZO, 1990, 173-174). Quedan matizadas estas posiciones por quien sostiene que la ley está sometida a límites en su campo de actuación y en el contenido material de la regulación que establece, pero dichos límites no afectan al concepto de ley, que puede considerarse como formal, sino a la validez-legitimidad de sus normas, que podrán ser cuestionadas ante el TC y expulsadas, en su caso, del ordenamiento jurídico (BALAGUER, 1992, 60-61).

Como vemos, la tensión entre los elementos formales y materiales, a la hora de definir el

concepto de ley, continúa siendo objeto de discrepancias en la doctrina, mientras que la jurisprudencia constitucional, que veremos más adelante, prefiere, lógicamente, no entrar en polémicas de academia. Unas reflexiones conciliadoras conducirían a concluir que el predominio de los rasgos formales pudiera verse matizado, en algunos casos, por datos de tipo material que sirvieran a importantes valores en presencia; pero, desde luego, la que puede considerarse como definitivamente arrumbada en el Derecho constitucional español vigente es aquella manera clásica de ver las cosas que ponía todo el acento en el contenido de una norma para calificarla de ley.

3. Un concepto plural

Otro rasgo claro que la ley presenta en nuestro sistema constitucional es la, considerada por algunos como preocupante, **proliferación de tipos normativos, del más diverso nombre y origen**, todos los cuales poseen idéntico valor formal en cuanto integran un escalón o nivel unitario del sistema normativo, situado inmediatamente bajo el nivel constitucional y subordinado al mismo, y por encima del nivel reglamentario (SANTAMARÍA, 1991, 554). Es lo que otros han llamado sistema de compartición de la potestad legislativa que se concreta en diversos órganos que la ejercen con arreglo a un sistema de distribución de materias (LINDE, 1998, 108).

No nos es posible entrar a fondo en este problema, que deberá ser objeto de análisis en los comentarios a otros artículos constitucionales, que se ocupan de estos tipos de leyes (orgánica, de armonización, autonómica, etc.), pero sí cabe recordar que es necesario, cuando uno se ocupa de la potestad legislativa de las Cortes Generales, dejar sentado que esta se expresa en muy diversos instrumentos, que pretenden servir a determinados intereses constitucionales muy variados. Dicha variedad constituye un rasgo también importante de nuestro concepto de ley.

IV. LA POSICIÓN DEL LEGISLADOR ESTATAL EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL

Vistos los rasgos generales de la potestad legislativa en nuestro ordenamiento, vamos a intentar ahora, apoyándonos principalmente en la jurisprudencia constitucional, dibujar cuál es la posición del legislador del Estado (las Cortes Generales) en el ejercicio de la misma.

1. La libertad de configuración del legislador. No es un mero ejecutor de la Constitución

El primer dato que consideramos importante es el de que el legislador tiene un amplio margen de actuación dentro del marco constitucional, sin que se le pueda considerar como un mero ejecutor de la norma suprema. Es cierto que existe un cierto grado de incertidumbre acerca de hasta dónde alcanza la libertad del legislador para configurar el ordenamiento (DÍEZ-PICAZO, 1990, 148), pero también lo es que dicha libertad existe, como ha resaltado el TC (por ejemplo, en la STC 194/1989, de 16 de noviembre, pero también en las SSTC 132/1989, de 18 de julio, 178/1989, de 2 de noviembre, 57/1990, de 29 de marzo, y 76/1990, de 26 de abril), al decir que la Constitución suele dejar a aquel márgenes más o menos amplios dentro de los cuales **puede convertir en ley sus preferencias ideológicas, sus opciones políticas y sus juicios de oportunidad**. El legislador es, por tanto, libre —dentro de los límites que la Constitución, entendida como un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan decisiones de muy diferente signo, establece— para elegir la regulación de tal o cual derecho, o institución jurídica, que considere más adecuada a sus propias preferencias políticas.

Y no estamos, desde luego, ante un mero ejecutor de una Constitución en la que vinieran predeterminadas todas las tendencias políticas y sociales. El legislador (de nuevo STC

194/1989, de 15 de noviembre, FJ 3) actúa con libertad dentro de los márgenes que esta le ofrece, y siendo la ley expresión de la voluntad popular, el TC debe ejercer sus competencias de forma tal que no imponga constricciones indebidas al Poder Legislativo y respete sus opciones políticas, pues la labor de interpretación de la Constitución no consiste necesariamente en cerrar el paso a las opciones o variantes imponiendo autoritariamente una de ellas. En un Estado democrático y pluralista como el español (art. 1.1 CE) caben diversas opciones, igualmente legítimas cuando la Constitución ha dejado varias posibilidades al legislador orgánico u ordinario.

De manera que la potestad legislativa de las Cortes Generales se caracteriza, en primer término, porque puede ejercerse con toda la libertad permitida por la CE, que, a pesar de los excesos regulativos de esta, es mucha, no debiendo entenderse la posición de la ley, respecto a la Constitución, en ningún caso como la propia del reglamento administrativo hacia ella.

2. El legislador no puede colocarse en el mismo plano que el poder constituyente

Sentado lo anterior, no debe continuarse el análisis sin hacer referencia a la STC 76/1983, de 5 de agosto, en cuyo FJ 4 se afirmó que si bien las Cortes pueden legislar en principio sobre cualquier materia sin necesidad de poseer un título específico para ello, esta potestad tiene sus límites, derivados de la propia Constitución, y, en todo caso, lo que las Cortes no pueden hacer es colocarse en el mismo plano del poder constituyente, realizando actos propios de este, salvo en el caso en que la propia Constitución les atribuya alguna función constituyente. **La voluntad y racionalidad del poder constituyente, objetivadas en la Constitución, suponen un límite a la potestad del legislador.**

Este es un producto más de la subordinación directa e inmediata, sin intermediación algu-

na, a la Constitución, de las normas legales, la llamada «primariedad» de las mismas (DÍEZ-PICAZO, 1990, 160), producto que tiene, como más importante consecuencia práctica, la de que no sea posible integrar supuestas lagunas constitucionales mediante la ley, y que el legislador ordinario no pueda dictar normas meramente interpretativas cuyo exclusivo objeto sea precisar el único sentido, entre los varios posibles, que deba atribuirse a un determinado precepto de la Constitución, pues, al reducir las distintas posibilidades o alternativas del texto constitucional a una sola, completa de hecho la obra del poder constituyente y se sitúa funcionalmente en su mismo plano [de nuevo STC 76/1983, de 5 de agosto, FJ 4.b)]. Dicha interpretación prohibida debe, sin embargo, distinguirse de aquella que, en el ejercicio de las competencias que la Constitución y los Estatutos de Autonomía le atribuyen para la ordenación de un sector material concreto, puede hacer el legislador para fijar el alcance y los límites de su propia competencia, de modo que, en este caso, puede legítimamente partir de unas nociones o determinaciones previas (STC 15/2000, de 20 de enero, FJ 4).

3. La problemática de las leyes singulares

Un problema conectado con la definición exclusivamente formalista de la ley, a la que ya hemos aludido, y que ha ocupado al TC en alguna sentencia fundamental (por todas, STC 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 11), es el de la legislación singular. El Tribunal ha sostenido que el primer límite a la misma es el principio de igualdad ante la ley, debiendo ser tenido en cuenta, sin embargo, que el mismo no prohíbe al legislador contemplar la necesidad, o la conveniencia, de diferenciar situaciones distintas y darles un tratamiento diverso, porque la esencia de la igualdad consiste no en proscribir diferenciaciones o singularizaciones, sino en evitar que estas carezcan de justificación objetivamente razonable, enjuiciada en el marco de la proporcionalidad de

medios al fin discernible en la norma diferenciadora. En segundo lugar, y para respetar el principio de separación de poderes, la adopción de leyes singulares debe estar circunscrita a aquellos casos excepcionales que, por su extraordinaria trascendencia y complejidad, no son remediables por los instrumentos normales de los que dispone la Administración ni por los instrumentos normativos ordinarios, haciéndose por ello necesario que el legislador intervenga singularmente. En último término, el TC afirma tajantemente que los derechos fundamentales no consienten, por su propia naturaleza, leyes singulares que tengan el específico objeto de condicionar o impedir su ejercicio; dichos derechos son materia reservada a leyes generales y reducto inmune a medidas legislativas singulares.

4. Las relaciones con la ley autonómica

Una de las características fundamentales de nuestro sistema constitucional es la pluralidad territorial de fuentes, que es consecuencia de la atribución de poder legislativo a las Comunidades Autónomas. Ello ha incidido de una manera evidente sobre la posición del legislador estatal. En primer lugar porque **el orden de distribución de competencias constituye un límite claro para la potestad legislativa de las Cortes Generales**, tal y como se razona en la STC 76/1983, de 5 de agosto, FJ 4, en la que se afirma que aquel no puede incidir con carácter general en el sistema de delimitación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas sin una expresa previsión constitucional o estatutaria.

También es verdad que **el legislador autonómico debe comportarse con lealtad**, no como sucedió en el caso de la STC 46/1990, de 15 de marzo, en la que el Tribunal constató (FJ 4) la existencia de una censurable actuación legislativa del parlamento canario que excedió los límites de su potestad legislativa, al legislar con una pretendida fuerza normativa superior a la que le corresponde, ya que nunca un legislador autonómico puede dispo-

ner nada acerca del ámbito legislativo propio del legislador estatal, ni puede decir nada sobre el momento de entrada en vigor de las leyes del Estado.

Como ya hemos visto al inicio de este comentario, estamos ante una muy complicada delimitación de campos, que es una de las características fundamentales de nuestro sistema de fuentes y que hace que los legisladores parlamentarios deban moverse en un esquema especialmente complejo, en el que es trascendental, aparte de las delimitaciones propias de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía, la labor interpretativa del Tribunal Constitucional.

V. CONCLUSIONES

Resulta difícil, dadas las limitaciones de espacio, ir, en el análisis del inciso del art. 66.2 CE, mucho más allá de los niveles alcanzados en las páginas que preceden a estas reflexiones finales, que pensamos aprovechar para hacer una síntesis de las ideas que hemos formulado.

Lo primero a resaltar es que la potestad legislativa de las Cortes Generales se mueve, en el marco de la Constitución de 1978, en un sistema mucho más complejo de lo que ha sido habitual en los ordenamientos europeos antes de las grandes crisis del siglo xx. La imagen del legislador olímpico como ser omnipotente, similar a un dios con poderes normativos ilimitados, se ha venido abajo de manera estrepitosa, como no podía ser menos dados los cambios radicales en las situaciones sociales de base, y sin que sea ocioso señalar que la misma tenía mucho de mito, incluso en aquellos sistemas en los que parecía funcionar perfectamente.

En ese contexto general la ley parlamentaria española se mueve en unas circunstancias propias peculiares —reforzamiento de la comprensión de la Constitución como norma por un Tribunal Constitucional especialmente activo; nuevas formas de colaboración con el

Ejecutivo en la producción de normas con rango de ley; presencia de la ley autonómica; influencia de sistemas de fuentes supranacionales (comunitario)— que hacen que su ámbito de actuación quede bastante limitado, aunque conserve su indudable importancia, y quepa, por otra parte, preguntarse si todos estos supuestos recortes a la ley no contribuirían, en último término, a reforzarla. Aparecería así como una vieja señora a la que, a pesar de su edad y de sus achaques, todos rinden tributo de respeto.

Consecuencia de la crisis a la que antes nos referíamos es que intentemos reconstruir el concepto de ley con los nuevos materiales, y

nos encontremos con la insuficiencia de la dogmática clásica, y lo difícil que es encontrarle alternativas, quizás porque insistimos en utilizar categorías indisolublemente ligadas a unas circunstancias que ya son del pasado. La vía correcta pudiera ser, por tanto, la de deshacernos de las mismas y abordar el estudio de la potestad legislativa de las Cortes Generales teniendo muy en cuenta los nuevos datos de base, esas realidades que hacen de la ley parlamentaria, en el día de hoy, algo muy distinto de lo que fue. Ni mejor ni peor, pero sí irreductiblemente diversa. Al estudio de esa diversidad hemos pretendido dedicar las páginas que anteceden, probablemente sin demasiado éxito.

BIBLIOGRAFÍA

BALAGUER CALLEJÓN, F., «Fuentes del Derecho», en *Ordenamiento general del Estado y ordenamientos autonómicos*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1992.

DE ASÍS ROIG, A. E., «La Ley como fuente del Derecho en la Constitución de 1978», en VV. AA., *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, tomo I, *El ordenamiento jurídico*, Civitas, Madrid, 1991, págs. 169 y ss.

DE CABO MARTÍN, C., *Sobre el concepto de ley*, Trotta, Madrid, 2000.

DE OTTO, I., *Derecho constitucional, Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M., «Concepto de ley y tipos de leyes», en GARRORENA MORALES, A. (Ed.), *El Parlamento y sus transformaciones actuales*, Tecnos, Madrid, 1990, págs. 144 y ss.

GARRORENA MORALES, A., *El lugar de la ley en la Constitución Española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980.

LINDE PANIAGUA, E., «Artículo 66. Las Cortes Generales», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, tomo VI (arts. 66 a 80), Cortes Generales-Edersa, Madrid, 1998, págs. 99 y ss.

PÉREZ ROYO, J., *Las fuentes del Derecho*, 4.^a ed., Tecnos, Madrid, 1988.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991.

Artículo 67

1. Nadie podrá ser miembro de las dos Cámaras simultáneamente, ni acumular el acta de una Asamblea de Comunidad Autónoma con la de Diputado al Congreso.

2. Los miembros de las Cortes Generales no estarán ligados por mandato imperativo.

3. Las reuniones de Parlamentarios que se celebren sin convocatoria reglamentaria no vincularán a las Cámaras, y no podrán ejercer sus funciones ni ostentar sus privilegios.

Sumario general:

La incompatibilidad de actas parlamentarias, por **ENRIQUE ARNALDO ALCUBILLA**

La prohibición del mandato imperativo, por **FRANCISCO CAAMAÑO DOMÍNGUEZ**

La convocatoria de las reuniones parlamentarias, por **JUAN CARLOS DA SILVA OCHOA**

LA INCOMPATIBILIDAD DE ACTAS PARLAMENTARIAS

Sumario: I. La prohibición de la acumulación horizontal de los mandatos. II. La apertura de posibilidades para la acumulación vertical de mandatos.

ENRIQUE ARNALDO ALCUBILLA

LETRADO DE LAS CORTES GENERALES
CATEDRÁTICO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS

I. LA PROHIBICIÓN DE LA ACUMULACIÓN HORIZONTAL DE MANDATOS

El sencillo art. 67.1 es plenamente coherente con la opción por el bicameralismo que contiene el precepto anterior, es decir, «es corolario lógico y exigencia propia de la propia estructura parlamentaria bicameral» (DE VEGA, 1999). La acumulación horizontal de mandatos está universalmente proscrita en los sistemas bicamerales sea en la propia Constitución (Austria, Bélgica, Irlanda o Países Bajos, entre otros) sea en la legislación de desarrollo (Francia, en su Código Electoral) sea en una norma no escrita (Reino Unido) (DURÁN ALBA, 2001). En suma, si cada Cámara expresa una distinta representatividad, no cabe la suma de dos distintas, la popular y la territorial (arts. 66.1 y 69.1).

El art. 67.1 articula la prohibición de acumulación de mandatos como causa de incompatibilidad, como ya hizo el art. 4.4 del Real Decreto-Ley 20/1977, de Normas electorales, solución técnicamente incorrecta porque no se establece una inconciliabilidad entre ambos cargos representativos, sino la imposibilidad de concurrir simultáneamente a los mismos. En razón de ello entendemos más ajustada la respuesta de la LOREG, que en el art. 154.3 dispone que: «Nadie pueda presen-

tarse simultáneamente como candidato al Congreso de los Diputados y al Senado». Se inserta este precepto en el Título II Capítulo I de la LOREG, formado por el solo precepto citado, relativo al derecho de sufragio pasivo en las elecciones de diputados y senadores. Ciertamente el legislador electoral parece incurrir en una cierta contradicción, pues en el art. 155.3 (dentro del Capítulo II, incompatibilidades) reitera el precepto constitucional, con lo que al menos, en apariencia, estaría admitiendo la posible presentación simultánea con la obligación de opción para el caso de resultar electo para ambas Cámaras, en caso por ejemplo de convocatoria separada. A nuestro juicio, la causa que se establece por el art. 67.1 CE es de inelegibilidad: quien de-see presentar su candidatura a una Cámara debe acreditar «sus condiciones de elegibilidad» (art. 46.2 LOREG), que no se reúnen en quien pretenda la concurrencia a las dos que integran las Cortes Generales.

II. LA APERTURA DE POSIBILIDADES PARA LA ACUMULACIÓN VERTICAL DE MANDATOS

1. La Constitución prohíbe acumular el acta de una Asamblea de Comunidad Autónoma con la de Diputado al Congreso; no, en cambio, con la de Senado, cargo que es potencial-

mente compatible con el de diputado autonómico.

La razón de ser es que la propia Constitución dispuso que **el Senado estaría integrado, en parte, con miembros designados por las Comunidades Autónomas (art. 69.5 CE)**. Como ha subrayado la jurisprudencia constitucional, la Ley Fundamental ha dejado a los Estatutos de Autonomía un margen para precisar, entre otros extremos ligados con el carácter propio de sus Senadores, si deben o no ser miembros de las respectivas Asambleas legislativas (STC *Senadores de Euskadi*, 40/1981, de 18 de diciembre). Así pues, se abre la posibilidad de que los Estatutos de Autonomía, o las leyes a los que estos se remitan válidamente (STC *Senadores de Euskadi*, 40/1981), precisen la existencia de la compatibilidad de mandatos o su prohibición.

En muchas Comunidades Autónomas se ha establecido la compatibilidad de la condición de diputado autonómico y de senador, incluso como obligatoria, de manera que solo pueden ser designados como senadores los miembros de la Asamblea autonómica. En algunas Comunidades, la pérdida de la condición de parlamentario autonómico lleva aparejada la consiguiente pérdida del escaño senatorial. En otras como la canaria su ley electoral establece la incompatibilidad. La jurisprudencia ha declarado que **la Constitución permite todas estas opciones**: tanto unir el mandato de los Senadores designados por la respectiva Comunidad Autónoma a la legislatura de las Cortes Generales como subordinarlo a la legislatura autonómica, o vincular la designación como senador a la condición de diputado autonómico (STC *Adolfo Díaz Ambrona Bardají c. Asamblea de Extremadura*, 76/1989, de 27 de abril).

La legislación electoral general, el art. 155.4 de la LOREG, reitera la posibilidad de simultanear el cargo de Senador designado por la Comunidad Autónoma y el de miembro de la Asamblea Legislativa autonómica, si bien establece que: a) que solo podrán desempeñar

las actividades les que estén reconocidas en la Constitución y en la LOREG, cualquiera que fuere su régimen de dedicación; b) solamente podrán percibir la remuneración que les corresponda como senador, salvo opción por la de parlamentario autonómico.

En fin, la Constitución no impide tampoco simultanear el cargo de senador de elección directa con la de diputado autonómico, pero esta apertura de posibilidades se remite también a la decisión del Estatuto de Autonomía o de la norma de desarrollo correspondiente. Algunas leyes electorales autonómicas han establecido la prohibición de la acumulación vertical en el caso (Navarra, Cantabria, Castilla-La Mancha, Galicia o Islas Baleares).

2. En relación con la posibilidad de acumulación vertical de mandatos interno y europeo, el silencio de la Constitución es perfectamente explicable, por cuanto España no formaba en 1978 parte de la entonces Comunidad Europea, cuya Asamblea Parlamentaria, por cierto, estaba entonces formada por parlamentarios nacionales. Las primeras elecciones directas al Parlamento Europeo se produjeron en junio de 1979.

Al ingresar en la todavía Comunidad Económica Europea el 1 de enero de 1986 se estableció un régimen provisional de doble mandato nacional y europeo. La LOREG se modificó, se completó, mejor dicho, con su Título VI, dedicado a las elecciones al Parlamento Europeo, mediante la Ley Orgánica 1/1987. El art. 211.2 estableció la incompatibilidad entre las condiciones de diputado del Parlamento Europeo y de diputado, senador o miembro de Asamblea Legislativa Autonómica. Debe reseñarse que, tras la modificación del Acta relativa a la elección de los representantes el Parlamento Europeo por sufragio universal directo de 20 de septiembre de 1976, llevada a cabo en 2002, se establece la incompatibilidad con la condición de parlamentario nacional que hasta entonces únicamente regía, además de en España, en Grecia y Bélgica.

En todo caso, al ser causa de incompatibilidad, cabe la concurrencia simultánea como candidato, si bien, en caso de resultar electo, el art. 211.3 LOREG dispone que «la incompatibilidad se resuelve a favor de la condición parlamentaria adquirida en último término», sin que quepa derecho de opción, a diferencia de lo que ocurre con las incompatibilidades.

tibilidad se resuelve a favor de la condición parlamentaria adquirida en último término», sin que quepa derecho de opción, a diferencia de lo que ocurre con las incompatibilidades.

BIBLIOGRAFÍA

CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F., *El mandato parlamentario*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1991.

DELGADO IRIBARREN, M. (Dir.), *Comentarios a la LOREG y a la LOR*, La Ley, Madrid, 2014.

DE VEGA GARCÍA, P., «Art. 67. La prohibición de acumulación de mandatos y del mandato imperativo y la obligación de convocatoria reglamentaria de las Cámaras», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, tomo VI, Cortes Generales-Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1999.

DURÁN ALBA, J. F., *Teoría general y régimen jurídico de las incompatibilidades parlamentarias en España*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2001.

JIMENA QUESADA, L., «Sobre algunas consecuencias constitucionales de las reuniones de parlamentarios sin convocatoria reglamentaria (ex art. 67.3 de la Constitución Española)», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 49, 2000.

PUNSET BLANCO, R., *Las Cortes Generales. Estudios de Derecho Constitucional Español*, Madrid, 1983.

RECODER DE CASSO, E., «Art. 67», en GARRIDO FALLA, F. (Dir.), *Comentarios a la Constitución*, 3.ª ed., Madrid, 2001.

RUBIO LLORENTE, F., «El Parlamento y la Representación política», en *I Jornadas de Derecho parlamentario*, Cortes Generales, Madrid, 1985.

SANTAOLALLA LÓPEZ, F., *Derecho Parlamentario español*, Espasa-Calpe, Madrid, 1990.

LA PROHIBICIÓN DEL MANDATO IMPERATIVO

Sumario: I. Mandato representativo y Estado liberal. II. La fórmula española.

FRANCISCO CAAMAÑO DOMÍNGUEZ
CATEDRÁTICO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

I. MANDATO REPRESENTATIVO Y ESTADO LIBERAL

Razones de puro pragmatismo explican su nacimiento en los orígenes del parlamentarismo inglés. El representante de la ciudad enviado a Westminster para tratar en asamblea de los negocios del reino, en particular sobre la recaudación de tributos y la aprobación de leyes, no estaba autorizado para fijar posición en todas aquellas cuestiones nuevas sometidas a debate y respecto de las cuales no había recibido instrucciones precisas de sus poderdantes. Suspender la sesión y esperar a que recibiese nuevas instrucciones implicaba obstaculizar los trabajos de una asamblea que se convocaba en muy escasas ocasiones. Por tanto, se hizo necesario sustituir una obligación concebida desde la perspectiva del contrato civil del mandato, por otra fundamentada en un deber de atención y lealtad a la confianza depositada, cuya quiebra era exigible no en la esfera de lo jurídico, sino en el plano ético de la responsabilidad personal (*accountability*). Para conseguir lo segundo nada mejor que prohibir lo primero. A partir de ahora **el representante estaría habilitado para tratar de cuantos asuntos se sometiesen a la consideración de la asamblea legislativa, y de sus decisiones respondería políticamente ante sus representados.** Este fue, en esencia, el exitoso argumento de E. BURKE en su célebre discurso a los electores de Bristol.

Se presentaba como un cambio sencillo, elemental, puramente pragmático y, sin

embargo, sería la palanca que apuntalaría una de las más complejas transformaciones hasta ahora habidas en el modo y forma de organizar la convivencia colectiva: el nacimiento de la representación política y, con ella, la del Estado propiamente entendido, es decir, como centro impersonal y único de imputación del poder público. Un Estado que convertirá al parlamento en el centro del sistema político (desplazando progresivamente el viejo principio monárquico) y en el principal motor de legitimación del poder.

Resulta difícil de creer que un remedio tan elemental e inocente sea uno de los principales basamentos del Estado liberal. Más bien cabe pensar que la solución o el arreglo parlamentario llegó en un momento y en un contexto en el que los fundamentos de la revolución liberal burguesa comenzaban a tomar cuerpo: el nacimiento de la opinión pública y la escisión entre lo público y lo privado; el paso de una economía agraria basada en la renta a otro modelo productivo de carácter mercantil y especulativo configurado en torno al concepto abstracto de capital como indicador de la riqueza; el auge de la ciudad como espacio de libertad, y la reivindicación de la propiedad y el individuo («individualismo posesivo»: McPHERSON, 1970) como centro rector del pensamiento y la acción humana, son, entre otros muchos factores, parte de un paisaje necesario sin cuya concurrencia la prohibición del mandato imperativo nunca se hubiese llegado a producir.

Solo así se puede comprender por qué no exista una significativa distancia entre la modesta explicación británica y la canónicamente formulada por el pensamiento revolucionario francés, que elevó la prohibición del mandato imperativo a la categoría de imprescindible fundamento teórico del Estado constitucional. El representante una vez elegido no representa a los electores de su circunscripción sino a toda la Nación. El Parlamento, mediante la deliberación y el libre contraste de ideas, forja la voluntad general, que es plasmada en la ley que, por tal razón, es obra de todos y a todos vincula. Siempre fue un foro de deliberación y encuentro, pero la representatividad de sus miembros solo alcanzaba a expresar una amplia miscelánea de intereses particulares diversos. El único que comparecía ante la asamblea y, como buen padre de familia, podía expresar el parecer del reino era el rey. Solo él representaba los intereses del pueblo frente a las posiciones particulares de los representantes designados por las corporaciones y las ciudades. El efecto inducido y transformador de la prohibición del mandato imperativo fue, precisamente, el de convertir a cada representante del pueblo en «rey», pues al no depender de sus electores también podía hablar en nombre de toda la nación a la que representaba. De este modo, la tradicional *representatio absorptiva* del monarca pasó a la pluralidad de los parlamentarios y la síntesis de esa pluralidad se convirtió en voluntad de la nación, desplazando el monopolio de la decisión que otrora ostentaba el rey. Además, esta nueva formulación introduciría un segundo cambio estrechamente vinculado al anteriormente comentado. Puesto que el representante, una vez elegido, ya no representa a sus electores porque lo es —como antes el rey— de toda la nación, era inevitable que la voluntad del pueblo se fraguase en el parlamento, lugar para la deliberación y el libre contraste de ideas y no necesariamente entre los ciudadanos electores. De este modo, en el constitucionalismo continental, de impronta francesa, la prohibición del mandato imperativo comportó una doble consecuencia: por un lado, la imposibi-

lidad de condicionar la opinión y el sentido del voto del parlamentario; por otro lado, la imposibilidad de que los electores pudiesen removerlo de su cargo por pérdida anticipada de la confianza en él depositada. En definitiva: el parlamentario es plenamente libre para decidir en conciencia y para ejercer su cargo en plenitud, sin que pueda ser removido del mismo hasta la celebración de nuevas elecciones. Durante la legislatura, el parlamentario interpretará la voluntad de sus electores, y del acierto en esa interpretación dependerá que le renueven la confianza y, por lo tanto, su continuidad en el ejercicio del cargo. Hasta ese momento el parlamentario es, por así decir, dueño y señor del escaño. El parlamento crea la voluntad del pueblo y, antes de ese acto de creación, no existe ninguna voluntad que el representante pueda o deba transmitir.

Esta concepción liberal de la representación política, enormemente persuasiva en el plano conceptual, nunca tuvo un reflejo cierto en la realidad política que informó el llamado parlamentarismo clásico. En efecto, más allá del modelo ideal, la visión de un parlamento integrado por representantes no alineados, libres, con amplios conocimientos y con opinión propia formada sobre todos y cada uno de los asuntos a tratar, que a través del discurrir racional del debate descubren, mediante un diálogo racional, la voluntad de la nación, es una imagen muy alejada de la realidad de unos parlamentos más aristocráticos que democráticos, iluministas en las formas pero clientelares en la esencia, que pudieron subsistir mientras representaron los intereses de una parte dominante de la sociedad que habían logrado desterrar al ámbito extraparlamentario o a la clandestinidad sus propios conflictos con otras partes del pueblo.

Era previsible, pues, que al producirse la extensión del derecho de sufragio, la generalización de la actividad política y, sobre todo, la irrupción estratégica de nuevas formas de participación, se produjese un progresivo decaimiento del modelo representativo liberal. En este sentido, el salto al parlamento llevado

a cabo por los nuevos sectores sociales hasta entonces excluidos del circuito político de la representación, mediante el recurso a asociaciones específicas y especializadas con un alto grado de cohesión ideológica y disciplina interna, supuso un punto de no retorno que inauguró la democracia de masas y también el llamado Estado de partidos.

La prohibición que fundamentaba toda una concepción de la representación política comienza a convertirse en un inconveniente que ha de ser suprimido, en una garantía subsidiaria y meramente formal del sistema o, en el mejor de los casos, en una pieza de arqueología constitucional carente de toda eficacia jurídica.

De héroe del Estado liberal a villano en el Estado de partidos. En efecto, si los ciudadanos votan a partidos y no a candidatos; si son los partidos los que monopolizan el acceso a los cargos representativos y, finalmente, si son estos los que sufragan los altos costes de las modernas campañas electorales, parece lógico pensar que el parlamentario que no se sujete a la disciplina del partido y a su programa político (moderna versión de las viejas instrucciones) deba abandonar el escaño. De no ser así, el art. 67.2 de la Constitución, lejos de justificarse como garantía de la representación, operaría como un salvoconducto para la «traición» del parlamentario al partido político y a sus votantes. Contemplado exclusivamente desde esta perspectiva, la prohibición del mandato imperativo se habría convertido en el principal incentivo para el transfuguismo político.

Además de la contradicción que supone el reconocimiento constitucional de los partidos políticos (art. 6 CE) y el mantenimiento de esta prohibición (art. 67.2 CE), se apunta también la que se produce entre ella y las normas infraconstitucionales que informan el proceso representativo, pues estas convierten a los partidos (y no a los parlamentarios) en los verdaderos protagonistas de la acción política. Así ocurre en el ámbito electoral, pero

también en el propiamente parlamentario, puesto que los Reglamentos de las Cámaras configuran a los grupos parlamentarios —proyección interna de los partidos— como actores principales en detrimento del representante político individualmente considerado.

Desde la experiencia de la república de WEIMAR y las obras de LEIBHOLZ, CARL SCHMITT o HANS Kelsen sobre esta cuestión, la denuncia sobre la existencia de una fractura en el interior de la Constitución o entre esta y la realidad política son lugares comunes de la literatura especializada, hasta el punto de que la expresión «crisis del parlamento» persiste y se reaviva cíclicamente cual ave fénix, a pesar de que el parlamento es, al día de hoy, una institución viva e irrenunciable.

Probablemente esa pretendida «crisis» no sea más que la incomprensión de una nueva forma de ser de la institución parlamentaria —la de **un parlamento posmoderno**— en la que se combinan en delicado equilibrio aspectos de una y otra forma de entender la representación política.

Los actuales Estados democráticos de partidos son, en esencia, una combinación de instituciones liberales y de exigencias añadidas, como consecuencia del principio democrático. Tanto es así que puede resultar excesivo sostener, sin ulteriores matizaciones, que los ciudadanos votan a partidos y no a candidatos, pues en muchas ocasiones el voto viene determinado por el perfil de la persona que lidera una concreta opción política. Tampoco cabe equiparar el vigor de los partidos políticos, en la etapa de su nacimiento y consolidación (como asociaciones fuertemente ideologizadas y preparadas para transmitir impulsos desde las bases hacia las cúpulas dirigentes), con su situación actual, en la que muestran estructuras mucho más flexibles e integradoras, como lo acredita el hecho de que entre sus listas electorales se incluyan, cada vez más, candidatos independientes que se aproximan a la política desde otros ámbitos so-

cialmente relevantes. Además, es conocida su tendencia a operar como *catch all party*, buscando nuevos y diversos sectores de voto.

En este contexto, las relaciones parlamentario-partido no siempre se producen en los términos teorizados por los defensores del Estado de partidos, ni tampoco se cumplen los presupuestos que justifican una inmediata conexión entre el votante y el partido, en sentido estricto. Por tanto, **la comprensión constitucional del art. 67.2 de la CE debe hacerse desde la observancia de esa realidad**, que, por lo demás, coincide en el tiempo con el último tercio del pasado siglo en el que se encuadra la aprobación de nuestro texto constitucional.

Examinado el devenir de la prohibición del mandato imperativo, acaso pueda sostenerse que se ha ido desprendiendo de su sentido original y de algunas adherencias derivadas de sus cambios funcionales a lo largo del tiempo, y que hoy cobra un nuevo sentido como «reservorio último» de la responsabilidad política del individuo cuando se encuentra, como es el caso de los representantes públicos, en una situación legítima de ejercicio del poder. El art. 67.2 de la Constitución estaría garantizando, en último término, que a pesar del protagonismo de los partidos políticos en el proceso de representación, quienes tienen que decidir son siempre personas y no organizaciones, pues, al final, siempre son ellas, con nombres y apellidos, quienes responden políticamente de su conducta ante los demás. El poder para equivocarse y, en su caso, para navegar contra corriente con que cuenta el parlamentario, en virtud del art. 67.2 de la CE, es expresión del elemento humano o subjetivo de la relación representativa. Por tanto, lo que garantiza el art. 67.2 CE es que la constitucionalización de los partidos políticos, el reconocimiento de los grupos parlamentarios o la instauración del sistema de voto ponderado en ningún caso van a simplificar o reducir más allá de lo imprescindible la complejidad inherente a todo proceso representativo, permitiendo que pueda incor-

porar, a la decisión final, en tanto que decisión responsable, la pluralidad de visiones y de sentimientos que sobre un determinado tema pueda existir en la sociedad.

II. LA FÓRMULA ESPAÑOLA

En la experiencia constitucional española, nacida tras la entrada en vigor de la Constitución, la prohibición del mandato imperativo ha tomado vida propia, cambiando de lugar y escrito su propio relato, como consecuencia de la reconducción y conversión jurisprudencial de una garantía típicamente institucional (art. 67.2 CE), en una garantía concerniente al ejercicio de un derecho fundamental (art. 23 CE).

Las cosas no suelen ocurrir por casualidad, aunque, a veces, pudiera parecerlo. En efecto, toda la construcción doctrinal elaborada por el Tribunal Constitucional en torno al asunto que ahora nos concierne proviene del hecho, ciertamente excepcional, de que nuestra Constitución haya reconocido como fundamentales, **en su art. 23, los derechos de los ciudadanos a representar y a ser representados en la gestión de los asuntos públicos**.

Ante las contradicciones jurídicas que, en principio, pueden producirse entre la prohibición del mandato imperativo (art. 67.2 CE) y el reconocimiento constitucional de los partidos políticos (art. 6 CE), los derechos fundamentales del art. 23 CE. hábilmente manejados por el Tribunal Constitucional se convirtieron en una inteligente válvula de regulación y escape.

Esa tensión entre militancia partidaria y mandato representativo era la que latía en los diversos recursos de amparo que se plantearon ante el Tribunal Constitucional en el año 1983, como consecuencia del art. 11.7 de la Ley 39/1978, de 17 de julio, de elecciones locales, en la que se disponía la pérdida del cargo de representante municipal por abandono

voluntario del partido en cuyas listas este se hubiese presentado.

Los términos procesales del debate no son, a estos efectos, irrelevantes. Al Tribunal Constitucional no se le estaba preguntando si dicho precepto era o no contrario al art. 67.2 CE, entre otras razones porque, como es sabido, este precepto se refiere a los miembros de las Cortes Generales (siendo extensible, en su caso, a los parlamentarios autonómicos) y, además, su eventual quiebra no puede fundamentar un recurso de amparo constitucional. Antes bien, lo que el Tribunal tenía que dilucidar era si el efecto de la pérdida del cargo público representativo, previsto en la Ley para el supuesto de abandono voluntario de la formación política por la que el representante se había presentado, vulneraba, o no, el derecho fundamental previsto en el art. 23.2 CE, en el que se reconoce a los cargos públicos su derecho fundamental a ejercer sus funciones, lo es «con los requisitos que señalen las leyes». Era claro que el art. 11.7 de la Ley contenía un requisito que configuraba el estatus de representante político local. Y era asimismo claro que ese requisito se había incorporado al ordenamiento jurídico mediante una norma con rango de ley. Por tanto, la configuración legal del derecho permitía la pérdida de la condición de concejal por abandono voluntario del partido en cuya lista se había presentado a las elecciones.

Subrayo estos aspectos porque a menudo han pasado desapercibidos. No era fácil el reto ante el que se encontraba el Tribunal Constitucional y, de hecho, las sentencias resolutorias de aquellos asuntos, con excepción de la STC 28/1983, se acompañaron de votos particulares (se trata de las SSTC 57/1983, de 4 de febrero; 10/1983, de 21 de febrero; 16/1983, de 10 de marzo; 20/1983, de 15 de marzo; 28/1983, de 21 de abril; 29/1983, de 23 de abril, y 30/1983, de 26 de abril). También fue sumamente polémica la acogida inicial por parte de la doctrina científica de los criterios asentados por el Tribunal, si bien, con el paso del tiempo, se irían convirtiendo en un referente

firme y consolidado a partir del cual se han vertebrado otras interpretaciones constitucionales de preceptos con incidencia sobre las condiciones de ejercicio de los cargos públicos representativos.

El paso dado por aquella primera jurisprudencia constitucional constituye hoy un cuerpo de doctrina tan sólido que resulta imposible hablar de Derecho parlamentario en nuestro país sin que, inmediatamente, aparezca el art. 23 CE. Como ya he dicho en otra ocasión, existe un antes y un después en la comprensión constitucional del proceso representativo y de nuestro Derecho parlamentario, cuyo punto primario de inflexión lo marcan aquellas sentencias en las que el Tribunal Constitucional incorporó la teoría de los derechos fundamentales y la filosofía del *man vs. state* a la comprensión constitucional de la representación política.

Conviene entonces examinar con mayor detalle aquella jurisprudencia que permitió esta metamorfosis de la prohibición del mandato imperativo en nuestro país.

El Tribunal Constitucional, para salvar la dificultad que suponía salvaguardar un derecho fundamental de configuración legal frente a lo dispuesto en una ley configuradora del mismo, estableció un puente de conexión entre los dos párrafos del art. 23 CE. Nació así una vertiente del derecho fundamental del 23.2 CE, que fue formulada en los siguientes términos:

«El daño que los ciudadanos, como representados padezcan, no es lesión de un derecho propio, sino reflejo de la vulneración de un derecho ajeno, pues el trato discriminatorio del que puede ser objeto el representante [...] afecta, en primer lugar, a su propio ámbito protegido y solo indirectamente, y en la medida en que lo desplaza de su cargo o función, [...] a la situación jurídica de los representados» (STC 10/1983, FJ 2).

Mediante esta interrelación se produce un vínculo argumental entre el derecho del representante al ejercicio de su cargo y el derecho de los ciudadanos a verse representados a través de él. Es esta una interpretación que cobija cierta complejidad derivada de esa especie de cotitularidad refleja que se produce entre representantes y representados. No es de extrañar, en consecuencia, que los firmantes de los votos particulares alegasen que aunque el art. 23.1 CE reconozca el derecho a la participación política, no es «base suficiente para que un representante alegue como propio un derecho fundamental solo reconocido expresamente a los electores».

Es cierto, sin embargo, que el Tribunal al crear esta nueva dimensión del encargo representativo no hace otra cosa más que subrayar y situar en un primer plano la legitimidad democrática directa del mismo o su legitimidad democrática indirecta, que surge independientemente de la derivada del conjunto del sistema constitucional. Circunstancia que explica, como tendrá ocasión de acreditar en jurisprudencia posterior, que esta interrelación entre los dos apartados del art. 23 CE solo sea posible cuando se trate de cargos públicos representativos elegidos directamente por los ciudadanos. Como declaró en su STC 23/1984, de 20 de febrero, FJ 4.º, solo cuando se trata de este tipo de cargos públicos estamos ante un supuesto en el que el art. 23.2 CE «es un reflejo del Estado democrático en el que —art. 1.2— la soberanía reside en el pueblo español del que emanan todos los poderes del Estado».

En definitiva, a través de esta singular construcción, **la prohibición del mandato imperativo aparece como una garantía última del derecho de los ciudadanos a verse representados** por quienes ellos directamente han elegido, de suerte que, a través de la protección del representante en el ejercicio del cargo, se pretende evitar la existencia de cualquier acto o norma que violente el derecho de los ciudadanos a verse representados.

Además, como consecuencia de esta línea de interpretación, la prohibición del mandato imperativo se convierte en la garantía indirecta de un derecho fundamental de los ciudadanos (el del art. 23.1 CE), y no como una pieza constitucionalmente introducida exclusivamente para la hipótesis de los miembros de las Cortes Generales.

La representación política aparece ahora como el cauce para la expresión permanente de derechos fundamentales, de modo que la relación representativa no concluye en el momento de la elección, sino que adquiere nuevas dimensiones vinculadas, básicamente, a la defensa de la pluralidad y a la protección de las minorías, incluso frente a la posición mayoritaria del partido por el que se hubiera presentado.

En el mismo sentido, es de señalar que esta comprensión de la representación política como vertiente fundamental del ejercicio de concretos derechos fundamentales permite que estos derechos no se confundan con la mera configuración legal del estatus del representante. La orden política de representación, la relación democrática que se establece entre representante y representado, hace que la configuración legal del cargo representativo no pueda desconocer ese contenido esencial. Por tanto, si la configuración legal del estatus incide sobre el ejercicio del cargo representativo hasta el punto que las limitaciones o los condicionamientos que se establecen sobre el representante se proyectan sobre el derecho de los ciudadanos a verse representados, la regulación legal cede ante el contenido constitucional de estos derechos. Por esta vía, el mandato parlamentario se inviste de una mínima pero irreductible vertiente fundamental que no puede ser desconocida por norma infraconstitucional alguna.

Las bases argumentales de esta jurisprudencia tendrán una amplia traslación a otros muchos contextos, especialmente en el concierne a la **protección de las minorías parlamentarias** frente a tratamientos arbi-

trarios o discriminatorios por parte de los órganos de gobierno de las Cámaras parlamentarias. Y no solo eso. La gran virtualidad de esa construcción jurisprudencial reside, precisamente, en permitir **superar *ad casum* y con criterios consensuados de ponderación la tantas veces denunciada contradicción entre la realidad política y la jurídica, presente en el Estado democrático de partidos**. El reconocimiento legal del protagonismo político y jurídico de los partidos políticos no entra en contradicción con la prohibición del mandato imperativo (art. 67.2 CE) necesaria, puesto que este precepto ha de ser interpretado como garantía última de los derechos fundamentales del art. 23 CE. Como ha tenido ocasión de declarar el propio Tribunal Constitucional, en su STC 119/1990, de 21 de julio, «la consagración constitucional de los partidos políticos como expresión de tal pluralismo [...] dotan de relevancia jurídica (y no solo política), a la adscripción política de los representantes y hace que, en consecuencia, esa adscripción no pueda ser ignorada ni por las normas infraconstitucionales que regulan la estructura interna del órgano en que tales representantes se integran, ni por el órgano mismo en las decisiones que adopte en el ejercicio de las facultades de organización que es consecuencia de su autonomía».

En coherencia con esta doctrina, la jurisprudencia constitucional ha considerado plenamente compatible con la Constitución que en un sistema electoral como el nuestro los ciudadanos voten listas y no a candidatos (STC 75/1985, de 21 de julio), que el establecimiento de un porcentaje mínimo de votos para ser proclamado electo (SSTC 75/1985, de 21 de junio y 72/1989, de 20 de abril) no vulnere los derechos del art. 23 CE, que en los cargos públicos de naturaleza política se dé preferencia a los correligionarios (STC 32/1985, FJ 5), o que tampoco violente la Constitución la imposibilidad de presentación de enmiendas a título individual (ATC 12/1986, de 15 de enero, y STC 23/1990, de 15 de febrero), entre otros muchos pronunciamientos. Desde la otra

cara de esta misma moneda, el Tribunal ha reconocido, con fundamento en el art. 23 CE, el derecho de los representantes políticos a recabar datos, informes y documentos de la Administración (SSTC 161/1988, de 20 de septiembre, y 189/1989, de 3 de noviembre), así como la inadmisión de iniciativas en contra de lo reglamentariamente dispuesto, por citar tan solo algunos ejemplos.

La utilización combinada de estas dos esferas de actuación ha permitido al Tribunal establecer cánones de enjuiciamiento basados en criterios de razonabilidad, proporcionalidad y no discriminación, aplicables a la relación representante-partido, representante-órgano de representación y ciudadano-representante.

Un buen resumen del espíritu que late en toda esta jurisprudencia lo podemos encontrar en estas dos Sentencias:

a) STC 23/1990, de 15 de febrero, sobre **inadmisión a trámite de una enmienda con texto alternativo**: el derecho fundamental que, eventualmente, habría sido conculcado no es el de la participación en los asuntos públicos al que alude el ap. 1.º del art. 23, sino el que reconoce el ap. 2.º, en la que, según la queja del recurso, se había impedido a los diputados recurrentes el ejercicio de una facultad —la de enmienda— que se integra en el estatus del cargo público que desempeña (FJ 3).

b) STC 119/1990, de 21 de julio, relativo al **juramento a la Constitución**. El mandato de los representantes es «producto de la voluntad de quienes los eligieron, determinada por la exposición de un programa político jurídicamente lícito. La fidelidad a este compromiso, que ninguna relación guarda con la obligación derivada de un supuesto mandato imperativo [...] no puede ser desconocida ni obstaculizada, como se ha hecho en este caso, mediante la prohibición de añadir la expresión «por imperativo legal» en el momento mismo de prestar el acatamiento [...] porque, en definitiva, este impedimento es una lesión

que también repercute en el derecho que la Constitución garantiza [...] a sus electores de participar en los asuntos públicos a través de representantes» (FJ 7).

Como fácilmente puede comprobarse, esta vertiente fundamental de los derechos de representación resitúa y otorga un nuevo sentido a la garantía del 67.2 CE, en un contexto completamente distinto de aquel para la que fue pensada. Como toda construcción juris-

prudencial, la que brevemente se acaba de exponer adolece de cierta inestabilidad y su potenciación y crecimiento han producido algunos excesos, hasta el punto de que los derechos del art. 23 CE han servido para que, con el paso del tiempo, nada de lo que es propio del parlamento sea ajeno a la jurisdicción constitucional, lo que, en algún caso, difumina peligrosamente el necesario cordón sanitario que siempre debe existir entre Derecho y política.

LA CONVOCATORIA DE LAS REUNIONES PARLAMENTARIAS

Sumario: I. La trascendencia de la convocatoria. II. Consecuencias externas de la falta de convocatoria reglamentaria. III. Convocatoria defectuosa. IV. Consecuencias internas de la falta de convocatoria reglamentaria.

JUAN CARLOS DA SILVA OCHOA

LETRADO DEL PARLAMENTO VASCO (EN EXCEDENCIA)

MAGISTRADO

I. LA TRASCENDENCIA DE LA CONVOCATORIA

El precepto que recoge el ap. 3.º del art. 67 apenas ha recibido atención de la doctrina, de la jurisprudencia o del legislador. Además, y desde un principio, fue objeto de una crítica categórica que lo consideró carente de técnica legislativa, jurídicamente inútil e innecesario, y políticamente inocuo e improcedente. Con el tiempo se ha visto mayor contenido en el precepto, y se ha destacado que en su fondo hay mayor complejidad a la luz de la actual realidad político-constitucional española, que no es fácilmente comprensible ni está exenta de interés para el ciudadano y para el jurista, y se ha señalado que revela, en última instancia, una genuina manifestación del *due process of law*, pues el principio democrático está también, y de manera esencial, en las formas y procedimientos.

La primera dificultad con la que se enfrenta el intérprete es, evidentemente, la confusa sintaxis de la norma. Tal como está redactada, el sujeto de ambas oraciones debería ser: «las reuniones de Parlamentarios que se celebren sin convocatoria», pero mientras este es obviamente el sujeto de la primera de ellas, no puede ser, lógicamente, el de la segunda, pues

las reuniones de Parlamentarios carecen de funciones formalizadas y no ostentan privilegios. Cabe la duda razonable, por tanto, de si el segundo inciso es aplicable a los Parlamentarios o a las Cámaras. Y ello porque tanto los Parlamentarios como las Cámaras tienen funciones y ostentan privilegios (o prerrogativas, como prefiere la doctrina, que subraya su carácter funcional, es decir, al servicio de la libertad para el ejercicio de las funciones).

Probablemente, el constituyente quiso hacer una referencia que englobase a ambos sujetos, y abarcar tanto las funciones de las Cámaras (en esencia, las del art. 66.1 y 2 CE) como las de los Parlamentarios. Estas últimas aparecen detalladas en los Reglamentos del Congreso y del Senado: asistir con voz y con voto a las sesiones de los órganos de los que formen parte y sin voto a las de las Comisiones de las que no formen parte (arts. 6.1 RCD y 20 RS); pedir la reconsideración por la Mesa de la Cámara de la calificación de los escritos y documentos de índole parlamentaria (arts. 31.2 RCD y 36.2 RS); recabar datos informes y documentos (art. 7.1 RCD), derecho que el TC ha incorporado al estatuto jurídico del parlamentario individual (SSTC 161/1988 y 181/1989) por estar vinculado a la función de control del Gobierno (STC 203/2001), etc.

Del mismo modo, si falta convocatoria reglamentaria no hay representación del pueblo español ni potestad para legislar o para controlar al Gobierno, lo cual parece obvio, pues lo que se reúne no es la Cámara, sino sus miembros —algunos o todos—. Tampoco los parlamentarios pueden en esta situación emitir votos ni opiniones sujetas al Derecho parlamentario, pues la reunión es extraparlamentaria.

II. CONSECUENCIAS EXTERNAS DE LA FALTA DE CONVOCATORIA REGLAMENTARIA

Por eso, la carencia de convocatoria resulta decisiva principalmente para los privilegios parlamentarios, pues priva de ellos a las Cámaras y a sus miembros. Respecto de las primeras, parece obvio que así sea, pues, como queda dicho, solo existen cuando ha mediado convocatoria reglamentaria, como ocurre con cualquier otro órgano colegiado. Por lo que respecta a los Parlamentarios, la sanción del art. 67.3 CE se proyecta únicamente sobre la inviolabilidad, pues ni la inmunidad ni el aforamiento penal guardan relación con la actividad estrictamente parlamentaria. En cuanto a la retribución (que no es propiamente una prerrogativa, pero comparte con ellas la naturaleza de elemento esencial del estatuto del parlamentario individual y garantiza su independencia), también esta se devenga en la actualidad con independencia de la celebración de sesiones parlamentarias, pues ya no existe un sistema de dietas por asistencia, sino una retribución mensual fija (aunque la Constitución no opta por ningún método de retribución, toda vez que el art. 71.4 únicamente da derecho a «una asignación»; si se volviera al sistema de viáticos, la asistencia a una reunión no convocada reglamentariamente, en aplicación del art. 67.3 CE, no haría nacer el derecho a la retribución por esa sesión).

Por tanto, los parlamentarios no gozan de inviolabilidad por las opiniones emitidas en las sesiones no convocadas reglamentariamente.

Lo cual es plenamente coherente con lo dispuesto en el art. 71.1 CE, toda vez que las opiniones protegidas son las manifestadas en el ejercicio de sus funciones, y, como queda dicho, en nuestro Derecho constitucional no hay ejercicio de funciones parlamentarias sin convocatoria reglamentaria. Este carácter de la inviolabilidad como mecanismo de protección de la libertad en el debate parlamentario ha sido constantemente subrayado por la jurisprudencia constitucional. Así, ya en el ATC 147/1982 (Pleno), de 22 de abril, en un conflicto entre el derecho al honor y la inviolabilidad, se declaraba: «Una interpretación sistemática de los diversos preceptos constitucionales, tanto de los que consagran los derechos fundamentales como de los que establecen los privilegios funcionales, conduce a atribuir a las Cámaras y a sus miembros un amplio margen de libertad en el uso de esos privilegios, pues su finalidad es asegurar el buen funcionamiento de las instituciones parlamentarias cuya importancia en un sistema democrático es decisiva, entre otras cosas, para la defensa de los mismos derechos fundamentales».

En el mismo sentido, la STC 51/1985 (Sala 2.^a), de 10 de abril, decía: «El art. 71.1 de la Constitución dispone que “los Diputados y Senadores gozarán de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones”, garantizando así la *freedom of speech* de los parlamentarios, genéricamente reconocida en los diferentes sistemas constitucionales democráticos [...] Es claro que la misma se orienta a la preservación de un ámbito cualificado de libertad en la crítica y en la decisión sin el cual el ejercicio de las funciones parlamentarias podría resultar mediatizado y frustrado, por ello el proceso de libre formación de la voluntad del órgano». Y, más adelante: «el nexo entre inviolabilidad y ejercicio de funciones propias a la condición del parlamentario está claramente expuesto por el propio art. 71.1 de la Constitución. A no ser que la expresión “funciones” que recoge esta norma se entendiera en un sentido inespecífico (de corte sociológico y no jurídico), las mismas debieran identificarse en las que son propias

del Diputado o Senador en tanto que sujetos portadores del órgano parlamentario, cuya autonomía, en definitiva, es la protegida a través de esta garantía individual. El Diputado o Senador ejercitaría, pues, sus funciones solo en la medida en que participase en actos parlamentarios y en el seno de cualesquiera de las articulaciones orgánicas de las Cortes Generales. Que esto es así lo confirman los Reglamentos de las Cámaras, y específicamente el Reglamento del Senado (el del Congreso — art. 10— se limita a reiterar, por lo que aquí importa, la fórmula constitucional). Así, el art. 21 del Reglamento del Senado señala ya que la inviolabilidad garantizará solo “las opiniones manifestadas en actos parlamentarios” y los “votos emitidos en el ejercicio de su cargo”. De otra parte, y como confirmación constitucional de esta interpretación, ha de tenerse en cuenta lo dispuesto por el art. 67.3 de la norma fundamental, de acuerdo con el cual “las reuniones de parlamentarios que se celebran sin convocatoria reglamentaria no vincularán a las Cámaras, y no podrán ejercer sus funciones ni ostentar sus privilegios”. Es cierto que este precepto no se limita a contemplar, en su último inciso, la prerrogativa que se considera (se refiere también, por ejemplo, a la protección penal de las asambleas y la inmunidad de la sede parlamentaria), pero es también patente que su sentido es el de vincular el reconocimiento de lo que llama “privilegios” parlamentarios al funcionamiento regular de las asambleas y de sus órganos. Refuerza esta tesis el hecho de que la inviolabilidad por las opiniones vertidas se vea necesariamente contraprestada por la sujeción a la disciplina parlamentaria». Si bien en forma de *obiter dictum*, se aprecia en esta declaración una preferencia del Tribunal Constitucional por la interpretación que hemos adelantado del precepto que comentamos.

III. CONVOCATORIA DEFECTUOSA

Ya se ha dicho que la convocatoria es relevante para el funcionamiento de cualquier órgano colegiado, pues en ausencia de la misma

no hay sesión del órgano, sino reunión de sus miembros, lo que es bien distinto desde el punto de vista del Derecho: ni lo que se decida pueda considerarse decisión del órgano, ni pueden ejercerse las funciones o potestades que el ordenamiento confía en exclusiva al órgano.

Así, y por lo que se refiere a los órganos de la Administración, el art. 62.1.e) de la Ley de Régimen Jurídico de las administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común consideraba nulos de pleno Derecho los actos adoptados prescindiendo total y absolutamente de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados (la norma está ahora contenida en el art. 47.5 de la vigente Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas). Entre ellas, la jurisprudencia identifica «las referentes a la convocatoria de los miembros componentes del órgano colegiado; en cuanto que estos han de conocer con la antelación temporal suficiente, que la norma expresamente determina, para disponer lo necesario en orden a asegurar su asistencia física a las sesiones de aquel, así como para trabar exacto conocimiento del objeto o materia de la que se ha de tratar en cada sesión, máxime cuando por la naturaleza de aquella son precisos conocimientos, asesoramientos o estudios para hacer un análisis reflexivo de la cuestión que se ha de someter a su consideración» (STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.^a, de 15 de marzo de 1991), consideraciones fácilmente trasladables al ámbito de las reuniones parlamentarias.

En definitiva, el órgano es un ente institucional que trasciende la personalidad de sus componentes, incluso de la suma de la mayoría o de la totalidad de los mismos. El ordenamiento lo concibe de esta manera para atribuir su actuación a una realidad jurídica distinta de los miembros, garantizando su permanencia. Ahora bien, haciendo el análisis desde el punto de vista de la teoría

jurídica del órgano, cabe preguntarse si los distintos vicios que pueden concurrir en la convocatoria tienen todos la misma trascendencia. En puridad, que solo aquellos que supongan una irregularidad grave, de carácter sustantivo y trascendente (convocatoria por quien no tiene la potestad, sin orden del día, sin comunicación a todos los miembros del órgano parlamentario, etc.), pueden acarrear la aplicación del art. 67.3 CE, mientras defectos de menor relevancia no convierten la convocatoria en contraria al Reglamento.

Entre los defectos más importantes está, por tanto, la convocatoria por persona no habilitada. La regla general es que la convocatoria corresponde al Presidente de cada Cámara: a iniciativa propia (en todos los casos y siempre en el caso de la Mesa —art. 35.1 RCD—) o a petición de otros (dos grupos parlamentarios o un quinto de los Diputados: Junta de Portavoces —art. 38.1 RCD—, Pleno —art. 54 RCD— y Diputación Permanente —art. 56.4 RCD—); o al Presidente de la Comisión correspondiente, de acuerdo con el de la Cámara (asimismo de oficio o a instancia de dos grupos o un quinto de miembros —art. 42.1 RCD—, aunque también pueden ser convocadas por el Presidente de la Cámara —art. 42.2 RCD—). Como excepción a esta regla general la sesión constitutiva de cada Cámara (según el art. 1 RCD y el art. 2 RS) se convoca en el Real Decreto por el que se disuelven las Cortes (o el Congreso, o el Senado) y se convocan elecciones (al que se refiere el art. 167 LOREG), de modo que esta convocatoria corresponde al Rey, con el refrendo del Presidente del Gobierno y previa deliberación del Consejo de Ministros.

IV. CONSECUENCIAS INTERNAS DE LA FALTA DE CONVOCATORIA REGLAMENTARIA

La otra consecuencia de las reuniones de parlamentarios sin convocatoria reglamentaria, al margen de la privación de potestades y pre-

rrogativas, es que no vinculan a las Cámaras. Nuevamente se trata de una consecuencia de la diferencia entre la Cámara (o el órgano de la misma) y sus miembros. Lo que se resuelva o decida no es imputable a la institución parlamentaria. Aunque, si cabe, tiene mayor importancia la no vinculación respecto de los terceros, pues la inmensa mayor parte de la actividad parlamentaria está volcada hacia el exterior, hacia los ciudadanos y el resto de los poderes públicos.

Consecuencia lógica de la imposibilidad de ejercitar las funciones parlamentarias, en la reunión sin convocatoria reglamentaria no se legisla, ni se aprueban los presupuestos, ni se controla al Gobierno.

La actividad de las Cámaras queda condicionada, por tanto, a la existencia de convocatoria reglamentaria, a la concurrencia de quórum de asistencia y de votación (si se trata de adoptar acuerdos), en los términos que se examinan más adelante en el comentario al art. 79.1 CE, y, en fin, al genérico sometimiento al procedimiento establecido en la Constitución y en los Reglamentos Parlamentarios (y en algunas leyes, que también son fuente del Derecho parlamentario).

Todo este régimen jurídico sirve, en fin, para distinguir dos realidades en ocasiones fáciles de confundir para la opinión pública, pero jurídicamente diferentes: reuniones parlamentarias y reuniones de parlamentarios (en sede parlamentaria o fuera de ellas). Del mismo modo que no todos los actos de los parlamentarios (incluso en sede parlamentaria) son actos parlamentarios, tampoco todas las reuniones de parlamentarios son sesiones parlamentarias. Con frecuencia se utilizan las sedes parlamentarias (entre otras cosas, porque tanto a quienes se reúnen como a las propias Cámaras interesa que así sea) para celebrar reuniones y alcanzar acuerdos que sin esta distinción podrían pasar por parlamentarios, cuando desde el punto de vista de nuestro Derecho constitucional no lo son.

BIBLIOGRAFÍA

ALBA SERRANO, M., «Sinopsis del art. 67 CE», en <http://narros.congreso.es/constitucion>, 2003.

CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F., *El mandato parlamentario*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1991.

DE VEGA GARCÍA, P., «Art. 67. La prohibición de acumulación de mandatos y del mandato imperativo y la obligación de convocatoria reglamentaria de las Cámaras», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, tomo VI, Cortes Generales-Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1999.

JIMENA QUESADA, L., «Sobre algunas consecuencias constitucionales de las reuniones de parlamentarios sin convocatoria reglamentaria (ex art. 67.3 de la Constitución Española)», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 49, 2000.

MACPHERSON, C. B., *La teoría política del individualismo posesivo*, Fontanara, Barcelona, 1970.

PUNSET BLANCO, R., *Las Cortes Generales. Estudios de Derecho Constitucional Español*, Madrid, 1983.

RECODER DE CASSO, E., «Art. 67», en *Comentarios a la Constitución* (Dir. GARRIDO FALLA, F.), 3.^a ed., Madrid, 2001.

RUBIO LORENTE, F., «El Parlamento y la Representación política», en *I Jornadas de Derecho parlamentario*, Cortes Generales, Madrid, 1985.

SANTAOLALLA LÓPEZ, F., *Derecho Parlamentario español*, Espasa-Calpe, Madrid, 1990.

Artículo 68

1. El Congreso se compone de un mínimo de 300 y un máximo de 400 Diputados, elegidos por sufragio universal, libre, igual, directo y secreto en los términos que establezca la ley.

2. La circunscripción electoral es la provincia.

Las poblaciones de Ceuta y Melilla estarán representadas cada una de ellas por un Diputado. La Ley distribuirá el número total de Diputados asignando una representación mínima inicial a cada circunscripción y atribuyendo los demás en proporción a su población.

3. La elección se verificará en cada circunscripción atendiendo a criterios de representación proporcional.

4. El Congreso es elegido por cuatro años. El mandato de los Diputados termina cuatro años después de su elección o el día de la disolución de la Cámara.

5. Son electores y elegibles todos los españoles que estén en pleno uso de sus derechos políticos.

La Ley reconocerá y el Estado facilitará el ejercicio del derecho de sufragio a los españoles que se encuentren fuera del territorio español.

6. Las elecciones tendrán lugar entre los treinta y sesenta días desde la terminación del mandato. El Congreso electo deberá ser convocado dentro de los veinticinco días siguientes a la celebración de las elecciones.

SISTEMA ELECTORAL DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

Sumario: I. Introducción. 1. Los elementos constitucionalizados del sistema electoral. 2. De la Ley para la Reforma Política a la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, pasando por el Real Decreto-Ley 20/1977. II. Algunos problemas interpretativos del precepto. 1. Alcance de la remisión a la Ley (68.1). 2. La provincia como circunscripción electoral del Congreso de los Diputados (68.2). 3. Los «criterios de representación proporcional» (68.3). 4. La duración del mandato y los decretos de disolución-convocatoria de elecciones (68.4). 5. El sujeto del derecho de sufragio (68.5). 6. La duración del proceso electoral y la determinación de la fecha de la sesión constitutiva del Congreso (68.6).

PABLO SANTOLAYA MACHETTI

CATEDRÁTICO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
UNIVERSIDAD DE ALCALÁ

TEXTO ACTUALIZADO POR ENRIQUE ARNALDO ALCUBILLA

LETRADO DE LAS CORTES GENERALES
CATEDRÁTICO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS

I. INTRODUCCIÓN

1. Los elementos constitucionalizados del sistema electoral

El art. 68 de la Constitución está dedicado, fundamentalmente, a regular los elementos del sistema electoral del Congreso de los Diputados y además se ocupa de la duración del mandato parlamentario y de la fecha de celebración de las elecciones y la de la sesión constitutiva del nuevo parlamento.

El sistema electoral determina las reglas a través de las cuales los electores pueden expresar sus preferencias políticas y mediante las cuales es posible convertir los votos en escaños parlamentarios (NOHLEN, 2015). Por su parte, SANTOLAYA (1999, 25 y ss.) entiende por sistema electoral el conjunto de decisiones políticas centrales que caracterizan y determinan la mediación entre el sufragio de los ciudadanos y el sistema orgánico de poder

institucional de un Estado, configurado conforme a las opciones políticas expresadas en las elecciones. De esta forma, en toda normativa electoral podemos distinguir entre elementos centrales de la mediación, que constituyen el sistema electoral, y aspectos adjetivos o procedimentales, que ordenan los procedimientos para lograr las finalidades previstas por el sistema electoral (para consultar aspectos relativos al procedimiento electoral español el manual más completo y actualizado es ARNALDO ALCUBILLA y DELGADO IRIBARREN, 2015).

Así, los elementos del sistema electoral se caracterizan, en primer lugar, por tener una incidencia directa entre votos y escaños, de manera que, a igualdad de sufragios pueden producir un resultado distinto en términos de escaños, y, en segundo lugar, por constituir decisiones políticas, en el sentido de ser posibles diversas soluciones alternativas en su configuración.

Es frecuente que las decisiones más importantes del sistema electoral sean sustraídas a la alternancia política mediante su constitucionalización, y ese es precisamente el contenido central de este precepto, si bien es cierto que la Constitución Española parece haber ido en este aspecto, más lejos de lo que es habitual en Derecho comparado.

¿Cuáles son los elementos del sistema electoral del Congreso de los Diputados que han sido constitucionalizados? Y, con relación a ellos, ¿en qué consiste la decisión política adoptada? Un repaso del art. 68 nos hace reconocer los siguientes:

La determinación de quiénes tienen **derecho de sufragio activo y pasivo**. Históricamente la discusión primero entre sufragio censitario y universal y posteriormente sobre el voto femenino era una de las claves del funcionamiento del sistema electoral. En la medida en que hoy en día ya no es objeto de decisión política, puesto que no es posible estructurar un Estado democrático sobre el sufragio censitario o exclusivamente masculino, ha dejado de serlo y el sufragio se define necesariamente como «universal e igual» (68.1) como expresión del principio «una persona, un voto». Sin embargo, todavía quedan otros elementos que configuran el derecho sobre los que caben soluciones alternativas. Entre ellos, por ejemplo, la reserva del derecho de sufragio a los nacionales, la posibilidad o no de sufragio de los residentes en el extranjero, el establecimiento de requisitos adicionales de edad o de adquisición de la nacionalidad para los representantes, relativamente frecuentes en Derecho comparado y constitucionalmente excluidos entre nosotros, o el voto paritario, cuya introducción ha requerido la reforma constitucional en ordenamientos como el francés, lo que no ha sido preciso entre nosotros, de acuerdo a la STC 12/2008, de 29 de enero.

La **circunscripción electoral** —es decir, de la unidad de conversión de los sufragios en escaños— suele tener carácter territorial, aunque también es posible que se constituyan circuns-

cripciones no territoriales, por ejemplo para el sufragio de los inmigrantes, como en Portugal, o reservadas a determinadas minorías étnicas, como en Eslovenia, cuya Constitución atribuye un diputado para los nacionales de origen italiano y otro para los de origen húngaro. Entre las territoriales son fundamentalmente tres las alternativas posibles con referentes en Derecho comparado: a) Utilización del conjunto del territorio nacional, opción característica de países pequeños y muy cohesionados (Israel, Holanda) y muy frecuente para las elecciones a Asambleas multinacionales como el Parlamento Europeo. b) Fijación de distritos electorales *ad hoc* por el Parlamento a propuesta de la Comisión Electoral de Demarcación de límites, creando un mapa electoral que trata de combinar la igualdad del valor del sufragio con la identidad de las colectividades existentes, característico de los países anglosajones. Y c) Utilización de las unidades geopolíticas y administrativas preexistentes en el país, método que junto a sus indudables ventajas también puede presentar dificultades desde el punto de vista de la desigualdad del valor del derecho de sufragio, en la medida en que existan grandes diferencias de población entre ellas, que no puedan ser compensadas mediante la asignación de una cantidad equivalente de representantes. Entre estas alternativas nuestra Constitución opta de forma terminante por la provincia como circunscripción electoral del Congreso de los Diputados, por ser la entidad geográfica y social más evidente y asentada, excluyendo en su redacción que pueda serlo cualquier otra y fijando como única excepción las ciudades de Ceuta y Melilla, que son también circunscripciones electorales.

El **número de Diputados** que componen la Cámara, entre 300 y 400, de acuerdo al 68.1, número que, por una parte significa una ratio habitantes/escaños notablemente elevada en términos de Derecho comparado, 119.539 frente a la media europea de 47.158, solo superado por Alemania con algo más de 136.000 (tomo las cifras de GARROTE DE RAMOS, 2007, si bien el momento presente de la ratio se acerca a la de Alemania), y, por otra resulta claramen-

te insuficiente para compensar, en términos de representación proporcional las diferencias de población existentes entre las 50 provincias españolas, aun cuando la elevación al tope constitucional con el fin citado es un desiderátum en el contexto presente de descrédito de la política y de los actores políticos.

La **fórmula electoral**. En este punto el art. 68.3 se limita a afirmar que la elección se verificará en cada circunscripción «atendiendo a criterios de representación proporcional», lo que deja abierto un amplio campo al legislador electoral a la hora de elegir el concreto procedimiento matemático de conversión de votos en escaños dentro de las fórmulas proporcionales, y a adoptar otra serie de decisiones que pueden condicionar el grado de proporcionalidad del sistema, como por ejemplo el establecimiento de barreras electorales o la cuantificación del mínimo inicial garantizado a cada una de las circunscripciones. En cualquier caso la opción constitucional por la provincia como circunscripción electoral y por un reducido número de Diputados parece excluir que nuestro sistema pueda ser configurado como una elección proporcional pura y situarnos, necesariamente, en el campo de las elecciones con proporcionalidad parcialmente incompleta, empleando la clasificación de NOHLEN (1981. *Vid.* también BARAS y BOTELLA, 1996; VALLES y BOSCH, 1997 y SÁNCHEZ NAVARRO, 1998-B).

Hay un último elemento del sistema sobre el que, a diferencia de los anteriores, no existe un expreso pronunciamiento constitucional. Se trata de la **forma de expresión del voto**; es decir, de las posibilidades que cada elector tiene, a la hora de ejercer su derecho de sufragio mediante listas electorales, de determinar los candidatos concretos objeto de su elección, y, correlativamente, a la posición de los partidos políticos a la hora de imponer personas concretas para ocupar los cargos públicos representativos a sus propios electores. También desde este punto de vista las opciones son muy variadas, oscilando desde la lista elaborada por cada elector, con la posibilidad de mezclar candidatos propuestos por partidos

diferentes, a las listas cerradas y bloqueadas. Todos ellos son constitucionalmente posibles, pero nuestra normativa electoral desde su origen ha optado por dos sistemas absolutamente antitéticos para cada una de las Cámaras; listas cerradas y bloqueadas para el Congreso de los Diputados, lista personalizada por cada elector para el Senado. Sin embargo, los resultados, en términos de imposición de las opciones predeterminadas por los partidos, han sido muy similares en ambos casos, al configurarse —en esta ocasión por decisión de los propios electores— también el voto al Senado como un sufragio a una «lista» determinada por cada partido político, lo que quizá sea un dato a tener en cuenta a la hora de relativizar la importancia de este concreto elemento del sistema cuando se defiende enfáticamente la apertura o entre apertura de las listas. No está de más, sin embargo, recordar que repetidamente ha recordado el Tribunal Constitucional que «de acuerdo con la CE (arts. 6, 23, 68, 69, 70 y 140) es inequívoco que la elección de los ciudadanos, solo puede recaer sobre personas determinadas y no sobre los partidos o asociaciones que los proponen al electorado» (por todas, STC 10/1983, de 21 de febrero).

2. De la Ley para la Reforma Política a la Ley Orgánica del Régimen Electoral General pasando por el Real Decreto-Ley 20/1977

A tenor de lo hasta aquí expuesto hemos de constatar que el sistema electoral del Congreso de los Diputados fue objeto de una extensa constitucionalización (*vid.* ARNALDO ALCUBILLA, 2002, 23 y ss.), que debe ser explicada, en respuesta a las lecciones de nuestra historia además de por las inéditas circunstancias que rodearon las elecciones en la transición política, y que, en ese aspecto, como en muchos otros, condicionaron de forma decisiva nuestro Texto constitucional y nuestro posterior devenir político y normativo. Incluso se ha llegado a decir, con alguna dosis de exageración, que en la Ley para la Reforma Política quedaron consagrados, con rango constitucional, los principios

que luego se incorporaron a nuestra Constitución y que el núcleo esencial del sistema representativo español se configura en este momento y no sufrió modificaciones esenciales en la Norma fundamental de 1978, de manera que la Constitución puede concebirse como «broche de oro de un proceso que encuentra en esta Ley su hito central» (SÁNCHEZ NAVARRO, 1998-A, 50). En todo caso, el núcleo central y principios estructurales de nuestro ordenamiento constitucional fueron alumbrados en la Ley 1/1977, de 4 de enero, para la Reforma Política.

Entre ellos, y en lo que afecta al Congreso de los Diputados, su elección por sufragio universal directo y secreto de los españoles mayores de edad, la duración del mandato de cuatro años, y, sobre todo, la trascendental disposición transitoria primera, que autoriza al Gobierno a regular las primeras elecciones para constituir un Congreso de 350 Diputados, de manera que las elecciones al Congreso se inspirarían «en criterios de representación proporcional» y se establecen como bases de esa regulación gubernamental que se aplicarían barreras electorales para evitar una fragmentación «inconveniente» de la Cámara, y que la circunscripción electoral sería la provincia, fijándose un número mínimo inicial de Diputados para cada una de ellas.

El siguiente paso fue la aprobación, por el Gobierno del Presidente Suárez, del Real Decreto-Ley 20/1977, de 18 de marzo, sobre normas electorales, como norma provisional destinada exclusivamente a regular las primeras elecciones generales que iban a celebrarse unos meses después, en el que se introducen una serie de elementos destinados a permanecer en nuestro sistema electoral, trascendiendo ampliamente esa coyuntura histórica. En concreto, para el Congreso de los Diputados el Decreto-Ley establece el mínimo inicial que corresponde a cada provincia en 2 Diputados, la votación mediante listas cerradas y bloqueadas, la barrera del 3% en cada circunscripción, la fórmula D'Hondt para la atribución de escaños, e incluso una duración del proceso electoral poco más amplio que el actual.

Las elecciones generales de 15 de junio de 1977 supusieron un indiscutible éxito de esta norma porque consiguieron desarrollar un proceso electoral indiscutido para el conjunto de las fuerzas políticas en unas circunstancias ciertamente muy complicadas y, sobre todo, porque la mediación lograda por la norma, los resultados surgidos de las urnas, fueron considerados idóneos para la compleja operación política de transición que la Cámara estaba llamada a desempeñar. Se había logrado un Parlamento representativo, pero no excesivamente fraccionado, un Congreso de los Diputados que permitía la formación de un Gobierno suficientemente estable, pero que carecía de mayoría absoluta y estaba obligado a pactar, es decir, se produjo una fragmentación, una división política que favorecía el consenso.

Todo ello provoca que **el modelo del Decreto-Ley fuera, en buena medida, constitucionalizado**, y con ello goza de las garantías de estabilidad y supremacía propias de su incorporación a la Norma Fundamental. Y explica también que la norma extendiera su vigencia temporal a las elecciones de 1979, por la disposición transitoria octava tercera de la Constitución, y a las de 1982, ya al margen de cualquier previsión legal. También, que cuando por fin se aborda su sustitución por la Ley Orgánica que exige el art. 81 de la Constitución, lo fuera no porque se quisiera modificar lo que se consideraba plenamente satisfactorio, sino por un problema puramente formal, la necesidad de que fuera precisamente la Ley Electoral y no ninguna otra norma, la que regulase las incompatibilidades de Diputados y Senadores, como declaró la STC 72/1984, de 14 de junio.

De manera que cuando se aprueba la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, por la LO 5/1985, de 19 de junio, se trata de un texto, cuya naturaleza es de Código Electoral, redactado con una óptica claramente continuista del Decreto-Ley. Los elementos esenciales de nuestro sistema electoral han permanecido inalterados desde entonces, a pesar de las 20 reformas de la LOREG sin contar con las realizadas extramuros de la misma (sobre su alcance así como

las iniciativas de reforma electoral no aprobadas, ARNALDO, 2018). La LOREG no solo regula las elecciones al Congreso de los Diputados y al Senado, sino también las elecciones al Corporaciones locales y al Parlamento Europeo, y además, en virtud de su art. 1.2, es de aplicación a las elecciones a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas «en los términos que establece la disposición adicional primera», que determina los preceptos que son aplicación directa por ser expresión de las «condiciones básicas» a que se refiere el art. 149.1.1.^a CE para el ejercicio del derecho fundamental de sufragio en todo territorio nacional o, en suma, «por tratarse de materias reservadas por la Constitución como contenido propio de la LOREG» (SANTOLAYA, 1987). De esta forma son de aplicación directa a las elecciones autonómicas 98 de los 152 artículos del Título I de la LOREG, y el resto «tiene carácter supletorio de la legislación autonómica en la materia».

El régimen electoral de las Comunidades Autónomas, todas las cuales cuentan con su ley electoral propia excepto Cataluña, expresa un alto grado de uniformidad con el establecido en la LOREG, tanto desde el punto de vista organizativo y procedimental como desde el que se refiere al sistema electoral, reproduciéndose prácticamente el modelo de la LOREG, con muy contadas singularidades. Ciertamente su ámbito de libre configuración es limitado, conforme a la disposición adicional primera de la LOREG, pero ha primado la intrínseca voluntad de conservación de las decisiones fundamentales en materia electoral y no han prosperado propuestas de reforma tendentes a la consecución de un más alto nivel de representatividad y de autodeterminación de los electores (*vid.* GAVARA DE CARA; GÁLVEZ MUÑOZ).

II. ALGUNOS PROBLEMAS INTERPRETATIVOS DEL PRECEPTO

1. Alcance de la remisión a la Ley (68.1)

El art. 68.1 remite a los términos «que establezca la ley» para determinar el número de

Diputados, y para regular su elección mediante sufragio universal, libre, igual, directo y secreto. Se apela, por tanto, al legislador para que desarrolle, con los límites constitucionales, los elementos del sistema electoral y las normas de procedimiento que hagan posible el libre ejercicio del derecho de sufragio.

Llama, sin embargo, la atención la escasa precisión técnica de esa remisión a «la ley» que va adquiriendo rigor según avanzamos en la lectura de los preceptos constitucionales, de manera que, en el equivalente para el Senado, el 69.2, la referencia es ya al menos a «una ley orgánica», en el 70.1, en relación a las incompatibilidades de Diputados y Senadores se convierte en «la Ley electoral», y por fin en el art. 81 en «la Ley Orgánica del Régimen Electoral General».

Hay que entender, por tanto, que **la remisión a la ley del 68.1 no es a cualquier norma legal, sino precisa y necesariamente a la Ley Orgánica del Régimen Electoral General**, norma que, de acuerdo a la STC 72/1984, de 14 de junio, debe contener, por lo menos «el núcleo central de la normativa atinente al proceso electoral, materia en la que se comprende lo relativo a quienes pueden elegir, a quienes se puede elegir y bajo qué condiciones, para que espacio de tiempo y bajo qué criterios organizativos desde el punto de vista procedimental y territorial», y ello no solo para las elecciones generales, sino que, con la STC 38/1983 de 16 de mayo, «el régimen electoral general está compuesto por las normas electorales válidas para la generalidad de las instituciones representativas del Estado en su conjunto y en el de las entidades territoriales en que se organiza, a tenor del art. 137 de la CE, salvo las excepciones que se hallen establecidas en la Constitución o en los Estatutos».

Así pues, la Ley electoral está prevista en la Constitución como una de las leyes necesariamente llamadas a desarrollarla y con un contenido constitucionalmente reservado, de manera que la ley a la que se refiere el art. 68.1 ha de ser precisa y necesariamente la LOREG, sin que la determinación de los elementos esenciales del

procedimiento y del sistema electoral pueda estar contenida en ninguna otra norma, aunque reúna el requisito formal de ser una ley orgánica.

Los elementos centrales del sistema electoral del Congreso de los Diputados se encuentran regulados en el Capítulo III, sistema electoral, del Título III que contiene las disposiciones especiales para las elecciones de Diputados y Senadores y, en especial en el art. 162, que establece el número de Diputados en 350, el mínimo provincial inicial en 2 y la fórmula de reparto de los demás escaños entre las provincias, y en el art. 163, que impone una barrera electoral del 3% de los votos válidos emitidos en la circunscripción y la atribución de escaños conforme al método D'Hondt. También hay que hacer referencia al art. 96.2, que convierte en nulos los votos emitidos para el Congreso de los Diputados en papeletas en las que se hubiera modificado, añadido, señalado, o tachado nombres de los candidatos comprendidos en ella, o alterado el orden de colocación, así como aquellas en las que se hubiera producido cualquier otro tipo de alteración, originando una forma de expresión del voto mediante listas cerradas y bloqueadas, sometidas a lo que el Tribunal Constitucional ha denominado «principio de inalterabilidad de las listas electorales» (este principio ha vuelto a ser refrendado en toda su extensión, superando alguna ambigüedad anterior, en las SSTC 167/2007 a 170/2007, todas ellas de 18 de julio, si bien se generó una nueva doctrina tras las elecciones locales de 2011 menos rigorista: STC 124/2011, de 14 de julio; *vid.* al respecto la Instrucción 1/2012, de 15 de marzo, de modificación de la Instrucción 12/2007, de 25 de octubre, de la Junta Electoral Central sobre interpretación del art. 96.2 LOREG, relativa a las alteraciones en las papeletas de votación invalidantes del voto emitido por el elector).

2. La provincia como circunscripción electoral del Congreso de los Diputados (68.2)

El art. 68.2 contiene una expresa y terminante opción por la provincia como circunscripción

electoral del Congreso de los Diputados, que se refuerza con la dicción de que la Ley, la LOREG, distribuirá **el número total de diputados** asignando una representación mínima inicial a cada circunscripción, y distribuyendo **los demás** en proporción a la población. El precepto impone que, con excepción de los asignados a las poblaciones de Ceuta y Melilla, todos los demás diputados sean elegidos en las provincias, de manera que si bien es cierto que cada uno de los Diputados representa al conjunto del pueblo español, han de ser elegidos en circunscripciones provinciales, teniendo en cuenta, además, que **contamos con una precisa definición constitucional de provincia, la ofrecida por el art. 141**, como «entidad local con personalidad jurídica propia determinada por la agrupación de municipios y división territorial para el cumplimiento de las actividades del Estado» que hace plenamente coherente que, en el momento en que se redactó la Constitución en el que las Comunidades Autónomas eran solo una eventualidad, fuera esta la opción elegida a efectos electorales para una Cámara que representa al conjunto del pueblo español. Sobre las garantías institucionales de la autonomía provincial que incluye su conformación como circunscripción electoral, *vid.* SSTC 32/1981 o 109/1998, entre otras.

Tampoco resulta en absoluto ambiguo el término «circunscripción electoral». Por citar solo dos autores clásicos, NOHLEN la define como «aquella zona en la cual los votos emitidos por las personas con derecho a sufragio constituyen el fundamento para el reparto de escaños a los candidatos, con independencia de los votos emitidos en otra zona electoral», y RAE considera que su nota definitoria es la de «ser la unidad en la que la totalidad de los votos se transforma en distribución de escaños» (NOHLEN, 1981, 106; RAE, 1967, 19).

En cuanto al mínimo de diputados por circunscripción, si bien algún sector electoral y algún programa político e iniciativa parlamentaria subsiguiente, ha considerado que podría ser «uno», entendemos que al ser cada provincia

una circunscripción, y como tal tener ya garantizado ese representante, la dicción constitucional solo cobra sentido si su pretensión es salvaguardar un número mayor, el de dos por más que con ello se produzca un detrimento de la igualdad efectiva del sufragio fruto de la voluntad de integración territorial del constituyente (*vid.* ARAUJO, en DELGADO-IRIBARREN, 2014).

Para la distribución del resto de los escaños no fijos, los 248 restantes, el art. 162 LOREG dispone su distribución entre las provincias en proporción a su población, que se completa con el sistema de restos mayores. El Real Decreto de convocatoria contiene el número de escaños correspondientes a cada provincia, de manera que en cada convocatoria electoral se producen algunas oscilaciones que son adaptaciones a los cambios poblacionales, generalmente hacia el centro y el arco mediterráneo. De las 50 circunscripciones provinciales, 25 son pequeñas (entre dos —Soria— y cinco escaños), 20 son medianas (eligen entre seis y diez escaños) y 5 son grandes (la mayor, Madrid, con 36 en las elecciones de 26 de junio de 2016). El elevado número de circunscripciones de tamaño pequeño es un severo correctivo a la proporcionalidad y por ende a la igualdad del sufragio, pero las consecuencias del sistema electoral no pueden examinarse aisladamente del sistema de partidos políticos y de la concentración o dispersión del voto entre los mismos. En cualquier caso, ya la STC 19/2011, de 3 de marzo, constata «la sobrerrepresentación de las circunscripciones menos pobladas y la infrarrepresentación de las más pobladas», pero esta conclusión no convierte en «inadmisible en sí misma la desviación de la proporcionalidad desde una perspectiva constitucional». El legislador deberá orientarse a corregir en lo posible las desviaciones para alcanzar un equilibrio cada vez más ajustado con el principio de igualdad en el sufragio, y para ello debe atender «a las más relevantes desviaciones demográficas acontecidas en las circunscripciones electorales», pero solo quedan proscritas aquellas desviaciones carentes de justificación objetiva.

3. Los «criterios de representación proporcional» (68.3)

El alcance de la exigencia constitucional de que nuestro sistema electoral sea proporcional es el aspecto de este precepto que ha dado lugar a **un cuerpo jurisprudencial más numeroso, caracterizado por una notable y progresiva relativización de su contenido**, que parece, sin embargo, anunciar su punto final en la última de las decisiones sobre la materia, la STC 225/1998, de 25 de noviembre. En cualquier caso, es el art. 163 LOREG el que explica didácticamente, con ejemplo incluido, la fórmula D'Hondt o de los mayores cocientes que confiere, como reconoce la STC 75/1985, «una cierta ventaja relativa» a las listas más votadas.

El primer pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre el significado del término «proporcional» se produce en la STC 40/1981, de 18 de diciembre, que en realidad no se refiere al Congreso de los Diputados sino al Senado y que afecta directamente a la designación de Senadores vascos por la Cámara autonómica, y no a cargos electos por sufragio universal. Sin embargo, la definición que contiene de la representación proporcional como «la que persigue atribuir a cada partido o a cada grupo de opinión un número de mandato en relación con su fuerza numérica. Cualesquiera que sean sus modalidades concretas, su idea fundamental es la de asegurar a cada partido político o grupo de opinión una representación, si no matemática, cuando menos sensiblemente ajustada a su importancia real» y, sobre todo, el reconocimiento de que la proporcionalidad «es difícil de alcanzar» y que solo podrá ser exigida «imperfectamente en el margen de una discrecionalidad que la haga flexible, siempre que no altere su esencia». Esta doctrina está presente en las sentencias en las que se tiene en consideración es la alegada falta de proporcionalidad de elecciones directas por sufragio universal en las que el legislador ha impuesto una barrera electoral para la atribución de escaños.

Este es el caso, en primer lugar, de la STC 75/1985, de 21 de junio, con relación a la barrera del 3% existente en el Estatuto catalán. En ella el Tribunal empieza por constatar que no es posible hablar de un único sistema de escrutinio proporcional, sino que tienen tal carácter todos aquellos que procuran una cierta adecuación entre votos y escaños, de forma que la proporcionalidad es una orientación o criterio tendencial y quedará modulada por múltiples factores del sistema electoral, de manera que es compatible con que la representación no sea en exceso fragmentaria, sino que se encomiende a formaciones políticas de cierta relevancia, de forma que las instituciones del Estado sean centros de decisión política eficaces y aptos para imprimir una orientación general, para concluir la compatibilidad de un sistema proporcional con la existencia de la citada barrera electoral.

En decisiones posteriores basadas en ese tipo de argumentos, y en datos de Derecho comparado, en particular la barrera nacional del 5% existente en el ordenamiento alemán, el Tribunal ha afirmado la constitucionalidad de la barrera del 20% en cada circunscripción y el 3% regional en Canarias (STC 72/1989, de 20 de abril), del 5% en el conjunto de la Comunidad Autónoma de Murcia, a pesar de estar dividida entonces en varias circunscripciones (STC 193/1989, de 16 de noviembre), la posibilidad de atribuir un único escaño a una circunscripción insular o de otorgar menor representación a una isla con más habitantes censados que otra, todo ello para asegurar la adecuada representación de la ley balear (STC 45/1992, de 2 de abril), y, por fin, la licitud de una barrera canaria del 30% en la circunscripción y el 6% de los votos válidos en la Comunidad (STC 225/1998, de 25 de noviembre) si bien parece advertirse que el Tribunal considera que se está al límite de lo constitucionalmente admisible y que solo resulta aceptable por las peculiaridades de la estructura insular de la Comunidad. En fin, que, como dice la STC 193/1989, dadas las posibles variantes del sistema proporcional cabe la introducción de correccio-

nes o modulaciones fundadas «en fines u objetivos legítimos» siempre que no causen discriminaciones entre las opciones en presencia y se mantenga el carácter globalmente proporcional (STC 45/1992). Por cierto, la STC 145/1990, de 20 de septiembre, concluye que el criterio de representación proporcional, garante del pluralismo, «ha de encontrar también reflejo la estructuración de los órganos del parlamento». Citemos, por último, la STC 115/1995, de 10 de julio, con motivo de las elecciones locales, en la que acoge la tesis triunfante en la jurisdicción ordinaria, sobre los cocientes mayores, señalando que debe tenerse en cuenta tanto su parte entera como la decimal «atendiendo a un orden decreciente»; «el cómputo de decimales en el cálculo de los cocientes es una interpretación razonable del art. 163 LOREG».

Hay otro punto sobre el que es imprescindible llamar la atención. En realidad, **ninguna de las sentencias citadas se refiere a las elecciones del Congreso de los Diputados**. La única ocasión en la que el problema surgió en este tipo de elecciones es el resuelto por la STC 265/1993, de 26 de julio, en un recurso de amparo electoral sobre la proclamación de electos en la circunscripción electoral de Madrid, en la que el Tribunal en realidad se limita a constatar que se trata de la aplicación de una barrera legal existente, y computada sobre los «votos válidos emitidos», es decir, sobre la suma de los votos a candidatura y en blanco. En realidad, en esas elecciones generales de 1993 fue la única ocasión en que se aplicó la barrera legal de exclusión de una candidatura, lo que acredita que, hasta la fecha, ha sido un límite a la proporcionalidad en buena medida inútil.

4. La duración del mandato y los decretos de disolución-convocatoria de elecciones (68.4)

El párr. 4.º del art. 68 se limita a establecer la duración del mandato del Congreso de los Diputados, fijándolo en cuatro años, periodo general en el Derecho comparado y que se ha

convertido en el estándar aplicado también para las corporaciones locales y la totalidad de los parlamentos autonómicos. Solo el Parlamento europeo tiene una legislatura mayor, de cinco años. Como es característico de los sistemas parlamentarios, prevé, igualmente, la posibilidad de que el mandato sea acertado en virtud de la facultad de disolución del Presidente del Gobierno.

Cuando el Presidente no hace uso de ella, el Decreto de convocatoria debe expedirse, de acuerdo al art. 42.2 de la LOREG, el vigésimo quinto día a la expiración del mandato parlamentario. Por el contrario, cuando la utiliza es ese Decreto el que determina el final del mandato.

También merece resaltarse que en el sistema español es teóricamente posible la disolución separada del Congreso de los Diputados y el Senado, como confirma expresamente el art. 115 de la Constitución, con excepción del supuesto de no investidura del Presidente por parte del Congreso de los Diputados, previsto en el art. 99.5, en el que paradójicamente se impone la disolución de ambas Cámaras.

En la práctica, sin embargo, los 12 Decretos que han convocado elecciones parlamentarias en España desde la aprobación de la Constitución —desde el 3073/1978, de 29 de diciembre, hasta el 184/2016, de 3 de mayo— lo han sido del Congreso de los Diputados y del Senado, y todos ellos de disolución y convocatoria, lo que significa que en todos los supuestos el Presidente ha utilizado su facultad de disolución anticipada, sin ponerse en marcha la disolución legal veinticinco días antes de concluir el mandato, si bien tanto en las de 2000, 2004 y 2008 la diferencia fue de escasos días o semanas, por lo que políticamente podía considerarse finalizada la legislatura.

5. El sujeto del derecho de sufragio (68.5)

El artículo se limita, en buena medida, a reiterar para el Congreso de los Diputados princi-

pios establecidos con carácter general por el 13.2 de la Constitución a cuyo comentario me remito, y, en concreto, que siguiendo un estándar generalizado en Derecho comparado, **las elecciones de alcance nacional quedan reservadas a los nacionales**, y por otra parte, lo que no es en absoluto habitual, que se identifican los requisitos necesarios para el ejercicio del derecho de activo y pasivo; nacionalidad, mayoría de edad y pleno uso de los derechos políticos (para un estudio más detallado SANTOLAYA, 2007, y SANTOLAYA y DÍAZ CREGO, 2008), sin añadir condicionante personal alguno al desempeño de la función parlamentaria.

Mayor trascendencia tiene su párr. 2.º, en el que establece que «la ley reconocerá y el Estado facilitará el ejercicio del derecho de sufragio a **los españoles que se encuentren fuera del territorio nacional**», precepto que hay que entender relacionado con el principio rector del art. 42 de la Constitución.

Son varias las cuestiones que origina este precepto (para un estudio detallado, ARNALDO AL-CUBILLA, 1996), que parece, a diferencia del 42, un artículo preceptivo; es decir, que necesariamente la Ley electoral ha de poner en marcha un mecanismo que permita el sufragio de este tipo de españoles, pero nos falta determinar para quiénes, en qué tipo de elecciones y en qué condiciones.

El primer problema es a qué españoles se debe facilitar el ejercicio del derecho. La Constitución establece un excesivamente amplio «que se encuentren fuera del territorio de España», lo que parece obligar a hacerlo incluso para las ausencias temporales y puramente puntuales. Sin embargo, la regulación legal, hasta la reforma de la LOREG articulada por la LO 9/2007, de 18 de octubre, lo hacía exclusivamente para los residentes ausentes que viven permanentemente en el extranjero (art. 75 LOREG), que parecen los destinatarios naturales del mandato constitucional y, por otra parte, permitía al Gobierno (art. 74 de la LOREG) regular especialidades del voto

por correo para determinados tipos de ciudadanos por la función que realizaban en el exterior (servicio en buques de la Armada, marina mercante, flota pesquera, personal de las Fuerzas Armadas y Fuerzas de Seguridad del Estado en misiones en el exterior). Sin embargo, la LO 9/2007 ha ampliado con carácter general el sujeto refiriéndolo a «todos los ciudadanos que se encuentran temporalmente en el extranjero entre la convocatoria de un proceso electoral y su celebración» (art. 74 *in fine*), manteniendo sin embargo las diferencias procedimentales con los residentes ausentes que, insisto, parecen los destinatarios naturales del mandato constitucional (*vid.* las normas de desarrollo de los art. 74 y 75 LOREG, así como las instrucciones y doctrina en la materia de la Junta Electoral Central, en ARNALDO ALCUBILLA y DELGADO-IRIBARREN, 2015).

El segundo problema consiste en dilucidar a qué tipo de elecciones se aplica. La respuesta puede resultar desconcertante, pero en sentido estricto lo es, única y exclusivamente, a las elecciones al Congreso de los Diputados, ni siquiera para el Senado. La conclusión se obtiene tanto de la situación sistemática del mandato en un artículo destinado al sistema electoral del Congreso, y a su correlativa ausencia en el siguiente, que se refiere al Senado, como del hecho de que durante la discusión constitucional del precepto se rechazó una enmienda específicamente destinada a que se extendiera al Senado. Es difícil encontrar una justificación de esta divergencia de tratamientos, ya que ambas Cámaras en su conjunto representan al pueblo español, salvo que pensemos que se tuvo en cuenta el componente no electivo del Senado y su potencial transformación en una auténtica cámara de representación territorial. Pero al margen de este problema, parece claro que en ningún otro tipo de elecciones es constitucionalmente obligado facilitar el sufragio de los residentes ausentes.

Aun cuando la LOREG en su versión inicial extendió el derecho de sufragio de los residentes ausentes a las elecciones locales (art.

190), lo sometió a un procedimiento diferente, el denominado voto rogado, que en realidad lo hacía prácticamente testimonial. La reforma de la LOREG articulada por la Ley Orgánica 2/2011 suprime el art. 190, a nuestro juicio con plena adecuación al art. 140 CE, que dispone que los concejales son elegidos por los vecinos, requisito que debe entenderse ligado a la residencia efectiva y no al artificio de atribuir al residente-ausente una residencia ficticia o formal. Así pues, y de conformidad con el art. 75 LOREG, el ejercicio del derecho de sufragio por los residentes ausentes que viven en el extranjero se reconoce para las elecciones al Congreso y al Senado, pero se extiende a las elecciones a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, a las elecciones al Parlamento Europeo, y en razón de su singularidad estatutaria a las elecciones a las Asambleas de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla.

En cuanto al procedimiento de votación, la Ley Orgánica 2/2011 contiene un giro copernicano respecto de la regulación vigente hasta entonces, al estatuir el voto rogado, es decir, al condicionar la participación del elector a la previa petición o solicitud del mismo mediante impreso oficial dirigido a la Oficina del Censo Electoral. En fin, los electores ausentes podrán ejercer el sufragio, una vez recibida la documentación electoral, bien por correo certificado dirigido a la Junta Electoral escrutadora bien depositarlo en la urna a tal efecto instalada en la Oficina o Sección Consular, todo ello en los términos del citado art. 75 LOREG.

6. La duración del proceso electoral y la determinación de la fecha de la sesión constitutiva del Congreso (68.6)

De acuerdo al art. 68.6 de la Constitución el proceso electoral no puede durar menos de 30 días ni extenderse más allá de los 60, contados entre la convocatoria y la celebración de las elecciones. Cuando se redactó este precepto se encontraba vigente el Real Decre-

to-Ley 20/1977, cuyo procedimiento electoral se extendía a lo largo de 60 días, de manera que esa duración se convirtió en el límite constitucional de los procesos. Sin embargo, también en este aspecto la LOREG se mostró sumamente continuista, y el único plazo modificado fue la duración de la campaña electoral, que en el Decreto-Ley era de 21 días, en la redacción de la LOREG anterior a 1994 de entre 15 y 21 días y, a partir de la LO 13/1994, a ser siempre de 15 días. Los demás plazos procedimentales han permanecido invariables desde la transición.

Ello origina **un procedimiento electoral que se desarrolla necesariamente a lo largo de 54 días**, teniendo en este aspecto el artículo del Decreto de convocatoria que establece el periodo de campaña un carácter puramente informativo. Ciertamente se trata de un proceso muy dilatado que solo es explicable desde la óptica sumamente garantista desde la que se redactó el Decreto-Ley del 77, de manera que no podía abrirse una fase del proceso hasta estar seguros de la corrección jurídica de la anterior por haberse agotado ya los recursos posibles, de forma que, por ejemplo, la campaña electoral solo se inicia una vez que están publicadas las candidaturas proclamadas, o, en otro orden de cosas, cada elección supone la apertura de un proceso específico de revisión del censo, incluso después de que este adquiriese una periodicidad mensual en la reforma de la LOREG realizada por la LO 3/1995.

Sin embargo, esta opción tiene sus costes tanto en términos jurídicos —por ejemplo, una casi imposible distinción entre campaña y precampaña—, como, sobre todo económicos, tanto para los partidos políticos como para las Administraciones Públicas, por lo que sería perfectamente posible, sin merma de sus aspectos garantistas, una notable reducción de la duración de los procesos electorales en España con el límite de los 30 días presente en este artículo. De hecho, la última reforma electoral, acometida por la LO 2/2016, para el supuesto de convocatoria automática de elecciones en virtud de lo dispuesto en el art. 99.5 CE, prevé la reducción a 47 días del proceso electoral, al reducir a siete días la campaña electoral.

Por último, el art. 68 impone la convocatoria del nuevo Congreso electo dentro de los veinticinco días siguientes a la celebración de elecciones, fecha que concreta el Decreto de convocatoria electoral. Por ello el art. 1 del Reglamento del Congreso establece que la Cámara se reunirá en sesión constitutiva el día y la hora señalados en el Real Decreto de convocatoria de las elecciones. Estamos ante un precepto muy curioso, explicable por razones históricas, por el que **el Presidente del Gobierno, en el mismo acto que disuelve el Parlamento, ha de establecer la fecha exacta en la que se constituirá el nuevo, dando continuidad a la institución parlamentaria.**

BIBLIOGRAFÍA

ARNALDO ALCUBILLA, E., *El derecho de sufragio de los emigrantes en el ordenamiento español*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996.

- *El carácter dinámico del régimen electoral español*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.
- «La LOREG y sus reformas», en VV. AA., *España constitucional 1978-2018. Trayectorias y perspectivas*, Tomo IV, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018.

ARNALDO ALCUBILLA, E. y DELGADO IRIBARREN, M., *Código electoral*, 8.ª ed., La Ley-El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2015.

- BARAS, M. y BOTELLA, J., *El sistema electoral*, Tecnos, Madrid, 1996.
- DELGADO-IRIBARREN, M. (Dir.), *Comentarios a la LOREG y a la LOR*, La Ley, Madrid, 2014.
- GÁLVEZ MUÑOZ, L. A. (Dir.), *El Derecho Electoral de las Comunidades Autónomas: revisión y mejora*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009.
- GARROTE DE RAMOS, M., *El ámbito territorial de las elecciones al Congreso de los Diputados en España*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2007.
- GAVARA DE CARA, J. C., *La homogeneidad de los regímenes electorales autonómicos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.
- NOHLEN, D., *Sistemas electorales del mundo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981.
- *Gramática de los sistemas electorales*, Tecnos, Madrid, 2015.
- RAE, D. W., *Leyes electorales y sistema de partidos políticos*, CITEP, Madrid, 1967.
- SÁNCHEZ NAVARRO, A., *La transición española en sus documentos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-BOE, Madrid, 1998 (A).
- *Constitución, igualdad y proporcionalidad electoral*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998 (B).
- SANTOLAYA, P., «La delimitación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia electoral», *Revista de Derecho Político*, núm. 24, 1987.
- *Manual de procedimiento electoral*, 4.ª ed., Ministerio del Interior, Madrid, 1999.
- *Nacionalidad, extranjería y derecho de sufragio*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007 (con un comentario de REVENGA, M., «El reto de la normalización del inmigrante»).
- SANTOLAYA, P. y DÍAZ CREGO, M., *El sufragio de los extranjeros. Un estudio de Derecho comparado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.
- VALLES, J. M y BOSCH, A., *Sistemas electorales y gobierno representativo*, Ariel, Barcelona, 1997.

Artículo 69

1. *El Senado es la Cámara de representación territorial.*
2. *En cada provincia se elegirán cuatro Senadores por sufragio universal, libre, igual, directo y secreto por los votantes de cada una de ellas, en los términos que señale una ley orgánica.*
3. *En las provincias insulares, cada isla o agrupación de ellas, con Cabildo o Consejo Insular, constituirá una circunscripción a efectos de elección de Senadores, correspondiendo tres a cada una de las islas mayores —Gran Canaria, Mallorca y Tenerife— y uno a cada una de las siguientes islas o agrupaciones: Ibiza-Formentera, Menorca, Fuerteventura, Gomera, Hierro, Lanzarote y La Palma.*
4. *Las poblaciones de Ceuta y Melilla elegirán cada una de ellas dos Senadores.*
5. *Las Comunidades Autónomas designarán además un Senador y otro más por cada millón de habitantes de su respectivo territorio. La designación corresponderá a la Asamblea legislativa o, en su defecto, al órgano colegiado superior de la Comunidad Autónoma, de acuerdo con lo que establezcan los Estatutos, que asegurarán, en todo caso, la adecuada representación proporcional.*
6. *El Senado es elegido por cuatro años. El mandato de los Senadores termina cuatro años después de su elección o el día de la disolución de la Cámara.*

Sumario: I. El Senado y la representación territorial: composición de la Cámara. 1. Los Senadores de elección popular directa. 2. Los Senadores de designación autonómica. II. El Senado y la representación territorial: organización y funciones de la Cámara. 1. El nulo papel de los Grupos Territoriales. 2. La reforma organizativa de 1994 y su fracaso. 3. Epílogo para escépticos y escandalizados.

RAMÓN PUNSET BLANCO

CATEDRÁTICO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
UNIVERSIDAD DE OVIEDO

I. EL SENADO Y LA REPRESENTACIÓN TERRITORIAL: COMPOSICIÓN DE LA CÁMARA

Si en los Estados unitarios la estructura parlamentaria bicameral ha sido, y es, objeto de

fuerte controversia doctrinal y política, no sucede lo mismo cuando se examina la cuestión en el marco de la forma federal del Estado. Respecto a esta existe un acuerdo unánime en considerar plenamente justificado el establecimiento de una Segunda Cámara en aten-

ción a la necesaria participación de los Estados miembros en la formación de la voluntad de la Federación. En la práctica, además, la casi totalidad de los Estados federales poseen un Parlamento bicameral, con independencia del tipo de Estado de que se trate y de su forma de gobierno.

Los miembros de las Segundas Cámaras federales son, salvo raras excepciones, designados en su totalidad por órganos de las entidades federadas, esto es, por órganos de personas jurídico-públicas distintas de aquella a la que pertenecen las citadas Asambleas; lo que constituye, desde luego, **un rasgo estructural del federalismo**, el cual se resiente cuando la facultad de integrar la Cámara Alta de la Federación viene atribuida a un órgano de esta.

Frente a la representación política o general que encarna la Cámara Baja, el modo de reclutamiento de la Segunda Cámara legislativa en los Estados federales se configura como una representación especial. Esta representación es especial por dos razones: primera, porque se deriva de una representatividad específica: la defensa de los intereses de los Estados miembros, que aparece como uno de los valores fundamentales de tal forma estatal; y, segunda, porque la designación de los integrantes de la mencionada Cámara no se efectúa por el cuerpo electoral de la Federación, sino por un órgano de las entidades federadas. Esta circunstancia constituye, por otra parte, una de las varias muestras del carácter de Estado compuesto que reviste el Estado federal. Pero, además, tal representación especial resulta de índole *territorial* porque son entes territoriales quienes reciben de la Constitución federal y, en virtud de la representatividad específica por ella perseguida, la facultad de designar a los miembros de esta clase de Asambleas.

Esta representación territorial que se da en los Estados federales ha querido aplicarse también al análisis de la composición de las Segundas Cámaras de algunos Estados unitarios dotados de entes territoriales cuya auto-

nomía se halla, en mayor o menor medida, garantizada constitucionalmente; sobre todo Italia y, en cierta forma, también Francia. Ahora bien, en los países mencionados los Senadores no son elegidos por los órganos de los entes territoriales, lo que hace impropio la comparación.

Nuestro Estado es, según viene reiteradamente afirmando desde sus orígenes el Tribunal Constitucional (cfr., *v. gr.*, la Sentencia 247/2007, de 12 de diciembre, FJ 5), un Estado compuesto, en la medida en que alberga en su interior entes territoriales dotados de autonomía política, es decir, dotados de potestad legislativa. Mas, independientemente de que ello sea verdaderamente así, y de que al Reino de España le cuadre o no esa taxonomía, nuestra Constitución proclama en su art. 69.1 que «el Senado es la Cámara de representación territorial». ¿Disponemos, pues, en el seno de las Cortes Generales de una Segunda Cámara federal?

Ya la Ley para la Reforma Política (LRP) de 1977, que reintrodujo el bicameralismo desaparecido en 1923, había determinado que los Senadores (salvo los de designación regia) serían elegidos «en representación de las entidades territoriales» (art. 2.1). Así, la representatividad perseguida por uno y otro texto constitucional (la LRP y la CE) resulta la misma, aunque en ambos casos se trata de una declaración más o menos huera de contenido, toda vez que ni estructural ni, sobre todo, funcionalmente se trata de Asambleas de un Parlamento federal. El Senado, en efecto, no es hoy, propiamente, una Cámara de las Comunidades Autónomas, como tampoco lo fue de los municipios y provincias desde la LRP hasta el despliegue completo del Estado autonómico. Examinemos el método de elección de los Senadores.

1. Los Senadores de elección popular directa

El Senado se compone de dos clases de miembros: los procedentes directamente del sufragio universal (art. 69.2, 3 y 4 CE) y los

surgidos indirectamente de él a través de su designación por las Comunidades Autónomas (art. 69.5 CE). Los primeros se eligen por sufragio universal, libre, igual, directo y secreto, siendo los requisitos del electorado activo y pasivo los mismos que los establecidos para el acceso al Congreso, si bien una lectura *a sensu contrario* del art. 154.2 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (LOREG) permite declarar elegibles para el Senado, entre otros, a los Presidentes y a los miembros de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas. No obstante, las funciones de estos se proclaman en la legislación autonómica incompatibles con «el ejercicio de cualquier otra función o actividad pública representativa» [según reza, *v. gr.*, el art. 4.1.b) de la Ley 4/1995, de 6 de abril, de incompatibilidades, actividades y bienes de los altos cargos del Principado de Asturias]. También una lectura *a sensu contrario* de los arts. 67.1 CE y 155.3 LOREG hace posible la acumulación del acta de una Asamblea de Comunidad Autónoma con la de Senador. Ahora bien, **los Senadores elegidos por sufragio universal directo no suelen compatibilizar su escaño con el de Diputados del Parlamento autonómico**, ya sea porque los partidos se han visto en la necesidad de repartir más puestos entre una clase política progresivamente amplia, ya porque, desde el principio o gradualmente, el acervo de las competencias autonómicas y el aumento de los períodos de sesiones forzaron a una mayor especialización y profesionalización de los parlamentarios de las Comunidades Autónomas.

Como en las elecciones al Congreso, **la circunscripción electoral es la provincia**, aunque existen asimismo circunscripciones menores en el interior de las provincias insulares, además de las de Melilla y Ceuta. Las circunscripciones provinciales eligen cada una cuatro Senadores, las islas mayores (Gran Canaria, Mallorca y Tenerife) tres, Ceuta y Melilla dos y las islas o agrupación de islas de Ibiza-Formentera, Menorca, Fuerteventura, Gomera, Hierro, Lanzarote y La Palma uno. La Constitución no menciona la fórmula

electoral aplicable en el escrutinio de los comicios senatoriales (mientras que sí lo hace respecto de las elecciones al Congreso, que han de atenerse a criterios de representación proporcional: art. 68.3), remitiéndose a una ley orgánica (art. 69.2); pero, con un número tan exiguo de escaños a cubrir en cada circunscripción, las posibilidades de introducir una fórmula proporcional operativa resultan precarias. En la actualidad, y al igual que durante el período de la Transición política, dicha fórmula es de tipo mayoritario (exigiéndose mayoría relativa), corregida por el voto limitado (art. 166.1 LOREG). En caso de fallecimiento, incapacidad o renuncia de uno de estos Senadores, la vacante se cubre por el suplente que toda candidatura debe necesariamente incluir (arts. 166.2 y 171.1 LOREG).

Pues bien: en el reclutamiento de esta clase de Senadores no hay la menor manifestación de representación territorial. En efecto, los Senadores elegidos en las provincias, en los territorios insulares y en las «poblaciones» de Ceuta y Melilla no representan a ente territorial alguno, puesto que tal elección compete al cuerpo electoral nacional, que es un órgano del Estado. Al igual que sucede en los comicios congresuales, provincias, territorios insulares y «poblaciones» son meras circunscripciones electorales. La misma Constitución propicia esta interpretación cuando dice que «en cada provincia se elegirán...» (art. 69.2) y no «cada provincia elegirá...». Y el art. 69.3 CE determina que «en las provincias insulares, cada isla o agrupación de ellas, con Cabildo o Consejo insular, constituirá una circunscripción a efectos de elección de Senadores...». Por consiguiente, habiéndose celebrado las elecciones a las dos Cámaras de las Cortes Generales siempre de manera simultánea (aunque ello no resulte constitucionalmente obligatorio en todos los casos: *cfr.* art. 115.1 CE), el comportamiento de los votantes no ha tendido a distinguir una Cámara de la otra, ya que ambas —también, entonces, el Senado—, en cuanto designadas mediante sufragio universal directo y por idéntico cuerpo electoral, son Asambleas de *representación política*. Así, las dife-

rencias entre los escaños obtenidos por los principales partidos en las elecciones al Congreso y al Senado se han debido no a la distinta naturaleza representativa de esos órganos legislativos, sino, exclusivamente, a la aplicación de distintas fórmulas electorales o de asignación de puestos, es decir, al superior efecto de sobrerrepresentación inherente al método de elección de los Senadores, resultando sobradamente conocido el carácter distorsionador del escrutinio mayoritario en la relación entre votos y escaños, al primar extraordinariamente a la fuerza ganadora. La distinta fórmula electoral, por otra parte, explica también que ocasionalmente el partido que vence en las elecciones al Senado no sea, sin embargo, el que alcance mayor número de actas de Diputado. En estos supuestos, la Alta Cámara adquiere una mayor visibilidad política, no obstante la acusada imperfección de nuestro bicameralismo.

Los Senadores elegidos a través del sufragio universal directo en las provincias que integran las distintas Comunidades Autónomas no lo son por estas, ninguno de cuyos órganos los elige o designa. Incluso en las Comunidades Autónomas uniprovinciales, estos Senadores, como los Diputados que eligen los votantes de la provincia, resultan sin duda *representativos*, en términos sociológicos, de la opinión de los mismos, pero jurídicamente no ostentan *representación* autonómica alguna ni, en consecuencia, expresan en el Senado la voluntad de la correspondiente Comunidad Autónoma. En tanto que miembros de las Cortes Generales, los Senadores pertenecen a un órgano que representa al pueblo español, no hallándose ligados por mandato imperativo (arts. 66.1 y 67.2 CE), con lo que no pueden ser objeto de revocación ni recibir procuración vinculante desde el punto de vista jurídico. Por lo demás, no me consta que las instituciones autonómicas les hayan hecho nunca encargo formal alguno, siquiera de valor estrictamente político, en orden a defender en la Alta Cámara una posición determinada para la protección de intereses regionales específicos.

Los Senadores directamente elegidos por el cuerpo electoral nacional suman un total de 208, integrando la inmensa mayoría de la Asamblea, que no es, por tanto, desde la perspectiva de su composición, la «Cámara de representación territorial» que promete el art. 69.1 CE. Salvo para quienes confunden territorio con suelo, la atribución a cada circunscripción provincial de un número igual de Senadores a elegir no supone una muestra de representación territorial, sino una forma de privilegiar la representatividad en el Senado de las zonas menos pobladas de la geografía española.

2. Los Senadores de designación autonómica

Ahora bien, junto a los Senadores de elección popular directa la Constitución instituye otros de designación autonómica. «Las Comunidades Autónomas —dispone el art. 69.5 CE— designarán además un Senador y otro más por cada millón de habitantes de su respectivo territorio. La designación corresponderá a la Asamblea legislativa o, en su defecto, al órgano colegiado superior de la Comunidad Autónoma, de acuerdo con lo que establezcan los Estatutos, que asegurarán, en todo caso, la adecuada representación proporcional». Dado que todas las Comunidades Autónomas tienen Asamblea legislativa, es dicho órgano quien designa al Senador o Senadores autonómicos. **El número concreto de Senadores que corresponde designar a cada Comunidad Autónoma** se determina tomando como referencia el censo de población de derecho vigente en el momento de celebrarse las últimas elecciones generales al Senado (art. 165.4 LOREG). Los Senadores de esta procedencia son actualmente (marzo de 2018, XII Legislatura, iniciada el 19 de julio de 2016) 58, de los cuales 9 corresponden a Andalucía, 8 a Cataluña, 7 a Madrid, 6 a la Comunidad Valenciana, 3 a Canarias, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Galicia y País Vasco, 2 a Aragón, Asturias, Baleares, Extremadura y Murcia y 1 a Cantabria, La Rioja y Navarra.

La exigencia constitucional de que el método de designación deba asegurar «la adecuada representación proporcional» ha generado en la práctica algunos problemas, que el Tribunal Constitucional ha resuelto ateniéndose a **un criterio de proporcionalidad muy flexible o de mínimos**. Lo que se ha de evitar —se dice, así, en la STC 40/1981, de 18 de diciembre— es «la aplicación pura y simple de un criterio mayoritario o de mínima corrección» (FJ 2). Y en la STC 4/1992, de 13 de enero, se señala, consolidando una larga línea jurisprudencial, que «es notorio que una proporcionalidad estricta es algo difícil de alcanzar en toda representación, y tanto más cuanto más reducido sea el número de representantes a elegir o el colegio a designar». No puede entenderse, por tanto, la requerida en el art. 69.5 CE como una proporcionalidad estrictamente matemática. «Por el contrario, esta «adecuada representación proporcional» solo puede ser, por definición, imperfecta y resultar exigible dentro de un razonable margen de flexibilidad, siempre y cuando no llegue a alterarse su propia esencia (SSTC 40/1981, 32/1985, 75/1985 y 36/1990)» (FJ 2). Así, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 76/1989, de 27 de abril (FJ 4), entiende ajustada a la exigencia constitucional la atribución de los dos Senadores de la Comunidad Autónoma de Extremadura al Grupo Parlamentario del PSOE, de 34 Diputados frente a los 17 del PP. Se había utilizado aquí la regla D'Hondt, en aplicación de la cual, y habiéndose asignado el primer Senador al Grupo Socialista, el cociente de dividir el respectivo número de escaños en la Asamblea autonómica entre el de Senadores a designar por ella condujo a un empate con el Grupo Popular, que se dirimió a favor de quien tenía mayor número de escaños y de votos obtenidos en las elecciones. «Esta solución, estimó el Tribunal, no contradice el criterio de proporcionalidad», ya que «cuando se habla de escrutinio proporcional lo que se está manifestando es una voluntad de procurar, en esencia, una cierta adecuación entre votos recibidos y número de escaños». En suma, «la proporcionalidad es, más bien, una

orientación, un criterio tendencial (STC 75/1985, FJ 5)».

Aunque el texto constitucional, sin hacer diferenciación alguna entre el origen de los Senadores, dispone que «el Senado es elegido por cuatro años» y que «el mandato de los Senadores termina cuatro años después de su elección o el día de la disolución de la Cámara» (art. 69.6) —con excepción de los integrantes de la Diputación Permanente, que ven prorrogado su mandato hasta la constitución de la nueva Cámara (art. 45.3 RS)—, **los Senadores autonómicos vienen cesando en su cargo, además de como consecuencia de la finalización de la legislatura del Senado, bien tras el término de la legislatura de la Asamblea designante, bien al perder la condición de miembros de esta última**, si tal condición resulta presupuesto de elegibilidad senatorial. Estas dos últimas causas de cese, arbitradas por los Estatutos de Autonomía o la legislación de desarrollo de los mismos, han sido convalidadas, harto discutiblemente, por el Tribunal Constitucional (véase la STC 76/1989, de 27 de abril, FJ 3). Ya desde fecha bien temprana, en efecto, consideró el Tribunal que «el principio de representación territorial con que la Constitución caracteriza en términos generales al Senado (art. 69.1) lleva implícita una atribución a las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas para vincular el mandato de los senadores designados por ellas a la legislatura de la propia Asamblea designante» (STC 40/1981, de 16 de diciembre, FJ 3).

La acumulación de las actas de Diputado regional y Senador autonómico no ha resultado infrecuente, sin que, en todo caso, la relación entre las Asambleas designantes y los Senadores designados pueda ir más allá en estrictos términos jurídicos. Esta cuestión ha sido objeto de amplio tratamiento en la STC 123/2017, de 2 de noviembre. En efecto, aunque los Senadores autonómicos, reitera el Tribunal, tienen su «propia especificidad», ello no obsta a la esencial «igualdad de estatus» entre unos y otros miembros del Senado,

cualquiera que sea su origen electivo, al integrar todos por igual la Alta Cámara. Por lo tanto, «la posición constitucional de los Senadores de designación autonómica es del todo igual a la de los demás miembros de las Cortes Generales», ostentando, pues, la condición de representantes del pueblo español en su conjunto y, en consecuencia, la no sujeción a mandato imperativo alguno (FJ 3). De ahí que el Tribunal declare la inconstitucionalidad de la Ley valenciana 10/2016, de 28 de octubre, que establecía el deber de los Senadores autonómicos de «rendir cuentas de su trabajo en el Senado» ante la Asamblea de la Comunidad Autónoma, así como el carácter obligatorio de las comparecencias ante la misma, tanto en ese trámite como cada vez que fueren requeridos para informar. No cabe, señala el Tribunal, soslayar el enunciado del art. 67.2 CE (y a la vez el del primer inciso del art. 66.1 CE), «sometiendo en Derecho la actuación del senador al escrutinio y fiscalización de la asamblea y transformando así el libre mandato político que ostenta aquel... en una figura próxima, si no idéntica, al mandato de Derecho privado. Los senadores a los que se refiere el art. 69.5 CE no son designados por las asambleas legislativas autonómicas en calidad de mandatarios» (FJ 5). Resulta asimismo «notoriamente inconstitucional» la previsión legal de la revocabilidad por las *Corts* valencianas de los Senadores objeto de designación en los casos de «pérdida de confianza», ya por incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Ley mencionada, ya por «actuaciones que comporten el desprestigio de las instituciones» (FJ 6). Naturalmente, si tuviéramos un Senado representativo, en su integridad, de las Comunidades Autónomas, habría que plantearse, a mi juicio, la supresión de la prohibición de mandato imperativo en relación con los miembros de la Alta Cámara.

Por otra parte, la cuestión de la relación entre designante y designados debe considerarse tributaria de la referente a la unidad volitiva de aquel. Quiero decir que **la designación de los Senadores autonómicos mediante una**

fórmula de representación proporcional impide la presencia unitaria de cada Comunidad Autónoma en la Alta Cámara, diluyéndose esa presencia, por el contrario, en el pluralismo de las fuerzas políticas, como sucede con los Senadores de elección popular directa. Expresado de forma más precisa: la previsión del art. 69.5 CE no conlleva la representatividad en el Senado de la orientación política dominante en las distintas Comunidades Autónomas, salvo en aquellos hipotéticos supuestos en que *todos* los Senadores fueran elegidos por una mayoría homogénea del Parlamento autonómico, bien la del Grupo Parlamentario más numeroso en casos como el contemplado en la STC 75/1985 (los dos Senadores autonómicos extremeños), bien la de una mayoría articulada, desde la diversidad de las fuerzas políticas integrantes de la misma, en torno a un programa común de gobierno. Así, en suma, se puede concluir que las Comunidades Autónomas no se hallan *políticamente* representadas en las Cortes Generales, aunque sí lo estén jurídicamente por los Senadores que designan sus Asambleas legislativas, cuyo grado de vinculación con ellas, en fin, es virtualmente nulo.

II. EL SENADO Y LA REPRESENTACIÓN TERRITORIAL: ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DE LA CÁMARA

1. El nulo papel de los Grupos Territoriales

Si examinamos la organización interna del Senado, tampoco encontraremos motivos para suponer la presencia de semejante vinculación. Es verdad que el Reglamento de esa Cámara arbitra, ya desde el mismo momento de su aprobación (1982), la posibilidad de que dentro de los Grupos Parlamentarios se constituyan «Grupos Territoriales», y que al amparo de tal previsión **cabe la formación de Grupos Territoriales de Senadores tanto de elección directa como de designación autonómica**. A tenor del Reglamento, la intervención de los Grupos Territoriales en el

trabajo de la Cámara se realiza, en primer lugar, mediante la asistencia de sus representantes a las reuniones de la Junta de Portavoces (arts. 32.3 y 43.2 RS). «A las reuniones de este órgano, reza el art. 43.2, además de los Portavoces de los diferentes Grupos Parlamentarios, podrán asistir un representante del Gobierno y hasta dos representantes de los Grupos Territoriales de un mismo Grupo Parlamentario, designados por su Portavoz. Asimismo, cuando se trate de deliberar sobre alguna materia que afecte especialmente a una Comunidad Autónoma, el Presidente lo comunicará a los Portavoces de los Grupos Parlamentarios en los que existieran Grupos Territoriales, a efectos de que también puedan asistir los representantes de estos últimos». En segundo lugar, la intervención mencionada puede efectuarse mediante la participación de los Grupos Territoriales en los debates plenarios que afecten de modo especial a las Comunidades Autónomas que originan la denominación del Grupo (arts. 32.3 y 85.1 RS). No obstante estas modestas previsiones, la actividad de los Grupos Territoriales ha resultado prácticamente inexistente, advirtiendo la doctrina lo significativo de su no participación en las reuniones de la Junta de Portavoces y en los debates del Pleno de la Cámara, incluidos aquellos de mayor contenido autonómico, como los referentes al análisis del Estado de las Autonomías (art. 56 bis 8 RS). Únicamente en los debates plenarios sobre mociones de especial trascendencia autonómica se observan, desde 2001, algunas intervenciones de estos Grupos.

2. La reforma organizativa de 1994 y su fracaso

Si, desde el punto de vista de su composición y organización, solo en escasa medida resulta el Senado una Cámara de representación territorial, lo mismo cabe afirmar desde una perspectiva funcional. El bicameralismo español es radicalmente imperfecto en beneficio del Congreso en todas las materias, incluidas las referentes a la estructura territorial del Estado.

Únicamente en lo que atañe a la reforma de la Constitución y a la apreciación de la necesidad de dictar leyes de armonización (art. 150.3 CE) se da un equilibrio entre las dos Cámaras. La imperfección resulta, por otra parte, algo menor en los supuestos contemplados en el art. 74.2 CE (autorización parlamentaria de tratados internacionales y de acuerdos de cooperación entre Comunidades Autónomas y tramitación de los proyectos de distribución del Fondo de Compensación Interterritorial), aunque en caso de discrepancia la última palabra la tiene el Congreso. Y, en fin, curiosamente, solo al Senado compete aprobar, por mayoría absoluta de sus miembros, las medidas coercitivas a que se refiere el art. 155 CE. Acerca de esto último conviene hacer alguna observación. La intervención de la Alta Cámara ha sido prevista por el constituyente como una garantía político-institucional de la autonomía frente a un eventual recurso arbitrario del Gobierno a la vía de la coerción estatal. Tal sucede en el caso del *Bundesrat* alemán (cfr. el art. 37 de la Ley Fundamental de Bonn, que ha inspirado directamente a nuestra Constitución), aunque allí no se exija mayoría absoluta. Ahora bien, puesto que el Senado únicamente en una pequeña proporción (menos de un tercio de sus miembros) es, en cuanto a su composición, una Cámara de representación territorial, la garantía mencionada radica estrictamente en la mayoría cualificada constitucionalmente requerida. Mayoría que no es insólito que alcance, debido a los efectos de sobrerrepresentación de la fórmula electoral en los comicios senatoriales, el partido que sostiene al Gobierno. Esto conlleva necesariamente que el control de la decisión de emplear la coacción estatal —exigencia, desde luego, del Estado de Derecho— se residencie principalmente ante la jurisdicción constitucional. Y así ha sucedido recientemente, según acredita la providencia del TC de 6 de febrero de 2018, mediante la que se admite a trámite el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Parlamento de Cataluña contra el Acuerdo del Pleno del Senado de 27 de octubre de 2017, por el que se aprueban las medidas requeridas por el Gobierno al amparo del art. 155 de la Constitución.

Pues bien, el 11 de enero de 1994 se aprobó una reforma del Reglamento del Senado pretendidamente destinada a potenciar la función territorial de dicha Asamblea de las Cortes Generales. Esta reforma giró sobre una idea clave: concentrar lo más posible en una nueva Comisión permanente, **la Comisión General de las Comunidades Autónomas**, los trabajos preparatorios de la actividad del Pleno de la Cámara relativa a cuestiones autonómicas. Tal Comisión tiene el doble de miembros que las demás, asimismo designados por los Grupos Parlamentarios en proporción a su importancia numérica (art. 51 RS), lo que ya indica que no se compone únicamente de Senadores autonómicos. Es más, estos no pertenecen necesariamente a la Comisión, si bien pueden asistir a sus sesiones y hacer uso de la palabra en los debates (art. 56 bis 1 RS). También cabe que intervengan en tales sesiones —y esto resulta lo más llamativo de la reforma—, aparte del Gobierno de la Nación, «los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, representados por su Presidente o por el miembro del correspondiente órgano colegiado de gobierno designado para ello» (art. 56 bis 2.2 RS). Uno cualquiera de los Ejecutivos autonómicos puede instar la convocatoria de la Comisión (art. 56 bis 3 RS). Esta, en todo caso, debe celebrar una vez al año, y preceptivamente antes de la conclusión del primer período de sesiones (de septiembre a diciembre: art. 73.1 CE), una sesión monográfica dedicada a efectuar un balance de la situación del Estado de las Autonomías, en la cual, tras el correspondiente debate, cabe la presentación de mociones (art. 56 bis 7.1 RS). Sin perjuicio de esto, el Senado ha de celebrar también anualmente, y ya sin la presencia gubernamental autonómica mencionada, una sesión plenaria íntegramente consagrada al Estado de las Autonomías (art. 56 bis 8 RS).

Aparte de esto, la reforma reglamentaria citada autorizó al Presidente del Senado para que, al inicio de la legislatura y en su primera intervención ante el Pleno de la Cámara, pudiera «utilizar el castellano y las demás len-

guas que tengan el carácter de oficiales en alguna Comunidad Autónoma» (art. 11 bis RS). Una reforma de 4 de julio de 2005 dispuso que esa misma utilización puede tener lugar en las sesiones de la Comisión General de las Comunidades Autónomas por cuantos intervengan en ellas, reproduciéndose en el *Diario de Sesiones* todas las intervenciones íntegramente en castellano y en la lengua en que se hayan realizado (art. 56 bis 9 RS). Por último, la reforma de 21 de julio de 2010, tras afirmar que el Senado, «como Cámara territorial, ampara el normal uso oral y escrito» de cualquiera de las lenguas cooficiales en determinadas actividades senatoriales, añade a los supuestos ya mencionados «las intervenciones que tengan lugar en el Pleno con ocasión del debate de mociones» (art. 84.5 RS); la publicación de iniciativas cuando sean presentadas, además de en castellano, en cualquier lengua cooficial; y, en fin, la presentación de escritos en el Registro de la Cámara por parte de los Senadores, los ciudadanos y las instituciones (DA 5.ª RS).

Estas modificaciones reglamentarias dirigidas a revitalizar la Alta Cámara en un sentido territorial **no me parecen —precisamente en lo que tienen de más innovador— conformes con la Constitución**. En efecto, la naturaleza de un Reglamento parlamentario, norma de estricto desarrollo de las disposiciones constitucionales relativas a la materia parlamentaria (cfr. STC 234/2000, de 3 de octubre, FJ 12), no permite instituir *ex novo* la intervención de los representantes de los Gobiernos autonómicos en la Comisión General de las Comunidades Autónomas (un órgano interno de un órgano del Estado al que, según el texto constitucional, no pertenecen dichos representantes), ni, menos aún, la convocatoria de dicha Comisión a solicitud de alguno de tales Gobiernos. La potestad reglamentaria del Senado tiene como límite infranqueable a la Constitución, que es la ley fundamental y suprema que ha definido la materia de la que el Reglamento senatorial puede únicamente ocuparse. Tampoco cabe, según entiendo, el uso en el Senado, órgano estatal, de las len-

guas solo oficiales en el territorio de ciertas Comunidades Autónomas, de modo que, si se quiere hacer del Senado una Cámara plurilingüe, ha de reformarse el art. 3 CE mediante el procedimiento agravado previsto en el art. 168 del texto constitucional.

Además de lo anterior, las innovaciones reglamentarias no han dado suficiente juego. Evaluando las intervenciones en el Senado de los representantes de los Ejecutivos regionales, Eliseo AJA (2003, 245) ha observado el escaso interés autonómico en utilizar a fondo las posibilidades que ofrece la Comisión General de las Comunidades Autónomas y el uso de la misma más como «instancia de control» del Gobierno nacional y de «debate partidista» que como «foro de relaciones entre sí y con el Estado». Es más: excepto en el primer debate sobre el balance de la situación del Estado de las Autonomías (celebrado en el propio 1994), al que, salvo el *Lehendakari*, concurrieron todos los Presidentes de las Comunidades Autónomas, y que, según AJA, «parecía dar al Senado realmente la posición central para la solución de los problemas autonómicos», los posteriores —esto es, el debate general de 1997 y los debates sectoriales— vieron, por lo común, muy rebajado su interés. En fin, los Gobiernos del Partido Popular (1996-2004) tampoco tuvieron el menor deseo de revitalizar una Cámara tan anodina potenciando su dimensión territorial, ya que, disponiendo en ella de una cómoda mayoría absoluta, no estaban dispuestos a propiciar la intervención crítica de las Comunidades Autónomas gobernadas por otras fuerzas políticas. De ahí que el debate de 1997 —seguido del Pleno de la Cámara del 14 de marzo de tal año con igual objeto y a fin de aprobar las mociones correspondientes— no volviera a repetirse, ya con un Gobierno socialista, hasta 2005, por lo demás el único de la VIII Legislatura (2004-2008). Añádase a esta consideración política que, como anotara uno de los Letrados del Senado respecto del citado debate en Comisión del año 1997, aunque resulta indudable «la utilidad de este instrumento para establecer un foro de discusión y diálogo si este se lleva

a cabo al más alto nivel y con la mayor participación posible», no es menos verdad que «este modelo de debates multitudinarios y prolongados en el tiempo no puede servir, por lo aparatoso de su organización, la dificultad de su funcionamiento e incluso por el cansancio que provocan en los participantes y en la opinión pública sus tres días consecutivos de duración, para encarnar en el futuro el mecanismo habitual de encuentro» entre el Gobierno de la Nación y las Comunidades Autónomas (C. GUTIÉRREZ VICÉN, 1998, 81).

De otra parte, el activismo legislativo de las Comunidades Autónomas utilizando el instrumento de la Comisión ha sido nulo. Así, y en primer lugar, aunque tras la reforma de 1994, el Reglamento del Senado atribuye a la Comisión General de las Comunidades Autónomas la facultad de «ejercer la iniciativa legislativa, mediante proposiciones de ley» [art. 56.s) RS] —es decir, en realidad la facultad de promover la iniciativa legislativa de la Cámara, que es a quien se la confiere la Constitución y quien la hace suya mediante el trámite de la toma en consideración (art. 108 RS)—, las Comunidades Autónomas no han tenido interés en utilizar esta forma de activación conjunta del procedimiento legislativo, ya que la citada Comisión jamás ha puesto en práctica tal posibilidad. En segundo lugar, si bien el texto constitucional no contempla ninguna vía de acceso de las Comunidades Autónomas a la fase central o decisoria del procedimiento legislativo de las Cortes Generales, ese acceso les resulta factible, sin embargo, a los Consejos de Gobierno autonómicos, representados por su Presidente o por uno de sus miembros designado al efecto, los cuales pueden intervenir, con voz pero sin voto, en las sesiones de la Comisión General (*ex* art. 56 bis 2 RS, como dijimos más arriba). Dicha Comisión se halla facultada para «informar acerca del contenido autonómico de cualquier iniciativa que haya de ser tramitada en el Senado», incluidos los proyectos o proposiciones de ley de cualquier clase, los de las leyes previstas en el art. 150 CE y el de la Ley de Presupuestos Generales del Estado en aque-

llas de sus secciones que afecten al sistema de financiación de las Comunidades Autónomas (art. 56 RS, *passim*). El procedimiento arbitrado por la Mesa de la propia Comisión determina que la solicitud de informe corresponde a un Grupo Parlamentario o al Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma. Asimismo, compete a esta Comisión, según el art. 140 RS, el dictamen de los proyectos de distribución del Fondo de Compensación Interterritorial (único caso, además, en que los proyectos de ley inician su andadura parlamentaria en el Senado: art. 74.2 CE). Pero semejantes posibilidades de intervención autonómica no parecen haber suscitado excesivo entusiasmo, a juzgar por los escasos informes emitidos por la Comisión. Esta ha llevado en general una existencia lánguida. Así, en la VIII Legislatura (2004-2008) solo hubo un debate legislativo en el que participaran directamente los representantes de los Gobiernos de las Comunidades Autónomas: el celebrado en la sesión vespertina del 15 de noviembre de 2007 sobre dos proyectos de ley de desarrollo sostenible del medio rural. Con posterioridad, mientras en 2013 se registraron dos debates de importancia (uno sobre la calidad educativa y otro sobre la racionalización y sostenibilidad de la Administración local), en 2015 no hubo actividad alguna, como tampoco en 2016 (en este caso más comprensiblemente, habida cuenta de la convocatoria de nuevas elecciones por imperativo del art. 99.5 CE). En 2017, se produjeron sendos debates monográficos sobre violencia de género y sobre educación, con intervención de miembros de los Consejos de Gobierno de las Comunidades y Ciudades Autónomas.

3. Epílogo para escépticos y escandalizados

Aun siendo la declaración del art. 69.1 CE, según se ha visto, una proclama de escaso contenido, casi un *flatus vocis*, el Tribunal Constitucional, que ya la utilizó en la Sentencia 40/1981 para legitimar **la vinculación del mandato de los Senadores autonómicos a la dura-**

ción de la legislatura de las Asambleas que los eligen (de modo, por cierto, poco coherente con la prohibición establecida en el art. 67.2 CE para todos «los miembros de las Cortes Generales»), volvió a remitirse a ella con ocasión de la reforma de la LOTC llevada a efecto por la Ley Orgánica 6/2007, de 27 de mayo. Esta disposición legislativa *matiza*, por decir lo menos, la previsión del art. 159.1 CE en cuanto a **la designación por el Senado de cuatro Magistrados del Tribunal Constitucional**, que, a tenor del nuevo art. 16.1. II LOTC, «serán elegidos entre los candidatos presentados por las Asambleas de las Comunidades Autónomas en los términos que determine el Reglamento de la Cámara». Dicho Reglamento, modificado al efecto el 21 de noviembre de 2007, determina en su art. 184.7 que, dentro del plazo que fije la Alta Cámara, cada Asamblea autonómica podrá presentar hasta dos candidatos. O sea, cabe que se presenten 34 candidaturas, únicamente dentro de las cuales designará el Senado a los cuatro Magistrados que le compete elegir. Resulta indudable, pues, la restricción inconstitucional de la libre potestad del Senado, restricción que corrobora el Reglamento citado cuando autoriza, solo en el caso extremo de que no se presenten en plazo candidaturas suficientes (cuatro, se entiende), que las complete el propio Senado. Ello no obstante, el TC dio por válidas estas reformas en sus Sentencias 49 y 101/2008. Sostiene, así, el Alto Tribunal en la Sentencia 49/2008, de 9 de abril, que «el carácter de Cámara de representación territorial puede expresarse y desarrollarse no solo en la organización y funciones del Senado, sino [en] el ejercicio de todas sus facultades y, concretamente, de la elección de los miembros del Tribunal Constitucional que le corresponden. De hecho, la propia decisión constitucional de atribuir la elección de cuatro Magistrados a la Cámara de representación territorial y de hacerlo... en los mismos términos que el Congreso de los Diputados, ya denota una voluntad constitucional inequívoca de integrar la estructura territorial del Estado en la composición del Tribunal Constitucional, órgano que, también por decisión constitucional, tiene la facul-

dad de conocer de los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas [...]. De la interpretación conjunta de los arts. 69 y 159.1 CE puede derivarse [...] un principio de participación autonómica en la composición del Tribunal susceptible de ser desarrollado de diversos modos. La regulación impugnada constituye uno de ellos, por cuanto [...] la participación de las Comunidades Autónomas en dicha elección constituye una finalidad que puede perseguirse legítimamente en nuestro sistema constitucional» (FJ 13). Resulta difícil encontrar un razonamiento más forzado y circular. El Tribunal incurre, en efecto, en una petición de principio. El Voto Particular del Magistrado Conde Martín de Hijas constata que «el Senado no podrá elegir magistrados para el Tribunal Constitucional que no hayan sido previamente propuestos por las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas», y que la decisión mayoritaria salva la constitucionalidad del precepto impugnado (el art. 16.1. II de la LOTC) «a base de difuminar el sentido claro de lo que dice,... convirtiéndolo... en un precepto distinto, irreconocible en su prístino sentido». Coincido con esta apreciación. También en el Voto Particular del Magistrado Delgado Barrio se advierte que la reforma legislativa elimina «la libertad del Senado para seleccionar, por sí mismo, los candidatos del art. 159.2 CE». Señala además acertadamente Delgado Barrio que la integración de la estructura territorial del Estado en la composición del TC a través de la actuación del Senado como Cámara de representación territorial «ha sido ya prevista y querida por la Constitución *exactamente y en la medida* que establece en sus arts. 69 y 159.1».

Por su parte, la STC 101/2008 (FF. JJ. 9 y 10) estira el concepto de «candidaturas suficientes» del art. 184.7.b) RS, de claro significado numérico, hasta hacerlo coincidir con el de candidaturas merecedoras de «la confianza institucional del Senado», de modo que la «insuprimible» libertad institucional de la Cámara le permitirá no aceptar los candidatos propuestos por las Asambleas autonómicas y designar en su lugar otros propuestos por los

Grupos Parlamentarios senatoriales. Así, mediante una interpretación conforme, opuesta a «un rígido entendimiento» del precepto reglamentario fundado en su «presunto tenor literal», y desechando igualmente la «*voluntas legislatoris*, derivada de los trabajos parlamentarios», el TC salva la constitucionalidad de la norma impugnada. Como escribí en otras ocasiones, el Tribunal Constitucional, a través de este tipo de pronunciamientos, hace magia: pasa de la nomofilaxis constitucional, que es lo suyo, al ultramundo de la acción legiferante positiva, que no lo es en absoluto. En este caso la magia resulta tan elemental y tan torpe que cabe sospechar que el mago se halla plenamente convencido de la profunda idiocia del público. El Voto Particular, extenso y bien fundamentado, del Magistrado Conde Martín de Hijas me dispensa de aportar argumentos al respecto.

La Constitución de la II República sí preveía que formase parte del Tribunal de Garantías Constitucionales «un representante por cada una de las Regiones españolas» (art. 122), pero no fue ese el modelo seguido por la actual Constitución, cuyos autores deliberadamente quisieron apartarse de él, habida cuenta del fracaso a que le condujo su extremada politización, ocasionada, entre otros factores, por su disparatada composición. Hoy ni el Senado es, por su estructura y funciones, una verdadera Cámara de representación territorial ni la Constitución otorga a las Comunidades Autónomas intervención alguna en el proceso de designación de los cuatro Magistrados del Tribunal Constitucional que le corresponden elegir al Senado.

Dicho esto, la intervención autonómica señalada resultaría enormemente conveniente, ya que al Tribunal Constitucional le está asignada una función de capital importancia en nuestra forma territorial del Estado: la de dirimir los conflictos competenciales entre el sector central del aparato estatal y los entes políticamente autónomos, o los de estos entre sí; conflictos que cabe viabilizar a través de la mayoría de los procesos constituciona-

les diseñados en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. De ahí la necesidad de que las Comunidades Autónomas tengan voz y voto en la elección de los integrantes del órgano jurisdiccional llamado a desempeñar, como supremo intérprete de la Constitución, tan trascendente función arbitral. Una voz, sin embargo, que solo pueden hacer oír en el Senado —no cabe imaginar otro foro o método más idóneos—, y siempre que esta Asamblea, mediante la oportuna reforma de la Ley Fundamental, se convierta en una Cámara representativa de las Comunidades Autónomas, o sea, de la orientación política dominante en cada una de ellas. Así quedaría asegurada —y supondría una importante garantía de la auto-

nomía— la sensibilidad autonómica en el interior del Tribunal Constitucional, proporcionándose además al Tribunal una fuente adicional de legitimidad.

Mientras esa reforma llega, la más elemental hermenéutica constitucional impide considerar a la representación territorial como un «principio» (según lo califica la STC 40/1981) legitimador de aquello que la Constitución ni concede ni autoriza en las relaciones entre el Senado y las Comunidades Autónomas. Y tal es lo que, sin embargo, lleva haciéndose desde 1994 por parte del Reglamento de la Alta Cámara, y desde los inicios de su labor hasta el presente por parte del Tribunal Constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

AJA, E., «El Senado», en TRUJILLO, G., LÓPEZ GUERRA, L. y GONZÁLEZ-TREVIJANO, P. (Dirs.), *La experiencia constitucional (1978-2000)*, CEPC, Madrid, 2000, págs. 363 y ss.

- *El Estado autonómico. Federalismo y hechos diferenciales*, Alianza Editorial, Madrid, 2.ª ed., 2003, págs. 245 y ss. *et passim*.
- «La reforma constitucional del Senado para convertirlo en una Cámara autonómica», en AJA, E., ALBERTÍ, E. y RUIZ, J. J., *La reforma constitucional del Senado*, CEPC, Madrid, 2005, págs. 13 y ss.
- *Estado autonómico y reforma federal*, Alianza Editorial, Madrid, 2014, págs. 297 y ss. *et passim*.

GARCÍA MEXÍA, P. y VILLARINO MARZO, J., «El Senado», en TORNOS MAS, J. (Dir.), *Informe Comunidades Autónomas 2007*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2008, págs. 193 y ss.

GUTIÉRREZ VICÉN, C., «El Senado», en AJA, E. (Dir.), *Informe Comunidades Autónomas 1997*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 1998, págs. 81 *et passim*.

PUNSET, R., *El Senado y las Comunidades Autónomas*, Tecnos, Madrid, 1987.

- *Estudios parlamentarios*, CEPC, Madrid, 2001, primera parte.
- «Razón e identidad del Senado», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 70, 2004, págs. 27 y ss.
- «De un Senado a otro. Reflexiones y propuestas para la reforma constitucional», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 17, 2006, págs. 107 y ss.
- *Potestades normativas y forma de gobierno*, CEPC, Madrid, 2014, segunda parte.

RUBIO LORENTE, F. y ÁLVAREZ JUNCO, J. (Eds.), *El Informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del Informe y debates académicos*, CEPC y Consejo de Estado, Madrid, 2006, especialmente págs. 709 y ss.

Artículo 70

1. La ley electoral determinará las causas de inelegibilidad e incompatibilidad de los Diputados y Senadores, que comprenderán, en todo caso:

a) A los componentes del Tribunal Constitucional.

b) A los altos cargos de la Administración del Estado que determine la ley, con la excepción de los miembros del Gobierno.

c) Al Defensor del Pueblo.

d) A los Magistrados, Jueces y Fiscales en activo.

e) A los militares profesionales y miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y Policía en activo.

f) A los miembros de las Juntas Electorales.

2. La validez de las actas y credenciales de los miembros de ambas Cámaras estará sometida al control judicial, en los términos que establezca la ley electoral.

Sumario general:

La inelegibilidad y la incompatibilidad parlamentaria electoral, por **PABLO SANTOLAYA MACHETTI** y **ENRIQUE ARNALDO ALCUBILLA**

El control judicial de las elecciones, por **JAVIER PARDO FALCÓN**

ARTÍCULO 70.1

LA INELEGIBILIDAD Y LA INCOMPATIBILIDAD PARLAMENTARIA ELECTORAL

Sumario: I. Introducción. Contenido del art. 70 CE. II. La configuración constitucional de las inelegibilidades. 1. Algunas precisiones conceptuales. 2. Alcance de la reserva de ley del 70.1. 3. Necesidad de interpretación restrictiva. 4. Clases de inelegibilidades. 5. Las inelegibilidades electorales. 6. Las inelegibilidades penales. III. Las incompatibilidades parlamentarias.

PABLO SANTOLAYA MACHETTI

CATEDRÁTICO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
UNIVERSIDAD DE ALCALÁ

TEXTO ACTUALIZADO POR ENRIQUE ARNALDO ALCUBILLA

LETRADO DE LAS CORTES GENERALES
CATEDRÁTICO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS

I. INTRODUCCIÓN. CONTENIDO DEL ART. 70 CE

El art. 70 tiene un doble contenido que precisa ser analizado por separado. Su párr. 1.º se refiere a las inelegibilidades e incompatibilidades de Diputados y Senadores, y lo hace remitiendo a la Ley electoral en esta materia, pero fijando en la propia Constitución una serie de situaciones que necesariamente deberán estar comprendidas en dicha ley. Así enunciado, el precepto presenta una serie de problemas interpretativos entre los que conviene destacar el carácter de la relación Constitución-Ley y, en concreto, la necesidad de que el núcleo de las inelegibilidades e incompatibilidades sea establecido precisamente en la Ley Orgánica del Régimen Electoral, y no en ninguna otra norma legal, y, por otra parte, los límites y la amplitud de la remisión, de manera que, entendemos, no cualquier desarrollo es posible, sino que tratándose de restricciones de un derecho fundamental, el legislador (electoral) está obligado a realizar una interpretación estricta y sometida al test

de proporcionalidad, a la hora de definir las circunstancias susceptibles de provocar esas limitaciones.

Y es que, en efecto, como veremos más adelante, cualquier interpretación extensiva de las causas de inelegibilidad e incompatibilidad es susceptible de provocar *eo ipso* una vulneración del derecho de acceso a los cargos públicos previsto en el art. 23 de la Constitución, y, de hecho, los amparos electorales que ha generado esta materia han sido, por razones procesales evidentes, analizados desde la óptica de ese artículo (el trabajo más completo en la doctrina española sobre el art. 23 de la CE continúa siendo el de GARCÍA ROCA, 1998). Por todas, la STC 45/1983, de 25 de mayo, señala que la elegibilidad es, a tenor del art. 70.1 CE, un derecho ciudadano configurado por las leyes y delimitado negativamente por la ausencia de causas de inelegibilidad, que se inserta en el marco del art. 23.2 CE, de modo que, desde este parámetro, no podrá negarse a quien, estando en el pleno uso de sus derechos políticos, no está incurso

en causas de inelegibilidad definidas en la CE y por remisión en la Ley electoral, interpretadas dentro del marco constitucional. Precisamente por ello su estudio en el contexto de estos «Comentarios» debe ser necesariamente complementado con el relativo al art. 23, así como, en lo que se refiere a los problemas derivados de la inclusión en listas electorales de candidatos relacionados con partidos ilegalizados (art. 44.4 de la LOREG, añadido a la reforma articulada por la LO 6/2002, de 27 de junio, de partidos políticos; *vid.*, sobre esta materia, PÉREZ-MONEO AGAPITO, 2007, y BIGLINO CAMPOS, 2008), por el referente al art. 6. No puede, en fin, obviarse la referencia imprescindible al art. 67.1 sobre la prohibición de acumulación horizontal de mandatos.

No obstante, inelegibilidades e incompatibilidades son dos instituciones que responden a finalidades solo parcialmente coincidentes y que suponen grados de injerencia distintos en el derecho fundamental de acceso y permanencia en los cargos públicos representativos, lo que justifica su tratamiento separado. Mientras que las primeras, según el concepto clásico, afectan al acto electoral en su raíz e impiden la concurrencia a las elecciones de los incursos en alguna de las causas así configuradas, las incompatibilidades no lo imposibilitan, exigiéndose, tras su declaración, la opción entre el mandato representativo y el cargo incompatible.

El párr. 2.º del precepto tiene un contenido diferente. En él la Constitución decide de forma expresa, y en contra de nuestra tradición histórica, que el control de los órganos electorales tiene que ser realizado, al menos en el momento culminante de la proclamación de electos, por los Tribunales de Justicia, y no por el propio Parlamento. Se trata, por tanto, de afirmar que, con sus especiales características, la Administración electoral está también sometida a la ley y al Derecho (art. 103 CE), y, sobre todo, que sus decisiones deben ser controlables en cuanto a su legalidad y al sometimiento a los fines que las justifican (art. 106 CE). La *vis expansiva* del control de

la actividad de la Administración, presente en otros muchos campos de nuestro ordenamiento, ha tenido también una clara manifestación en las decisiones de nuestras Juntas Electorales y, en particular, en lo que aquí respecta, en relación con la proclamación de los electos a través del recurso contencioso-electoral que regulan los arts. 109 y ss. de la LOREG. En suma, y como ha señalado la STC 149/2000, de 1 de junio, se consagra la sumisión al control judicial de las actuaciones de la Administración electoral, pero en los términos que establezca la Ley electoral, lo que, al mismo tiempo, significa el reconocimiento de las peculiaridades tanto del proceso electoral como de la propia Administración encargada de su transparencia y objetividad.

II. LA CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DE LAS INELEGIBILIDADES

1. Algunas precisiones conceptuales

En sentido amplio podemos decir que **inelegibilidad es todo supuesto legal que priva del derecho de sufragio pasivo a una persona, que, de no estar incurso en esa causa legal, gozaría de la plenitud del derecho, pudiendo comparecer como candidato a un determinado proceso electoral**. Significa, por tanto, una limitación, absoluta o relativa, es decir, para determinadas elecciones o circunscripciones, por causas legales tasadas, de la capacidad de ejercicio del derecho de sufragio pasivo del que se es titular.

A partir de esta definición debemos en primer lugar excluir los supuestos en los que en realidad lo que no existe es titularidad del derecho de sufragio pasivo. Como ha declarado el Tribunal Constitucional (STC 144/1999, de 22 de julio), «la falta de capacidad jurídica para ser elegible no debe confundirse con el instituto jurídico de la inelegibilidad». No podemos decir que los extranjeros o los menores sean técnicamente inelegibles en el sistema español porque no se trata de una limitación al ejercicio de un derecho del que no son titulares,

sino de una falta de titularidad de ese mismo derecho (SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, 1998, 279 y ss.). La diferencia conceptual está también claramente recogida en el art. 6 de la LOREG, cuando define como elegibles a los que poseen la calidad de elector y no están incurso en causa de inelegibilidad. Por el mismo motivo, y por el carácter de representación territorial que tiene nuestro Senado, el Tribunal Constitucional ha admitido que es posible que una Ley electoral autonómica exija para ser Senador en representación de la Comunidad, tener la condición política de vasco, en la STC 40/1981, de 18 de diciembre («por corresponderles estos senadores a las Comunidades Autónomas, en cuanto tales, se confiere a las Estatutos un margen para precisar alguna condición directamente relacionada con el carácter propio de dicha designación, dentro del respeto del mínimo fijado por el art. 70.1 CE»; véase asimismo la STC 60/1987). No vamos a referirnos más que de forma tangencial a esta ausencia de capacidad electoral, que en realidad es conceptualmente distinta a las inelegibilidades que estamos comentando.

Por otra parte conviene distinguir entre las inelegibilidades derivadas de la necesidad de proteger y garantizar el carácter competitivo y libre de las elecciones, que provoca que se deba excluir de las mismas a determinadas personas que por las funciones que desarrollan pueden tener una situación de ventaja en el proceso, o coartar el libre ejercicio del derecho de sufragio del conjunto de los ciudadanos, de aquellas que se derivan de la comisión de un ilícito penal, que provoca, como condena principal o accesoria, que su autor pierda temporalmente este derecho de ciudadanía.

Las primeras son las de **origen electoral**. Su propósito es garantizar la libertad del derecho de sufragio activo de todos los ciudadanos y el derecho de sufragio pasivo de los candidatos en condiciones de igualdad. Se excluye para ello del sufragio pasivo, mediante su consideración de inelegibles, a determinadas personas que, por su lugar preeminente en la sociedad o por su intervención

en el proceso, pueden provocar una merma de la libertad e igualdad que deben presidir los procesos electorales democráticos. Ciertamente el incurso en una de estas causas de inelegibilidad puede soslayar la misma mediante la previa renuncia al cargo o condición ejerciente, recuperando así la plena capacidad de sufragio en la vertiente pasiva. El momento límite para hacerlo es la presentación de candidaturas.

Por el contrario, las inelegibilidades que son **consecuencia de una sentencia penal** no se deben a que la participación de esa persona en el proceso se considere disfuncional, sino a que se juzga que, por los delitos que ha cometido, no debe poder participar en los asuntos públicos. A diferencia de la anterior, estas causas de inhabilitación no pueden ser eliminadas por voluntad del afectado.

Analizaremos ambos aspectos por separado, pero, con carácter previo, es preciso que nos detengamos en un problema formal, la específica reserva de ley contenida en el precepto, así como en la necesidad de interpretar restrictivamente las causas legales de inelegibilidad.

2. Alcance de la reserva de ley del 70.1

La STC 72/1984, de 13 de junio, parece afirmar, en términos muy estrictos, que la reserva contenida en el art. 70.1 de la Constitución es única y exclusivamente a la Ley electoral. Es la LOREG, y ninguna otra, la que debe establecer las causas de inelegibilidad, e incompatibilidad, sin que ni siquiera sea admisible que en la coyuntura histórica del inicial desarrollo de la Constitución —que guarda alguna semejanza con el art. 65 de la Constitución italiana— se adelante parte de su contenido mediante otra ley del mismo rango. Precisamente por ello se declaró inconstitucional en la citada sentencia el proyecto de Ley de incompatibilidades de 1984 sometido a recurso previo.

Sin embargo, posteriormente **la jurisprudencia ha ido abandonando tan estricta**

concepción formal, y lo ha hecho de forma progresiva:

En una primera fase, representada al menos por las SSTC 80/1987, de 27 de mayo, 158/1991, de 15 de julio, y 166/1993, de 20 de mayo, admitiendo que el Código Penal también es un instrumento válido para fijar causas de inelegibilidad ligadas a condenas penales, de manera que los supuestos de inelegibilidad de la LOREG deben ser completados por las previsiones de las normas penales.

Y, en una forma mucho más abierta, en la STC 144/1999, de 22 de julio, en la que se afirma literalmente que las causas que pueden provocarlas no son solo las de la LOREG, sino que «deben sumársele aquellas otras que derivan de normas de rango legal, como el Código Penal, el Código Civil o, para el caso de las elecciones autonómicas, los Estatutos de Autonomía y demás Leyes autonómicas, que regulan ciertos extremos de la capacidad jurídica para ser elector, como la edad, la vecindad administrativa o autonómica o la capacidad de obrar jurídica, o las causas de su pérdida, suspensión o privación [...] que condicionan la posibilidad de ser titular del derecho a ser elegible, encuadrable en el art. 23.2 CE, y que, en la medida en que no se trata de causas de inelegibilidad en sentido técnico y estricto, no se ven afectadas por la reserva material de Ley establecida por el art. 70.1 CE». En lo que, en concreto, concierne a las leyes electorales autonómicas, además de las establecidas por la LOREG incorporan otras adicionales de carácter absoluto o relativo, incluso en relación con cargos no autonómicos.

3. Necesidad de interpretación restrictiva

Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, absolutamente consolidada (por todas SSTC 45/1983, de 25 de mayo, y 20/1986, de 20 de febrero), la elegibilidad forma parte del contenido del art. 23.2 de la Constitución, por lo que las normas que deli-

mitan negativamente un derecho fundamental no podrán ser objeto de interpretación extensiva o analógica.

Los ejemplos de este tipo de interpretaciones se han producido especialmente con ocasión de condenas penales de suspensión de cargos públicos que implican la imposibilidad de obtener otro de funciones «análogas» durante el tiempo de la condena, Así por ejemplo el Tribunal ha considerado que son cargos análogos, a efectos de la extensión de una inhabilitación (entre otras, SSTC 80/1987, de 20 de mayo, y 154/1993, de 3 de mayo), el de Alcalde y el de Concejal, pero también el de Alcalde y Consejero de cabildo insular, por ser este un órgano de la Administración local, y que, en sentido contrario, no lo son los de las corporaciones locales con los de los Parlamentos regionales. Ha reiterado el criterio en SSTC 166/193 y 144/1999.

Igualmente, la jurisprudencia ha establecido (STC 7/1992, de 16 de enero) que la pena de suspensión de cargo público durante el tiempo que dure la condena solo puede comportar la imposibilidad de ejercicio del cargo y de no ser elegido para ningún otro durante ese plazo, pero no la pérdida definitiva del cargo público representativo, lo que es considerado una interpretación extensiva, infundada y contraria al art. 23.2 de la Constitución.

4. Clases de inelegibilidades

La inelegibilidad puede ser absoluta o relativa según constituya una causa impeditiva concurrir como candidato en cualquier parte del territorio nacional, en las elecciones de este ámbito (que son todas menos las autonómicas), o relativas cuando solo afectan a la circunscripción en la que ejercen el cargo declarado inelegible. Las primeras se recogen en el art. 6.1 LOREG y las segundas en el art. 6.3 LOREG. Las penales, que son también absolutas, se contienen en el art. 6.2 LOREG.

Las inelegibilidades pueden ser iniciales, es decir, concurrentes en el momento en que

debe presentarse la candidatura, lo que obligaría a la renuncia al cargo, como se ha dicho, para soslayarla, o sobrevenidas, supuesto en el que opera como causa de incompatibilidad, cuando aparecen tras la proclamación de la candidatura o incluso tras la proclamación como electo, supuesto en el que opera como causa de incompatibilidad, de conformidad con el art. 6.4 LOREG. En cuanto a las iniciales que no fueron declaradas, ni detectadas, *vid.* la STC 175/1991. Fue proclamado candidato y finalmente electo como concejal un policía local, inelegible *ex art.* 6.1.i) LOREG. Tras el recurso contencioso-electoral correspondiente su proclamación se declaró nula por concurrir un vicio insubsanable. El TC declara que no hay lesión del art. 23.2, pues solo al candidato es imputable la revocación de su proclamación, «pues con su censurable conducta indujo a error a la Junta Electoral».

En la exposición que sigue vamos a diferenciar las inelegibilidades por su objeto en electorales y penales.

5. Las inelegibilidades electorales

Las inelegibilidades electorales en sentido estricto a que se refiere el art. 70.1 están reguladas en el art. 6.1 de la LOREG con carácter general para todo tipo de elecciones (conforme a la definición del «régimen electoral general» que contiene la STC 45/1983) y complementadas en algún supuesto adicional por el 154 para las elecciones al Congreso de Diputados y el Senado; entre ellas se encuentran, por ejemplo, los titulares de las Altas Instituciones del Estado y los altos cargos de la Administración, los Jueces, Magistrados y Fiscales, los miembros de las Juntas Electorales y los militares y miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado. Además el art. 6.3 establece supuestos de inelegibilidades limitadas territorialmente por el ámbito de la jurisdicción del cargo afectadas por ellas, por ejemplo los Secretarios generales de las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno.

En su conjunto diseñan un amplísimo elenco de causas de inelegibilidad, un catálogo asistemático de una pluralidad de causas del que, se ha dicho, carece de justificación, de suerte que contiene algunas que no deberían ser tales, sino en el mejor de los casos supuestos de inelegibilidad relativa o territorial o incluso de incompatibilidad, y por el contrario llamativas ausencias de instituciones creadas con posterioridad a la aprobación de la Ley, constituyendo «una suerte de norma de aluvión que proyecta una memoria universal parada en seco en algún momento de su traslación» (ARNALDO ALCUBILLA, 2002, 84).

Es cierto que el sistema elegido por la Constitución Española, consistente en la fijación en el propio Texto de algunas de esas causas («es un mínimo que se impone», STC 40/1981, de 18 de diciembre, o «el mínimo preceptivo», STC 72/1984) y la remisión a la Ley electoral, permite a la Ley tanto desarrollar las ya enunciadas como regular nuevas causas, por lo que hay que entender que es constitucionalmente posible, en principio, esta labor extensiva realizada por la LOREG. No obstante, **la remisión no es incondicional**, sino que cualquier inelegibilidad no expresamente prevista en la Constitución ha de estar en condiciones de superar el test de proporcionalidad que implica la limitación de un derecho fundamental, es decir, no solo ha de estar regulada en la Ley electoral, sino que, además, debe ser explicable desde la óptica de su finalidad, rechazándose las que no sean reconducibles a la libertad de ejercicio del derecho de sufragio activo o la igualdad de condiciones del derecho de sufragio pasivo, y por último hemos de preguntarnos si existe una alternativa menos gravosa en términos de derechos fundamentales a la limitación que cumpla igualmente la finalidad legítima buscada, por ejemplo su conversión en incompatibilidad o su restricción territorial (planteamientos similares en SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, 1998, 292 y ss., y ARNALDO ALCUBILLA, 2002, 81 y ss.). alguna de las inelegibilidades previstas en la LOREG, por ejemplo la referente a los Delegados del Gobierno, de alcance a todo el territorio na-

cional [6.1.k]) —redactada en un momento en el que pervivía una comprensible desconfianza hacia los poderes públicos como sujetos del proceso electoral— difícilmente superarían este test en el actual grado de desarrollo de nuestro sistema democrático.

Resta un último aspecto a señalar. El relativo al **momento en el que surgen las inelegibilidades**, que es, sin duda, cuando las candidaturas de las fuerzas políticas se hacen públicas mediante su presentación ante las Juntas Electorales competentes para su proclamación, entre el decimoquinto y el vigésimo día posterior a la convocatoria de las elecciones, de acuerdo al art. 45 de la LOREG, y ello aunque exista una obligación por parte de las Juntas de permitir su subsanación, también por incluir algún candidato inelegible (por todas, STC 73/1986, de 3 de junio) y que el hecho de que la candidatura no haya sido impugnada en ese momento no subsana en absoluto su falta de capacidad pasiva, que puede ser apreciada en el recurso contra la proclamación de electos (SSTC 80/1987, de 27 de mayo, y 158/1991, de 15 de julio).

6. Las inelegibilidades penales

El art. 6.2 de la Ley electoral incluye dos supuestos que deben ser analizados por separado. A tenor del primero de sus párrafos son inelegibles los condenados por sentencia firme a pena privativa de libertad, en el período que dure su condena. Hay que tener en cuenta que se trata de un precepto redactado durante la vigencia del Código Penal anterior a 1995, en el que efectivamente toda condena llevaba aparejada la pérdida del derecho de sufragio pasivo. Sin embargo, el nuevo Código distingue entre la inhabilitación absoluta, que supone la privación definitiva de todos los cargos públicos y la incapacidad de ser elegido para ellos durante el tiempo que dura la condena (art. 41), que se aplica a toda pena de prisión igual o superior a diez años (art. 55), y la inhabilitación especial y suspensión del cargo público, que puede ser impuesta como pena accesoria

en las penas de prisión inferiores a diez años, atendiendo a la gravedad y relación directa con el cargo del delito cometido, y siempre que se determine expresamente en la sentencia esta vinculación (art. 56). Hay que entender que, **en este punto, el Código Penal ha modificado la Ley electoral** (ver, *in extenso* sobre esta problemática, y exponiendo varias soluciones alternativas, ARNALDO ALCUBILLA, 2002, 85 y ss.). En todo caso, según la STC 166/1993 esta causa de inelegibilidad «no depende de la situación personal del condenado», sea de libertad o de prisión, pues la incapacidad para ser elegible se produce como consecuencia automática de la pena privativa de libertad. Quedaría la pregunta de si podrá el indulto remover la inelegibilidad, si bien nos inclinamos por la respuesta negativa (*vid.* PASCUA, en DELGADO-IRIBARREN, 2014).

Un problema de naturaleza distinta presenta el segundo de los párrafos del precepto introducido en su actual revisión en la LO 3/2011, que establece la inelegibilidad de los condenados por determinados delitos, en concreto los de rebelión, terrorismo contra la Administración Pública o contra las instituciones del Estado, aunque la condena no sea firme, «siempre y cuando en la misma se haya establecido la pena e inhabilitación absoluta o especial o suspensión para empleo o cargo público en los demás previstos por la legislación penal». La LO 3/2011 amplió el elenco de los delitos —inicialmente eran solo los de rebelión y terrorismo— a otros que solo pueden ser cometidos por autoridades y funcionarios públicos (prevaricación, cohecho y malversación pública, entre otros). Aun cuando algún sector doctrinal expresa sus dudas sobre la constitucionalidad de esta causa de inelegibilidad penal a la luz del principio de presunción de inocencia (SOLOZÁBAL, 1998), no es menos cierto que la LOREG vela por la adecuada composición de los órganos representativos del Estado, de los que deben quedar excluidos quienes no han conformado su conducta a las reglas de honorabilidad y sujeción a los más elementales principios exigibles en un Estado social y democrático de Derecho.

A las dos causas de inelegibilidad penal establecidas por el art. 6.2 han de sumarse las demás de pérdida del derecho de sufragio pasivo que contiene el Código Penal (arts. 41 a 44), aunque en tales casos sí podría ser eficazmente liberador de la inelegibilidad el indulto sí así lo concreta el Real Decreto correspondiente y ello por tratarse de penas impuestas por el órgano jurisdiccional directamente y no de consecuencias legalmente anudadas a la sentencia condenatoria (PASCUA, en DELGADO-IRIBARRÉN, 2014).

Por el contrario, el Tribunal sí ha tenido oportunidad de analizar otro supuesto potencialmente conflictivo: la licitud de la condena a la pena de inhabilitación especial «para todo cargo público electivo» y la accesoria de privación del derecho de sufragio activo y pasivo a un Alcalde como consecuencia de un delito de infidelidad en la custodia de documentos, que el recurrente entendía no debía incluir la prohibición de presentarse a las elecciones al Senado, en la medida en que se trataba de un delito cometido como Presidente de una Corporación local que no podía conllevar su inhabilitación para ser candidato al Parlamento nacional. Sin embargo, el Tribunal afirma (STC 151/1999, de 14 de septiembre) que no puede en forma alguna considerarse que se trata de una aplicación irrazonable del derecho, ya que «el representante que no ha sabido cumplir con las reglas éticas de la neutralidad y la transparencia en la gestión en el cargo de Alcalde, difícilmente puede hacerse merecedor de la confianza para otro que, como es el de Senador, participaría en las manifestaciones más importantes de la voluntad popular».

Así como también ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la pervivencia de la pena accesoria de inhabilitación una vez que el condenado se encuentra en libertad provisional, declarando (STC 166/1993, de 20 de mayo) que la remisión de la principal no conlleva en ningún caso la suspensión paralela de las accesorias.

III. LAS INCOMPATIBILIDADES PARLAMENTARIAS

El art. 70.1 remite igualmente a la Ley electoral para la determinación de las causas de incompatibilidad de Diputados y Senadores. Aunque relacionadas con el art. 23 de la Constitución, ambas instituciones obedecen a una finalidad distinta; mediante las inelegibilidades, como ya hemos señalado, se trata de proteger la libertad en el ejercicio del derecho de sufragio activo y la igualdad de oportunidades en el de derecho pasivo. Por el contrario, **las incompatibilidades pretenden un mejor funcionamiento de las instituciones representativas**, una vez elegidas, de manera que nuestros Diputados y Senadores se dediquen fundamentalmente al ejercicio de su función representativa, que sufriría de hacerse ampliamente compatible con otras actividades públicas o privadas, aun cuando pretenden también evitar o prevenir cualquier conflicto de intereses. De esta manera, aunque relacionadas con el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, especialmente con la permanencia en los cargos públicos, se trata, sobre todo, de una cuestión organizativa de las instancias públicas (GARCÍA, 2006, 17; ver, con carácter general sobre esta materia, DURÁN ALBA, 2001) y su incidencia en el derecho fundamental es considerablemente menor.

A pesar de ello, **la Constitución remite también en esta materia específicamente a la Ley electoral, pero el Tribunal Constitucional se ha encargado de relativizar la exclusividad de esta remisión**, al menos en lo que se refiere a las situaciones de los funcionarios públicos, declarando (SSTC 19/1991, de 31 de enero, y 150/1992, de 19 de octubre) que es compatible con que las leyes de función pública regulen las situaciones de los funcionarios, y que desde ellas se genere lo que denomina una incompatibilidad indirecta con el cargo representativo. Dichas leyes no tienen por objeto la regulación «directa, inmediata y global de las incompatibilidades de diputados y senadores, ámbito material al que se circunscribe la reserva de ley del

art. 70.1 CE, sino el de las situaciones administrativas, de los funcionarios, de forma que la incompatibilidad indirecta que puede derivar de dicho precepto está acometida desde la perspectiva de la función pública y no desde los cargos parlamentarios».

La Ley electoral dedica los arts. 155 a 160 a las incompatibilidades parlamentarias. Comienza con la cláusula general de que todas las causas de inelegibilidad lo son también de incompatibilidad una vez que se ha accedido al cargo representativo (155.1) para, a continuación (155.2), añadir un elenco de cargos que, al igual que sucedía con las inelegibilidades, denotan una cierta asistematicidad, si bien, a diferencia de lo que ha ocurrido en relación con las inelegibilidades, sí se ha producido una adaptación en la nominación de los cargos, en concreto mediante la LO 2/2011, que, por ejemplo, sustituye «Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia» por «Presidente de la Comisión Nacional de la Competencia» (adecuándose así a la Ley 15/2007) o «Ente Público RNE» por «Corporación de Radio Televisión Española» (en consonancia con la Ley 17/2006), o, por ejemplo, sí se incluye a los Delegados del Gobierno en las Sociedades concesionarias de autopistas de peaje. No se ha cambiado, sin embargo, la mención a los presidentes y cargos equivalentes de monopolios estatales, no siendo capaces de identificar ninguno. En cualquier caso, en esta enunciación de cargos incompatibles sigue primando el aluvión y la falta de racionalidad y mínimo rigor, por cuanto hay cargos y órganos que pueden entenderse afectados por el mismo nivel de conflicto de intereses que quedan fuera. Llama por ejemplo la atención que sea compatible el cargo de Diputado o Senador con el de Director del Gabinete de la Presidencia del Gobierno, que tiene rango de Secretario de Estado, pero no sea incompatible para el resto de los miembros del Gabinete de Presidencia. También encontramos la opción por la dedicación absoluta como régimen de los Diputados y Senadores que determina la incompatibilidad con cualquier otra función pública, excepto, en determinadas condiciones, con la docencia (art. 157) y con cualquier acti-

vidad privada que implique gestión, defensa, dirección o asesoramiento de empresas relacionadas con el sector público (art. 159). Igualmente establece que Diputados y Senadores están obligados a formular declaración de incompatibilidades en los términos previstos en los Reglamentos de las Cámaras, y que corresponde a los Plenos de las Cámaras resolver sobre las posibles incompatibilidades, de manera que, si se declara, el representante deberá optar entre el escaño y la actividad incompatible, entendiéndose que, si no lo hace, renuncia al mandato parlamentario (art. 160). Hay que recordar, por último, que el art. 20 del Reglamento del Congreso (y el 1 del Reglamento del Senado, en términos equivalentes) establece que para adquirir la condición plena de Diputado tras la elección es preciso «cumplimentar su declaración de actividades en los términos previstos en la LOREG».

Tres cuestiones finales. De una parte, la STC 36/2014, de 27 de febrero, aunque como *obiter dictum* ha llamado la atención sobre los efectos que podría tener la aplicación de una modificación del régimen de incompatibilidades parlamentarias durante el mandato representativo en curso, en cuanto podría suponer una eventual perturbación para la conservación del cargo representativo a los efectos del art. 23.2 CE. De otra parte, y nuevamente como *obiter dictum*, la STC 7/1992, de 16 de enero, ha recordado la esencialidad de seguir el *iter* procedimental previsto para declarar una situación de incompatibilidad, de manera que la declaración sería nula «por prescindir de los trámites esenciales del procedimiento legalmente establecido para declarar este tipo de incompatibilidades».

En fin, la STC 155/2014, de 25 de septiembre, tras incardinar la incompatibilidad parlamentaria «en el ámbito de las relaciones jurídico-parlamentarias» (y no en el proceso electoral, por más que por imperativo constitucional «la regulación sustantiva de las incompatibilidades se contenga en la norma electoral»), examina si la introducción por la Ley Electoral andaluza de la incompatibilidad parlamentaria en el Parlamento andaluz

de los alcaldes, presidentes de diputaciones provinciales y de mancomunidades de municipios lesiona el principio de igualdad. Y concluye que el Estatuto de Autonomía, al remitir al legislador electoral el establecimiento de las causas de incompatibilidad parlamentaria, es norma habilitadora por lo

demás incondicionada, siendo, en fin, la establecida con dichos cargos locales «justificada y proporcionada» en atención a la finalidad de que «los parlamentarios desempeñen sus funciones con transparencia y plena dedicación», restringiendo las actividades que puedan realizar.

BIBLIOGRAFÍA

ABAJO QUINTANA, J. y BESTEIRO RIVAS, J., «Las inelegibilidades e incompatibilidades en los distintos procesos electorales», *Reflexiones sobre el régimen electoral. IV Jornadas de Derecho parlamentario*, Congreso de los Diputados, 1997.

ARNALDO ALCUBILLA, E., *El carácter dinámico del régimen electoral español*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pág. 84.

— *Urnas, legisladores y togas*, Dickinson-URJC, Madrid, 2018.

ARNALDO ALCUBILLA, E. y DELGADO-IRIBARREN, M., *Código Electoral*, 8.^a ed., La Ley-El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2015.

BIGLINO CAMPOS, P., *Proclamación de candidatos y garantías electorales: propuestas de reforma*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.

CIERCO SIEIRA, C., «La inconstitucionalidad de la exclusión del recurso judicial contra los acuerdos de las Juntas Electorales dictados en vía de alzada», *REDA*, núm. 109, 2001.

DELGADO-IRIBARREN, M. (Dir.), *Comentarios a la LOREG y a La LOR*, La Ley, Madrid, 2014.

DURÁN ALBA, J. F., *Teoría general y régimen jurídico de las incompatibilidades parlamentarias en España*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2001.

GARCÍA, E., «Irreelegibilidad, inelegibilidad e incompatibilidad parlamentaria. Los arts. 23 y 70 de la Constitución y las razones políticas de la prohibición de ser reelegido», *Asamblea. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 14, junio 2006.

GARCÍA ROCA, J., *Cargos públicos representativos*, Aranzadi, Pamplona, 1998.

PÉREZ-MONEO AGAPITO, M., *La disolución de partidos políticos por actividades antidemocráticas*, Lex Nova, Valladolid, 2007.

SANTOLAYA, P., «La administración electoral», *Administraciones Públicas y Constitución*, INAP, 1998.

SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J. J., «Las inelegibilidades e incompatibilidades de los Diputados y Senadores y el control judicial de las elecciones al Congreso de los Diputados», en ALZAGA VILLAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tomo VI, Cortes Generales-Edersa, Madrid, 1998.

ARTÍCULO 70.2

EL CONTROL JUDICIAL DE LAS ELECCIONES

Sumario: I. El control de las elecciones, institución básica del Estado democrático. II. El control de la competición electoral: la proclamación de las candidaturas. 1. La celeridad del proceso electoral como principio determinante de la interpretación y aplicación de los trámites referidos a la proclamación de candidaturas. 2. Principales cuestiones planteadas con ocasión de la proclamación de las candidaturas. III. El control del resultado electoral: la proclamación de los candidatos electos. 1. La sinceridad del resultado electoral como principio determinante de la interpretación y aplicación de los trámites referidos a la proclamación de candidatos electos. 2. Principales cuestiones planteadas con ocasión de la proclamación de candidatos electos. A) Escrutinio de votos y cómputo de actas electorales. B) La nulidad de la elección.

JAVIER PARDO FALCÓN

PROFESOR TITULAR DE DERECHO CONSTITUCIONAL

I. EL CONTROL DE LAS ELECCIONES, INSTITUCIÓN BÁSICA DEL ESTADO DEMOCRÁTICO

Como la experiencia ha demostrado (recordemos las elecciones presidenciales en Estados Unidos del año 2000, resueltas en el Tribunal Supremo, o las del año 2016, en la que sorprendió la forma de ganarlas por Donald Trump), el control de las elecciones en los Estados democráticos no es en absoluto un tema menor. Aunque no suele ser lo normal, al menos cuando de las citas electorales más trascendentes (presidenciales, legislativas) se trata, de modo recurrente suelen producirse episodios de contestación de los resultados por alguna o algunas de las fuerzas políticas que han participado en las elecciones y que se muestran disconformes con el desarrollo de alguna de las fases del proceso electoral, incluido el momento mismo de la votación. Se trata de una de las situaciones más críticas, si no la que más, que puede vivir toda sociedad organizada políticamente de forma democrática, pues es justamente esa organización democrática la que se pone en cuestión. De he-

cho, los españoles tuvieron que vivir alguna delicada experiencia en este sentido. Así sucedió, en efecto, con ocasión de las elecciones generales de 1989, en las que se produjo la anulación judicial de los resultados electorales en tres circunscripciones con las consecuencias que una decisión de esta naturaleza conllevaba en la composición de las cámaras legislativas, aunque luego la intervención del Tribunal Constitucional (TC) recondujese la situación.

Sabido es que en los inicios del Estado constitucional el control de la **condición de miembros de las cámaras** representativas se atribuye a estas como una manifestación más de su autonomía parlamentaria. Pero, aunque probablemente siga siendo el modelo más extendido hoy día, desde que lo abandonara Gran Bretaña en 1868 (*Parliamentary Election Act*) el **control parlamentario** de los mandatos electorales experimenta al menos en Europa una progresiva regresión. También este tipo de control va a ser el predominante durante toda la historia constitucional española hasta 1978, con la única excepción de

una parte del período de vigencia de la Constitución de 1876. Así, la **Ley Electoral de 1907** hará recaer esta función en un órgano creado *ad hoc* en el seno del Tribunal Supremo, denominado *Tribunal de Actas Protestadas*, cuya concreta tarea se va a limitar, no obstante, a emitir dictámenes o propuestas de resolución al Congreso de los Diputados. Habrá que esperar, pues, tras el paréntesis de la II República (donde se retoma el control parlamentario) y por supuesto el fin del régimen franquista, al retorno de la democracia restaurada por la Constitución Española (CE) de 1978 para que se suscite de nuevo en nuestro país la cuestión del sistema a implantar respecto del control de la validez de los mandatos parlamentarios.

En el art. 70.2 CE se contiene la regulación constitucional —ciertamente parca— del control de las actas electorales, referida exclusivamente a los diputados del Congreso y a los senadores. Tanto el precepto constitucional como sobre todo la Ley electoral a la que el mismo se remite —y que será finalmente la **Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General (LOREG)**— son en cierta manera deudores de otra norma: el Real Decreto-Ley 20/1977, de 18 de marzo, sobre normas electorales, aprobado para regir los primeros comicios democráticos después de la dictadura, en junio de 1977, pero bajo cuya vigencia todavía tendrían lugar las elecciones generales de 1979 y 1982. Las decisiones más relevantes de la LOREG (cuyo ámbito de aplicación respecto de los aspectos básicos del proceso electoral se extiende a todas cuantas elecciones se celebran en nuestro país: art. 1 y disp. adic. 1.^a) van a ser sustancialmente las mismas que había adoptado el citado Decreto-Ley. Ello incluye, por supuesto, las referidas al denominado *contencioso-electoral*, si bien es cierto que la conflictiva situación vivida en 1989 condujo al legislador a llevar a cabo una importante reforma de la LOREG (Ley Orgánica 8/1981, de 13 de marzo) para la cual se tomaron muy en consideración las recomendaciones formuladas por la Junta Electoral

Central y, sobre todo, la ya importante jurisprudencia del TC existente al respecto, que también ha inspirado otras modificaciones que ha sufrido la citada Ley.

De cualquier modo, el modelo de contencioso-electoral actualmente contemplado en la LOREG tampoco difiere, en sus líneas esenciales, del establecido originariamente en el Real Decreto-Ley 20/1977. Así, abstracción hecha de la rectificación del censo electoral, objeto también de un recurso jurisdiccional especial aunque no propiamente integrado en el *procedimiento electoral*, la LOREG limita el control jurisdiccional de los actos electorales mediante unos procedimientos contencioso-electorales específicos a dos únicos momentos: la **proclamación de candidaturas** y la **proclamación de candidatos electos**. En consecuencia, las controversias que se plantean en relación con las demás fases del procedimiento como, por ejemplo, la campaña electoral, habrán de dilucidarse en el proceso contencioso-administrativo ordinario. Así lo ha confirmado expresamente el TC tras la declaración de inconstitucionalidad del art. 21.2 LOREG, que impedía cualquier recurso judicial contra los acuerdos de las juntas electorales firmes fuera de los casos específicamente previstos (STC 149/2000, de 1 de junio), restricción esta que ya había dado lugar a la concesión de algunos amparos (SSTC 103/1996, de 11 de junio; 48/1997, de 11 de marzo). Naturalmente, ambos procedimientos contencioso-electorales no son intercambiables, de modo que en cada momento ha de utilizarse el procedimiento correspondiente (STC 170/1991, de 19 de julio). Por otra parte, al resultar inevitable en todo conflicto electoral donde se cuestiona el ejercicio del derecho de sufragio pasivo la implicación del derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad a los cargos públicos (art. 23.2 CE), el legislador optó por regular también en la propia LOREG sendos procedimientos de amparo ante el TC al objeto de recurrir en esta vía las decisiones judiciales que pudieran producirse tras la conclusión de cada una de esas dos fases, decisión esta que según algu-

nos sectores de la doctrina ha hecho funcionar al TC más como un **Tribunal de garantías electorales** que como un verdadero Juez constitucional (PULIDO QUECEDO, 1991, 1044; CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, 1997, 93). En las páginas que siguen vamos a efectuar un breve análisis de los aspectos más relevantes —procesales y sustantivos— que desde la perspectiva constitucional se han planteado en torno al contencioso-electoral como consecuencia del más de medio centenar de convocatorias electorales celebradas a todos los niveles en nuestro país cuatro décadas después de la entrada en vigor de la CE, basándonos esencialmente para ello en la doctrina constitucional dictada sobre la materia, pues resulta evidente que del correcto funcionamiento de las normas relativas al procedimiento electoral depende el carácter libre y justo de las elecciones y la propia legitimidad del sistema democrático (SANTOLAYA MACHETTI, 2013, 13).

II. EL CONTROL DE LA COMPETICIÓN ELECTORAL: LA PROCLAMACIÓN DE LAS CANDIDATURAS

La proclamación de las candidaturas marca el comienzo de la competición electoral, pues es en ese momento cuando quedan determinados los sujetos que van a disputarse los puestos que integran el órgano representativo constituido en objeto de elección. A tal efecto, la mayoría de las legislaciones electorales, incluida por supuesto la LOREG (arts. 44 a 48), establecen un trámite previo de proclamación de las correspondientes candidaturas por parte de la Administración electoral, cuyos acuerdos pueden ser recurridos ante la **jurisdicción contencioso-administrativa** y también ante el propio TC mediante sendos procedimientos *ad hoc* regulados en el art. 49 LOREG. Precisamente, la doctrina dictada durante más de dos décadas por el Juez constitucional a propósito de estos procesos contencioso-electorales se ha convertido en instrumento indispensable a la hora de apreciar las peculiaridades procesales que caracteri-

zan a unos procedimientos de esta naturaleza, así como también, ya desde una perspectiva de Derecho sustantivo, para determinar las principales cuestiones que con mayor frecuencia se suscitan en relación con la confección de las candidaturas.

1. La celeridad del proceso electoral como principio determinante de la interpretación y aplicación de los trámites referidos a la proclamación de candidaturas

Por su propia naturaleza y finalidad, que no es otra que la renovación de la composición de las instituciones representativas del Estado democrático, los procesos electorales deben sustanciarse en unos períodos de tiempo relativamente cortos a través de un procedimiento integrado por una serie de trámites de naturaleza preclusiva. Mediante esta especial celeridad que caracteriza a los procedimientos electorales se pretende evitar la prolongación más allá de lo imprescindible de la situación de interinidad de quienes todavía ocupan dichas instituciones una vez concluido su mandato, de ahí que, en el caso concreto de la LOREG, los **plazos** en ella previstos sean **improrrogables** y referidos siempre a días naturales (art. 119). Esta rapidez en la tramitación adquiere, si cabe, una mayor relevancia en aquellas fases, como la presentación y proclamación de candidaturas, que se sustancian a medio camino de un procedimiento que —no lo olvidemos— alcanza toda su razón de ser el esencial e inaplazable día señalado para la votación.

La anterior circunstancia influye claramente en la concreta regulación que hace la LOREG de esta fase de proclamación de candidaturas y tampoco ha podido dejar de ser tenida en cuenta en la interpretación de los órganos judiciales y, sobre todo, del TC relativa a los trámites que sirven para sustanciarla, incluido como veremos el recurso judicial contra los acuerdos de proclamación de candidaturas y el propio recurso de amparo. Y ello a pesar de

que la LOREG ha evitado el uso de la denominación *contencioso-electoral* en relación con ese recurso judicial, cuestión esta que, aunque no haya sido finalmente así, podría haber trascendido el mero ámbito terminológico, ya que aquella solo predica la urgencia y preferencia absoluta en su sustanciación y fallo respecto de los *recursos contencioso-electorales*, además de circunscribir la aplicación supletoria de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa a la materia «contencioso-electoral» (art. 116).

En este sentido, el art. 49 LOREG dispone que, efectuada la **proclamación definitiva de las candidaturas** por la Administración electoral, cualquier candidato excluido y los representantes de las candidaturas proclamadas o cuya proclamación hubiera sido denegada pueden interponer ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo el ya mencionado recurso contra los acuerdos de proclamación de las juntas electorales en un plazo de dos días a partir de su publicación, debiendo dictarse la correspondiente resolución judicial, también en el plazo de dos días desde la interposición del recurso. No obstante, hasta la entrada en vigor de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la interposición de estos recursos contenciosos se efectuaba ante las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia (disp. trans. 5.^a de la LOREG). La escasa regulación que de este concreto trámite hace la LOREG, en comparación con el Real Decreto-Ley 20/1977, llevó pronto al TC a precisar algunos extremos de su desarrollo, teniendo muy presentes las garantías procesales derivadas del art. 24.1 CE en conjunción con el derecho de acceso a los cargos públicos del art. 23.2, y destacando en este sentido la necesidad de emplazamiento personal a todos los interesados cuando se impugna la proclamación de una candidatura por el representante de otra (STC 85/1987, de 29 de mayo).

Igualmente, el **recurso de amparo** previsto en la LOREG (art. 49.3) contra las resolucio-

nes judiciales relativas a la proclamación de candidaturas se caracteriza sobre todo por su singular brevedad. Dicho recurso, que el propio TC comenzó a denominar tras la entrada en vigor de la LOREG *recurso de amparo electoral* (STC 69/1986, de 28 de mayo), debe interponerse en el plazo de dos días desde la notificación de la resolución judicial y ser resuelto por el TC en los tres días siguientes. En uso de la potestad de autoorganización que le reconoce el art. 2.2 de su Ley Orgánica (LOTC), el TC aprobó el Acuerdo de 23 de mayo de 1986 (BOE núm. 124, de 24 de mayo) en desarrollo del citado precepto legal, siendo este Acuerdo posteriormente derogado por otro, de 20 de enero de 2000 (BOE núm. 21, de 25 de enero), actualmente en vigor. Este último Acuerdo precisa el plazo de que dispone el TC para dictar sentencia, el cual comienza a contar desde que se deducen las alegaciones que se contemplan en el procedimiento o transcurran los plazos correspondientes.

La **legitimación** para instar el recurso de amparo electoral relativo a la proclamación de las candidaturas corresponde, en aplicación de lo dispuesto con carácter general en la LOTC, a quienes fueron parte en el proceso judicial previo ante la jurisdicción contencioso-administrativa (esto es, los candidatos excluidos y los representantes de las candidaturas excluidas y admitidas), así como también al Defensor del Pueblo y al Ministerio Fiscal. En consecuencia, no están legitimados los partidos políticos como tales (STC 61/1987, de 20 de mayo, FJ 2). Por otra parte, el TC dejó claro desde un principio que la rapidez de su tramitación procesal no altera la naturaleza de un recurso como el de amparo, que «no es disponible para el legislador» (STC 71/1986, de 31 de mayo, FJ 2). Ahora bien, como asimismo ha puntualizado, dicha circunstancia, unida al propio objeto del procedimiento, obliga a interpretar y aplicar sus diferentes trámites de forma aún más flexible si cabe que en el caso del amparo ordinario, «siempre que se respeten los principios básicos del procedimiento electoral» (STC

106/1991, de 13 de mayo, FJ 2). Además, y en justa correspondencia con la urgencia consustancial a la tramitación de todo proceso electoral, el TC ha insistido también en que la aplicación con la que deben actuar las partes a lo largo de cualquier procedimiento jurídico resulta de mayor exigencia aun cuando del proceso electoral se trata, que requiere de todos sus partícipes el despliegue de una «**extremada diligencia**», cuya ausencia puede determinar la imposibilidad de apreciar la vulneración de los derechos garantizados por el art. 23 CE (SSTC 67/1987, de mayo; 93/1999, de 27 de mayo, entre otras muchas).

De otra parte, la **Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos**, introdujo una modificación en la LOREG (arts. 44.4 y 49.5) por la que se extendía la aplicación de los anteriores recursos contencioso-electorales a los supuestos de proclamación o exclusión de candidaturas presentadas por las agrupaciones que, de hecho, vinieran a continuar o sucedieran la actividad de un partido político declarado judicialmente ilegal y disuelto o suspendido por su colaboración con organizaciones terroristas. Además se ampliaba la legitimación respecto de su interposición a los órganos legitimados por el art. 11.1 de dicha Ley Orgánica para solicitar la declaración de ilegalidad de un partido político (el Gobierno y el Ministerio Fiscal, así como también, por medio del primero, el Congreso de los Diputados y el Senado). A raíz de dicha reforma se han sucedido ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa (en este caso la Sala Especial del Tribunal Supremo prevista en el art. 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) y ante la jurisdicción constitucional en las citas electorales posteriores diversos recursos relacionados con estos supuestos, siempre muy complicados por su propio objeto y en determinadas ocasiones interpuestos además en un número considerable, caso de las elecciones locales (SSTC 61 y 62/2011, de 5 de mayo, entre otras muchas) pero también en las autonómicas (STC 43/2009, de 12 de febrero) o europeas (STC 126/2009, de 21 de mayo). El TC

ha considerado compatible la singular tramitación de estos procedimientos con las garantías consustanciales al proceso electoral, insistiendo de manera especial en que su propia intervención a través del recurso de amparo «aporta un nuevo cauce para una garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales», incluidos la tutela judicial efectiva y el proceso debido (STC 99/2004, de 27 de mayo, FJ 5; también STC 85/2003, de 8 de mayo, entre otras). De este modo, el propio TC vendría a dar la razón, al menos por lo que a este tipo de amparos interpuestos por agrupaciones electorales se refiere, a quienes le consideran una segunda instancia electoral, eso sí, en el marco de un procedimiento jurisdiccional con algunas garantías ciertamente limitadas (PRESNO LINERA, 2003-2004). También algún voto particular ha hecho una llamada al legislador para que concilie adecuadamente las exigencias del proceso electoral, en cuanto que institución básica de la democracia, con los derechos fundamentales de los ciudadanos susceptibles de afectación por el mismo, señaladamente, el derecho a la participación política y a la tutela judicial efectiva sin indefensión (CASAS BAHAMONDE).

La especial celeridad del proceso electoral encuentra su justa correspondencia en otro principio general, el de la **subsanabilidad de las irregularidades y errores** producidos durante la presentación de las candidaturas. El mismo no es sino la lógica consecuencia del principio de *interpretación de la legalidad más favorable al ejercicio de los derechos fundamentales*, que el TC utilizó como criterio hermenéutico general prácticamente desde su puesta en funcionamiento, para paulatinamente ir restringiendo su ámbito de aplicación hasta ceñirlo casi de manera exclusiva al proceso electoral, y aun así con matices (SSTC 76/1987, de 25 de mayo; 87/1999, de 25 de mayo). Dicho criterio le ha servido, por ejemplo, para admitir la presentación de candidaturas en un idioma español no oficial, como el bable (STC 48/2000, de 24 de febrero), rectificando la doctrina que había mantenido con anterioridad (STC 27/1996, de 15 de febrero).

El principio general de subsanabilidad de las irregularidades y errores en las candidaturas se dirige de manera muy particular a la Administración electoral, que ha de actuar de la manera más eficaz posible para asegurar el ejercicio efectivo del derecho de participación política que garantiza el art. 23 CE (SSTC 84 y 86/2003, de 8 de mayo). Tal mandato conlleva un deber de colaboración por parte de aquella con todos los agentes del proceso electoral, incluido un examen de oficio que permita advertir para su posible reparación los defectos que fuesen apreciables en la presentación de las candidaturas (SSTC 59/1987, de 19 de mayo; 86/2015, de 7 de mayo). En cualquier caso, como ha precisado también el TC, este principio general de subsanabilidad ha de ser entendido «sin perjuicio del necesario respeto a la legislación electoral y de la diligencia que los partícipes activos en las elecciones han de tener en su actuación para posibilitar un ordenado y fluido proceso electoral» (STC 76/1987, de 25 de mayo, FJ 2). Así, por ejemplo, uno de los supuestos más evidentes del juego de tales límites lo constituiría la presentación de la candidatura fuera de plazo, que no se trata propiamente de una *irregularidad*, sino de la inexistencia de la candidatura misma (STC 72/1987, de 23 de mayo, FJ único). Ha sido con ocasión de las elecciones municipales de 2007, primeras celebradas tras la aprobación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, cuando mejor se ha apreciado la trascendencia práctica de dicho principio, que ha servido al TC para estimar cuantos amparos fueron interpuestos contra la denegación por parte de las juntas electorales de la proclamación de las candidaturas que incumplían el principio de composición equilibrada entre ambos sexos en los términos establecidos en el art. 44 bis LOREG añadido por la citada Ley Orgánica, ordenando a aquellas la apertura de un trámite de subsanación a tales efectos (SSTC 96/2007, de 8 de mayo, y 113/2007, de 10 de mayo, entre otras muchas).

Finalmente debe destacarse que, a pesar de las reservas expresadas por algún autor respecto de la intervención del TC en este trámi-

te de la proclamación de candidaturas, dada la posibilidad de que no pudiera sujetarse en la práctica a los estrictos plazos previstos en la LOREG (BASTIDA FRELIEDO, 1986, 35), tal pronóstico no se ha cumplido. Por el contrario, hasta ahora el Juez constitucional ha conseguido sujetarse casi sin excepción a los estrictos plazos del procedimiento, y ello incluso en los supuestos de mayor complejidad como los relacionados con la impugnación de candidaturas por la presunta vinculación de algunos de sus integrantes con bandas terroristas. Por otra parte, la última reforma de la LOTC en materia de amparo (Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo), que simplifica el trámite de admisión de los recursos, debe facilitarle aún más el cumplimiento de este objetivo. Con todo, ha habido también autores bastante críticos con la concepción expansiva que de su propia competencia ha tenido el TC en los recursos de amparos electorales en general y en el dirigido contra la proclamación de electos en particular, llegando alguno a plantear incluso la supresión de los mismos.

2. Principales cuestiones planteadas con ocasión de la proclamación de las candidaturas

La estrecha relación ya comentada que existe entre cualquier proceso electoral y el derecho fundamental al acceso a los cargos públicos garantizado en el art. 23.2 CE tiene su primera gran manifestación en la fase de proclamación de candidaturas. En este sentido, el TC ha afirmado con carácter general que los titulares de dicho derecho fundamental son los ciudadanos y no los partidos políticos (SSTC 5/1983, de 4 de febrero; 61/1987, de 20 de mayo, entre otras). También ha interpretado restrictivamente, cada vez que la cuestión se le ha planteado, las causas de inelegibilidad previstas en el ordenamiento (por ejemplo, SSTC 80/1987, de 27 de mayo; 144/1999, de 22 de julio). En cualquier caso, la mayor parte de las cuestiones que suelen plantearse en dicha fase tiene que ver, como es lógico, con la confección de las propias candidaturas.

Así, uno de los asuntos que adquirió mayor protagonismo en las elecciones municipales y autonómicas celebradas en los años 1991 y 1995, como consecuencia de la concurrencia de diversas listas de orientación ecologista, fue el relativo a la **denominación de las candidaturas**, tema regulado en el art. 46.4 LOREG, el cual establece que dicha denominación debe efectuarse a través de «siglas o símbolos que no induzcan a confusión con los pertenecientes o usados tradicionalmente por otros partido legalmente constituidos». Según el TC, este precepto no pretende asegurar hipotéticas *representaciones auténticas*, ya que una de las consecuencias del pluralismo político es la posibilidad de que una misma corriente ideológica tenga diversas expresiones partidarias con denominaciones que puedan parcialmente coincidir «siempre, claro es, que no lleven a la confusión, especialmente de los electores» (SSTC 106/1991, de 13 de mayo, FJ 3; 71/1995, de 11 de mayo, FJ 3, entre otras). De otra parte, la posición de preferencia de los partidos políticos y, por extensión, de las federaciones de partidos respecto de las demás formas asociativas habilitadas para presentar candidaturas según el art. 44.1 LOREG (federaciones, coaliciones y agrupaciones de electores) ha sido plenamente respaldada por el TC (SSTC 105 y 107/1991, de 13 de mayo), con la precisión de que, lógicamente, la concreta denominación de las candidaturas presentadas por tales partidos y federaciones se corresponda con la que aparece inscrita en el Registro de Partidos Políticos (STC 69/1986, de 28 de mayo; véase también a este respecto la STC 60/2011, de 5 de mayo).

De otro lado, respecto de la confección de las candidaturas se han suscitado algunas cuestiones relacionadas sobre todo con su **modificación** una vez presentadas, ya que la LOREG solo admite tal posibilidad dentro del plazo habilitado al efecto y limitada en exclusiva a los supuestos de fallecimiento o renuncia del titular, o cuando sea consecuencia del propio trámite de subsanación (art. 48.1). En este sentido, el TC ha afirmado, sobre la base del principio de interpretación más favorable

a la efectividad del art. 23.2 CE, que en la fase de presentación y proclamación de candidaturas, «quien haya sido efectivamente presentado como candidato sea proclamado por la Junta Electoral competente cuando reúna los requisitos por la Ley señalados y luego de que, en su caso, se haya procedido a la subsanación de las irregularidades denunciadas por terceros o apreciadas de oficio por la misma Junta» (SSTC 78/1987, de 26 de mayo, FJ 3; 162 y 163/2011, de 2 de noviembre; 164/2011, de 3 de noviembre). En consecuencia, ha descartado de plano que en el trámite de subsanación de irregularidades pueda producirse la mera sustitución de un candidato por otro, al considerar tal supuesto «una distorsión inadmisibles» del concepto de error material que constituye la razón de ser del referido trámite (STC 104/1991, de 13 de mayo, FJ 4).

A las anteriores cuestiones se han unido en los últimos tiempos otras de naturaleza mucho más específica y que guardan estrecha relación con dos de las últimas reformas, ya mencionadas: por un lado, la llevada a cabo por la Ley Orgánica 6/2002, de Partidos políticos; y, por otro, la operada por la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Así, en relación con la prohibición establecida por el art. 44.4 LOREG, tras su modificación por la Ley Orgánica 6/2002 (declarada constitucional por la STC 48/2003, de 12 de marzo), el TC tuvo la oportunidad de abundar en diversas consideraciones sobre el tema de la proclamación de las candidaturas presentadas por **agrupaciones de electores** a raíz de un recurso de amparo interpuesto por más de trescientas de estas agrupaciones en el País Vasco cuyas candidaturas para las elecciones municipales del año 2003 habían sido rechazadas por la Administración Electoral y el Tribunal Supremo en virtud de lo previsto en el citado precepto. De partida, el TC va a afirmar que partidos políticos y agrupaciones de electores no son realidades «ni siquiera equiparables», ya que, si bien ambos son instrumentos de participación política, «el pri-

mero lo es de la participación política de ciudadanos que les son ajenos, en tanto que estas lo son de los individuos que las constituyen, es decir, de los ciudadanos que se agrupan para ejercer su propio derecho de sufragio pasivo». Para evitar los reparos de inconstitucionalidad que podrían oponerse al art. 44.4 LOREG como consecuencia de las restricciones que introduce en el ejercicio del derecho de participación política, el TC efectúa una interpretación conforme del precepto, «considerado en el conjunto del sistema normativo en el que se integra». Así, destaca que la norma «no atiende a cualesquiera agrupaciones electorales, sino específicamente a las que sirven de instrumento para la evasión fraudulenta de las consecuencias de la disolución de un partido político», pues el precepto exige que se tengan en cuenta varias similitudes sustanciales entre el partido disuelto y la agrupación de electores (estructuras, personas, medios de financiación o materiales, apoyo a la violencia o al terrorismo). Por tanto, conforme al razonamiento de nuestro Juez constitucional, «en la medida en que una agrupación electoral se articule con otras agrupaciones al servicio de un **fin defraudatorio**, su equivalencia funcional con el partido disuelto debe imponerse a toda otra consideración, también a la del ejercicio de un derecho que, así instrumentalizado, se pervierte en tanto que derecho» (STC 85/2003, de 8 de mayo, FF. JJ. 25 y 26).

Sobre la base de esta doctrina, el TC ha debido resolver en todas las convocatorias electorales habidas con posterioridad numerosos recursos de análoga naturaleza, la inmensa mayoría de las veces, aunque no siempre (STC 176/2003, de 10 de octubre), en sentido desestimatorio. Es importante reseñar, no obstante, el, no por obvio, oportuno *discurso* introducido al respecto por la STC 99/2004, de 27 de mayo, que constituye toda una declaración de principios sobre la esencia misma del Estado democrático y de Derecho (FJ 19):

«(...) si bien a ningún ciudadano se le puede exigir, por principio, manifestar

adhesiones o repulsas que han de nacer solo, si lo hacen, de su libertad de expresión, es perfectamente aceptable en una sociedad democrática que, tan pronto se cierna sobre una agrupación electoral la sospecha fundada de connivencia con el terror o con formaciones que han sido proscritas en razón de esa connivencia, pueda esperarse de ella, si efectivamente no acepta más instrumentos que los del voto y el debate libre, una declaración inequívoca de distanciamiento, rechazo y condena de cuanto representan una organización criminal y sus instrumentos políticos; y ello por respeto, en primer lugar, a aquellos cuyo voto se busca para integrar, en su nombre, la voluntad del poder público. Con ello habría de bastar para deshacer la eficacia probatoria de indicios que, contra manifestación tan inconcusa, difícilmente podrían acreditar una realidad que así se desvirtúa.»

De otra parte, y ya para concluir con la fase relativa a la proclamación de candidaturas, debe destacarse que el TC rechazó pronunciarse con motivo de un recurso de amparo electoral formulado en este trámite sobre la constitucionalidad del art. 44 bis LOREG, que concreta el principio de **composición equilibrada por sexos** en las listas electorales tras su añadido por la Ley Orgánica 3/2007, dado el restringido objeto de este tipo de recurso de amparo (STC 127/2007, de 22 de mayo). En cualquier caso, poco tiempo después avalaría la constitucionalidad del mencionado precepto, al resolver el recurso y una cuestión de inconstitucionalidad interpuestos contra el mismo. Así, el TC entiende, partiendo de que la libertad de presentación de candidaturas por los partidos «no es, ni puede ser, absoluta» (FJ 5), que con una medida de esta naturaleza se persigue de manera legítima la efectividad del principio de igualdad material entre ambos sexos en el ámbito de la representación política que se infiere del mandato contenido en el art. 9.2 CE (STC 12/2008, de 29 de enero).

III. EL CONTROL DEL RESULTADO ELECTORAL: LA PROCLAMACIÓN DE LOS CANDIDATOS ELECTOS

La proclamación de los candidatos electos debería resultar el último y definitivo trámite de todo proceso electoral. Sin embargo, casi nunca es así porque, al menos en aquellas elecciones donde la adjudicación de cargos se efectúa a través de diversas circunscripciones —existiendo por tanto varias elecciones en sentido técnico—, suelen impugnarse los resultados en algunas de ellas. Esta eventualidad se encuentra también, por imperativo del art. 70.2 CE, prevista en la LOREG (arts. 109 a 117), la cual, y a diferencia de lo que ocurre con la impugnación de las candidaturas, sí ha conferido de manera expresa a esta postrera fase del proceso electoral la denominación de *contencioso-electoral*.

El art. 109 LOREG circunscribe el **objeto del recurso contencioso-electoral** a «los acuerdos de las Juntas Electorales sobre proclamación de electos», así como a «la elección y proclamación de los Presidentes de las Corporaciones Locales». La proclamación de electos a la que alude dicho artículo no es solo la relativa a las elecciones reguladas por la propia LOREG (generales, locales y europeas), sino también a las autonómicas (disp. adic. 1.^ª2). No obstante, el TC ha afirmado de manera taxativa que «solo los motivos impugnatorios que tengan que ver con la regularidad del «procedimiento electoral» y con las competencias atribuidas a las Juntas Electorales para controlarlas, son los que pueden tener cabida en el proceso contencioso-electoral». De modo que, aun reconociendo en términos contundentes la existencia de una laguna en la LOREG, ha descartado por ejemplo que la denuncia de irregularidades producidas como consecuencia de la rectificación del censo electoral pueda tener cabida en este procedimiento (SSTC 148 y 149/1999, de 4 de agosto, FJ 6). Por otra parte, y a pesar del silencio del citado artículo, este recurso contencioso-electoral también puede interponer-

se contra los acuerdos de proclamación de los diputados provinciales, según ha confirmado igualmente el TC tras efectuar una interpretación sistemática del mismo de acuerdo con la Exposición de Motivos de la LOREG y uno de sus principales antecedentes legislativos: la Ley 39/1978, de 17 de julio, de Corporaciones Locales (STC 24/1989, de 2 de febrero, FJ 5). Ahora bien, ni estas son elecciones directas, sino de segundo grado, ni, como ha puntualizado el Juez constitucional, con la proclamación de los presidentes de las corporaciones locales se debate «en puridad, una cuestión relativa a un proceso electoral en curso ni al resultado del mismo tras la expresión de la voluntad popular en las urnas» (STC 1/1993, de 13 de enero, FJ 1). En consecuencia, y dadas las lógicas limitaciones de espacio, ceñiremos nuestro análisis en las páginas que siguen a las principales cuestiones procesales y materiales que se han planteado en relación con los contencioso-electorales que eventualmente han puesto fin a aquellos procesos electorales en los que ha participado de manera directa el cuerpo electoral durante estas cuatro décadas de vigencia del actual texto constitucional.

1. La *sinceridad* del resultado electoral como principio determinante de la interpretación y aplicación de los trámites referidos a la proclamación de candidatos electos

Aunque el contencioso-electoral referido a la proclamación de candidatos electos no tiene ya lugar en pleno proceso electoral, como el relativo a la proclamación de candidaturas, sino al final del mismo, en todos sus trámites rigen igualmente los principios de especial urgencia y celeridad, si bien, como se ha visto obligado a recordar el TC, tal circunstancia en modo alguno puede justificar omisiones de defensa contrarias al art. 24.1 CE (STC 24/1990, de 15 de febrero, FJ 5). En análogo sentido, la supletoriedad de las leyes de la jurisdicción contencioso-administrativa o de procedimiento administrativo (arts. 116.2 y

120 LOREG) tampoco conlleva la aplicación automática al proceso electoral de los principios que informan ambas normas, como ocurre por ejemplo, en el caso de la primera, con el llamado *principio dispositivo*, cuya virtualidad el TC ha supeditado también al respeto de los derechos y garantías de los arts. 23 y 24 CE (STC 24/1990, de 15 de febrero, FJ 2); o, en el caso de la segunda, con la apertura de un plazo *sine die* para la rectificación de los errores materiales, incompatible con la fiabilidad y celeridad que precisa la resolución de cualquier queja relativa a los resultados electorales «habida cuenta de la trascendencia que la misma tiene en la vida institucional toda del país» [STC 80/2002, de 8 de abril, FJ 3.b)]. De cualquier modo, como tendremos ocasión de comprobar más adelante, junto a estos principios en mayor o menor medida comunes a ambas fases del contencioso-electoral, a la que tiene por objeto la proclamación de electos se le suma otro de particular relevancia que podríamos denominar de *sinceridad del resultado electoral*, siguiendo a la doctrina francesa en su análisis de la actuación del *Conseil Constitutionnel* en este mismo terreno (FAVOREU y PHILIP, 1989, 23). Precisamente son estos principios singulares que informan tanto la sustanciación de los procedimientos contencioso-electorales como la manera de ponderar los derechos e intereses materiales subyacentes al mismo los que evidencian que, más allá de su tradicional concepción como una manifestación específica del proceso contencioso-administrativo ordinario, el proceso contencioso-electoral posee unos rasgos propios y absolutamente diferenciados que permiten considerarlo un verdadero *proceso ordinario en materia de elecciones* (ENTRENA CUESTA, 1997).

Según la vigente regulación de la LOREG (art. 112), el **recurso contencioso-electoral** debe ser interpuesto ante la junta electoral que ha efectuado el escrutinio electoral en un plazo muy breve: dentro de los tres días siguientes a la proclamación de electos. El respeto al cumplimiento de este plazo ha de ser escrupuloso por la propia naturaleza del pro-

ceso electoral, cuyo resultado final no puede ser puesto en cuestión de manera indefinida, aunque agotado el mismo se constate la existencia de irregularidades o errores con trascendencia en la proclamación, salvo «circunstancias realmente extraordinarias» (STC 80/2002, de 8 de abril, FJ 7). Inicialmente la resolución del recurso correspondía en todas las elecciones con la excepción de las del Parlamento Europeo a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia. Sin embargo, la disparidad de criterios entre ellas y la conflictividad de las elecciones generales de 1989 provocaron que tras la reforma de la LOREG en 1991 la **competencia** para tales elecciones quedara atribuida, al igual que las europeas, a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, mientras que los Tribunales Superiores de Justicia mantenían su competencia sobre las elecciones autonómicas y locales. Los **legitimados** para interponer el recurso son los candidatos proclamados o no proclamados, los representantes de las candidaturas concurrentes en la circunscripción, así como los partidos políticos, asociaciones (terminología impropia tomada del Real Decreto-Ley 20/1977), federaciones y coaliciones que hayan presentado candidaturas en la circunscripción (art. 110 LOREG). En el procedimiento también participan los interesados que se hubieren personado en el proceso y el Ministerio Fiscal (art. 112.4), habiendo advertido además el TC de la necesidad de emplear necesariamente a aquellos cuya proclamación como electos pudiera resultar afectada a pesar de no ser cuestionada inicialmente en el recurso (SSTC 24/1990, de 15 de febrero, FJ 4; 26/1990, de 19 de febrero, FJ 11). Finalmente, el procedimiento puede incluir una **fase probatoria** no superior a cinco días (art. 112.5), tras la cual la Sala juzgadora debe dictar sentencia en el plazo de cuatro días (art. 113.1).

La **sentencia** que pone fin a la vía judicial puede contener alguno de los siguientes pronunciamientos que se especifican en el art. 113.2 LOREG, y que, para una mejor com-

prensión de la específica problemática que rodea a nuestro contencioso-electoral, se reproducen de modo textual:

- «a) Inadmisibilidad del recurso.
- b) Validez de la elección y de la proclamación de electos, con expresión, en su caso, de la lista más votada.
- c) Nulidad del acuerdo de proclamación de uno o varios electos y proclamación como tal de aquel o aquellos a quienes corresponda.
- d) Nulidad de la elección celebrada *en aquella o aquellas Mesas que resulten afectadas por irregularidades invalidantes* y necesidad de efectuar nueva convocatoria *en las mismas, que podrá limitarse al acto de la votación*, o proceder a una nueva elección cuando se trate del Presidente de una Corporación Local, en todo caso en el plazo de tres meses *a partir de la sentencia*. No obstante, la invalidez de la votación *en una o varias Mesas o en una o varias Secciones* no comportará *nueva convocatoria electoral en las mismas cuando su resultado no altere la atribución de escaños en la circunscripción.*»

Como puede observarse, en particular tras la lectura de los aps. c) y d), que son los que mayores problemas suscitan en cuanto que referidos a la nulidad del acuerdo de proclamación de electos o incluso de la propia elección, la competencia de los órganos judiciales a la hora de resolver estos recursos contencioso-electorales es de **plena jurisdicción** y no de mera anulación. Por tanto, aquellos pueden modificar la proclamación de electos acordada por las juntas electorales, como expresamente les reconoce el ap. c) del precepto, e incluso modificar los resultados de la elección sin las limitaciones de las juntas (art. 106.1 LOREG) aunque tengan también incidencia en dicha proclamación, todo ello «en

garantía de la pureza del sufragio» (STC 26/1990, de 19 de febrero, FJ 6).

Por su parte, los pasajes en cursiva del ap. d) fueron introducidos como consecuencia de la reforma de la LOREG en 1991, la cual siguió muy de cerca la doctrina sentada por el TC a raíz del recurso de amparo interpuesto tras la anulación judicial del acuerdo de proclamación de electos en la circunscripción electoral de Murcia con ocasión de las elecciones generales de 1989 (STC 24/1990, de 15 de febrero). En efecto, tras destacar la manifiesta desproporcionalidad que suponía la repetición de las elecciones en toda la circunscripción como consecuencia de las irregularidades invalidantes constatadas en unas determinadas mesas (en concreto, 2 de 1.087), el TC efectúa una interpretación «finalista e integradora» de los aps. 2 y 3 (luego refundidos) del art. 113 LOREG (FJ 6) que sería posteriormente incorporada por el legislador —en los términos resaltados— al texto del art. 113.2 actual. Pero en su redacción de entonces, el esfuerzo hermenéutico del TC superó la propia literalidad del precepto, y así lo puso de manifiesto el voto particular formulado por uno de los magistrados (Rubio Llorente). La actuación del Juez constitucional fue objeto también de controversia entre diversos sectores doctrinales, desde alguno de los cuales se llegó a sugerir, sin soslayar el tenor del art. 70.2 CE, la conveniencia de residenciar directamente el contencioso-electoral en el TC para evitar la repetición de episodios semejantes (BIGLINO CAMPOS, 1990, 296). Sin embargo, la decisión adoptada por nuestro Juez constitucional también podría valorarse desde la perspectiva de la resistencia del Derecho electoral a soportar regulaciones desafortunadas en aspectos esenciales —como el de la nulidad de las elecciones— que no se ajustan ni a su naturaleza ni a los principios jurídicos fundamentales que lo rigen (PARDO FALCÓN, 1999, 2, 166). Debe reseñarse también que, contra la sentencia que resuelve el recurso contencioso-electoral, «no procede recurso alguno, ordinario o extraordinario salvo el de **aclaración**» (art. 114.2 LOREG) con sus estrictas

limitaciones, de modo que la rectificación de los criterios de valoración de las papeletas electorales cuya validez ha sido declarada por sentencia vulnera el principio de intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes (STC 123/2011, de 14 de julio).

El **recurso de amparo** ante el TC (al que hace expresa referencia el citado art. 114.2) contra las sentencias que ponen fin al contencioso-electoral relativo a la proclamación de candidatos electos no estaba específicamente recogido en la redacción original de la LOREG, siendo también consecuencia de la citada reforma de 1991. De cualquier forma, y como su propia actuación en 1989 pone de manifiesto, la intervención del Juez constitucional en esta fase del proceso electoral ya se venía produciendo con anterioridad a propósito de los recursos de amparo *ex LOTC* interpuestos contra tales sentencias, siendo de hecho tales recursos de amparo tramitados de manera urgente. No obstante, tras la reforma de la LOREG este otro recurso de amparo *electoral* (como empezó a llamarlo también el TC desde la STC 156/1991, de 15 de julio) será objeto de un procedimiento específico (art. 114.2), conforme al cual el amparo debe solicitarse en el plazo de tres días y el TC resolverlo en los quince siguientes. Este procedimiento fue desarrollado por un Acuerdo del propio órgano, de 24 de abril de 1991, también derogado por el ya mencionado Acuerdo, de 20 de enero de 2000. No obstante, y al igual que el relativo a la proclamación de candidaturas, el recurso de amparo contra la proclamación de electos no tiene en realidad más singularidades que las derivadas de sus específicos plazos y su peculiar objeto, de modo que, al menos en teoría, a través del mismo al TC solo le compete fiscalizar las vulneraciones de derechos fundamentales (STC 135/2004, de 5 de agosto). Así, de acuerdo con lo establecido en los arts. 162.1.b) CE y 46.1.b) LOTC, la **legitimación** para interponerlo está reservada a quienes habiendo o debiendo haber sido partes el proceso contencioso-electoral anterior invoquen un interés legítimo relacionado con la concreta vulnera-

ción de derechos fundamentales denunciada, el cual versará —como es lógico— en la gran mayoría de los casos sobre el derecho de participación política garantizado por el art. 23 CE. Estos requisitos de legitimación resultan de particular trascendencia en el caso de los partidos políticos, que no son titulares en cuanto que tales de dicho derecho, pero a quienes el TC les reconoce «un interés legítimo suficiente a que se respeten las adecuadas condiciones para el ejercicio del derecho de sufragio, atendida su condición de instrumento fundamental para la participación política que le atribuye el art. 6 de la Constitución» (STC 25/1990, de 19 de febrero, FJ 3).

Por lo demás, el resto de la tramitación de este recurso de amparo electoral no presenta singularidades especialmente destacables. Debe reseñarse, no obstante, que es posible instar y proceder a la **suspensión** de las resoluciones judiciales impugnadas, como de hecho ocurrió con las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Murcia, Andalucía y Galicia, en cuanto que ordenaban una nueva convocatoria electoral en las circunscripciones de Murcia, Melilla y Pontevedra, respectivamente (AATC 32 y 34/1990; 33/1990 y 35/1990, todos ellos de 25 de enero). Asimismo, ha de destacarse el papel relativamente activo que respecto a la valoración de la documentación electoral y demás material probatorio se ha arrogado el TC en este tipo de amparo, lo que le ha llevado a rectificar en algunas ocasiones incluso el cómputo de votos con consecuencias decisivas para la proclamación de electos efectuada por las juntas electorales o los órganos judiciales (SSTC 27/1990, de 22 de febrero; 157/1991, de 15 de julio).

2. Principales cuestiones planteadas con ocasión de la proclamación de candidatos electos

Diversas son las cuestiones materiales —esto es, referidas a la interpretación de las normas electorales de carácter sustantivo— planteadas en relación con la proclamación de candi-

datos electos a lo largo de las cuatro últimas décadas, siendo de hecho muy pocos los años en los que no han sido convocados los ciudadanos a alguna cita electoral en nuestro país. Al igual que en el caso de la proclamación de candidaturas, muchas de esas cuestiones afectan a temas que suelen plantearse de manera general y reiterada en cada contencioso-electoral. Por eso, la experiencia acumulada en los pasados años ochenta y, sobre todo, la jurisprudencia constitucional sobre la materia orientaron muy directamente la importante reforma de la LOREG operada por la Ley Orgánica 8/1991, quedando la mayoría de los asuntos polémicos razonablemente resueltos al menos en el plano normativo hasta el punto de llegarse a afirmar, tras el descenso de la litigiosidad electoral ante el TC los años siguientes, que la problemática constitucional relacionada con la proclamación de electos estaba ya prácticamente agotada (PARDO FALCÓN, 1997, 9). El desarrollo de los contencioso-electorales con este objeto habidos hasta hoy no parece haber desmentido la afirmación anterior, aunque, como no deja de ser lógico, cada supuesto concreto presente sus propios matices. Una parte relativamente significativa de estos procesos contencioso-electorales ha tenido que ver con el problema de la llamada **inelegibilidad sobrevenida**, y más en concreto con la que acaece tras la fase de proclamación de candidaturas y antes de la de proclamación de electos (SSTC 45/1983, de 25 de mayo, y 175/1991, de 16 de septiembre, entre otras). También, aunque ya de manera más puntual, se han planteado algunas cuestiones relacionadas con la aplicación del **sistema electoral**, como la exigencia legal de un porcentaje mínimo de sufragios para obtener representación en el órgano electivo (SSTC 75/1985, de 21 de julio; 265/1993, de 26 de julio), o el cómputo de decimales para resolver los empates entre cocientes a la hora de adjudicar escaños por el sistema D'Hondt (STC 115/1995, de 10 de julio). Pero, sin lugar a dudas, los dos grandes temas que centran la problemática del contencioso-electoral relativo a la proclamación de electos son, en primer lugar, por su recurrencia, el relativo al

escrutinio de votos y al cómputo de las actas electorales; y, en segundo lugar, por su trascendencia, el que atañe a la nulidad de la elección. De ambos nos ocupamos, aunque sea brevemente, a continuación.

A) *Escrutinio de votos y cómputo de actas electorales*

Buena parte de las controversias que se han suscitado en relación con el escrutinio de los votos tienen que ver con el tratamiento del tema en la propia LOREG, que regula con cierto detalle las causas de **nulidad de los sufragios**, distinguiendo incluso entre los distintos tipos de elección (art. 96), pero sin prever, como es lógico, toda la casuística susceptible de producirse en este terreno. Si bien el TC ha reconocido que la enumeración de los supuestos de nulidad que se contemplan en dicho artículo «no es, desde luego, *ad exemplum*, sino tasada», también ha afirmado de modo concluyente a partir una vez más de la exclusiva titularidad del derecho a la participación política por los ciudadanos, que «implícito o sobreentendido en todos ellos, y también en el resto del articulado aplicable, está el que en las papeletas de votos deben figurar, como es obvio, candidatos proclamados en la circunscripción y que cuando así no sea el sufragio —en realidad inexistente— queda viciado total y absolutamente» (STC 167/1991, de 19 de julio, FJ 4). Por otra parte, a la hora de valorar la nulidad de aquellas papeletas de voto en las que se haya producido algún tipo de alteración, el TC ha distinguido entre aquellas elecciones que se sustancian mediante el sistema de listas cerradas y bloqueadas —la regla general en nuestro país—, en las que para emitir su sufragio el elector no ha de efectuar manipulación alguna en la correspondiente papeleta, y aquellas otras, como la del Senado, en las que los electores deben señalar manualmente a los candidatos a quienes otorgan su voto. En el primer supuesto ha de extremarse el rigor, de manera que cualquier manipulación puede conllevar la nulidad del sufragio (SSTC 156/1991, de 15

de julio; 170/2007, de 18 de julio; 124/2011, de 14 de julio; 185/2015, de 14 de julio). Por el contrario, en el segundo existe un mayor margen de discrecionalidad, sobre todo por parte de los órganos judiciales cuando se trata de apreciar su nulidad por este motivo (STC 165/1991, de 19 de julio). De otra parte, ha de apuntarse también que el TC se ha mostrado particularmente estricto en el enjuiciamiento de las irregularidades relacionadas con el voto por correo (SSTC 180/1988, de 11 de octubre; 169/1991, de 19 de julio; 153/2003, de 17 de julio; 105/2012, de 11 de mayo), cuya relativa generalización en algunas circunscripciones electorales obligó al legislador a reforzar las garantías del procedimiento mediante una reforma específica de la LOREG (Ley Orgánica 6/1992, de 2 de noviembre).

De manera muy especial debe comentarse también que la condicionada vigencia del principio dispositivo en el procedimiento electoral ha sido expresamente puesta de relieve por el TC cuando ha señalado que en toda la fase de escrutinio y cómputo de los sufragios «resulta prioritaria la exigencia del conocimiento de la verdad material manifestada en las urnas por los electores, puesto que, a través de las elecciones, se manifiesta la voluntad popular, fundamento mismo del principio democrático que informa la Constitución (art. 1.1)» (STC 157/1991, de 15 de julio, FJ 4). Este principio fundamental del Derecho electoral —que aquí hemos denominado de sinceridad del resultado electoral y algún autor, desde la perspectiva opuesta, de **impedimento del falseamiento de la voluntad popular** (ÁLVAREZ CONDE, 1991, 14 y ss.)— impide, por ejemplo, a los órganos judiciales rectificar tras la fase probatoria únicamente el número de votos obtenidos por la candidatura que ha interpuesto el recurso contencioso-electoral sin hacer lo propio, aunque también corresponda, con los votos de los demás candidatos de la circunscripción (SSTC 27/1990, de 22 de febrero; también 155/2003, de 21 de julio). También ha reconocido el derecho a la revisión y examen, a instancias de la candidatura recurrente, de los votos nulos

aunque no fueran impugnados ante las mesas, al poder los mismos incidir en el resultado (STC 159/2015, de 14 de julio).

Otro principio básico del Derecho electoral, el de **conservación del acto electoral**, ha sido invocado por el TC a propósito del cómputo de las actas. Así ocurrió a raíz de la controversia originada como consecuencia de la anulación por parte del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en las elecciones generales de 1989 de los resultados de aquellas mesas electorales donde el número de votos emitidos superaba al de electores de la mesa, todo ello en aplicación literal del art. 105.4 LOREG en su redacción original, después modificada. Por el contrario, tras distinguir conceptualmente, en virtud de una nueva interpretación sistemática y finalista de la LOREG, entre *electores* («quienes ostentan la capacidad y cumplen los requisitos para ser votantes») y *votantes* («quienes hagan uso de su derecho en la práctica»), el TC entendió que los órganos electorales solo podían efectuar una anulación de resultados por este motivo en caso de constatar la existencia de fraude en la emisión de los sufragios, debiendo descartarse tan grave medida en atención a una pretendida regularidad o pureza del proceso electoral excluida expresamente por la LOREG [art. 113.d)], y ello en consonancia con un procedimiento electoral en el que las operaciones de votación y recuento de los votos recaen sobre los propios ciudadanos (STC 26/1990, de 19 de febrero, FJ 6). Debe destacarse también que el TC, al amparo de lo establecido en el art. 163.1.d) de la LOREG, ha aceptado una interpretación de la regla D'Hont realizada por la Administración electoral para resolver el empate absoluto entre candidaturas a través de un sorteo (STC 125/2011, de 14 de julio).

B) La nulidad de la elección

Realmente, como problema jurídico, el siempre trascendental tema de la nulidad de la elección puede considerarse, por lo que al Derecho electoral español respecta, una

cuestión del pasado. Quiere con ello decirse que, si bien es posible que en alguno de los próximos procesos electorales pueda volver a repetirse una experiencia como la de las **elecciones generales de 1989**, nuestro ordenamiento jurídico cuenta, gracias precisamente a la reforma de la LOREG tras aquella experiencia, con los instrumentos adecuados para que una situación políticamente tan conflictiva como esta disponga ya de unos cauces de resolución en términos suficientemente razonables. En efecto, según se ha reiterado ya, el TC dictó con ocasión de aquel suceso una importante jurisprudencia a través de las tres sentencias que resolvieron los recursos de amparo interpuestos contra la anulación judicial de aquellas elecciones en las circunscripciones electorales de Murcia, Melilla y Pontevedra (SSTC 24/1990, de 15 de febrero; y 25 y 26/1990, de 19 de febrero, respectivamente). Así, toda su doctrina constitucional al respecto va a girar en torno al mencionado principio de *conservación del acto electoral*, que, según había reconocido ya el TC, adquiere una «indudable trascendencia en el Derecho electoral» (STC 169/1987, de 29 de octubre, FJ 4). Su aplicación al supuesto de la nulidad de la elección conlleva una consecuencia inmediata: la restricción del alcance de dicha nulidad al mínimo imprescindible. De ahí que, aunque el art. 113.2 LOREG estableciera en su redacción original la necesidad de efectuar una nueva convocatoria «en la circunscripción correspondiente» como consecuencia de la nulidad de la elección celebrada, el TC interpretará el precepto en el sentido de circunscribir los efectos de la nulidad exclusivamente a aquellas mesas electorales afectadas por **irregularidades invalidantes**, tal y como se contempla en su redacción actual. Y es que la repetición de la elección en las circunscripciones afectadas quiebra la unidad del proceso electoral, con la importante alteración que tal circunstancia conlleva en el ejercicio en condiciones de igualdad de los derechos de sufragio activo y pasivo (art. 23 CE), por lo que «deberá procurarse que tal alteración sea la menor posible y que aquella repetición se interprete restricti-

vamente» (STC 24/1990, FJ 6). Además, las irregularidades que conducen a la anulación de los resultados de una mesa electoral deben tener, como se ha dicho, carácter *invalidante*; o lo que es lo mismo: afectar a la proclamación definitiva de electos. No obstante, mientras que la relevancia de las irregularidades de carácter *mensurable* —referentes al número de votos atribuidos o atribuibles a las distintas candidaturas— puede razonablemente determinarse a través de criterios estadísticos o de probabilidad (SSTC 24/1990, FJ 8; 26/1990, FJ 9; también 166/1991, de 19 de julio, entre otras), las irregularidades que no tienen esta naturaleza —relacionadas sobre todo con las incidencias habidas durante la votación— plantean el problema de la demostración de su influencia determinante en el resultado electoral hasta el grado de provocar su anulación (STC 25/1990, FJ 7).

De otro lado, dos son las **consecuencias inmediatas** a toda declaración de nulidad de una elección: por una parte, la pérdida de los derechos de quienes fueron inicialmente proclamados electos y, por otra, su repetición. Ambas previsiones suelen contemplarse en la resolución judicial que adopta dicha decisión y así lo hicieron de hecho las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia tantas veces citadas, las cuales declararon expresamente la **nulidad de las acreditaciones** expedidas por la Administración electoral a quienes habían obtenido escaño en las cámaras legislativas. Sin embargo, mientras que la decisión judicial relativa a la repetición de la elección fue siempre objeto de suspensión por el TC en tanto se resolvían los recursos de amparo, la anulación de la recuperación provisional de la condición de electos les fue denegada a los recurrentes que la pidieron, al entender el Juez constitucional más grave y general el perjuicio vinculado a «la anómala presencia en la Cámara de unos representantes políticos cuya proclamación está viciada ahora, pues así lo ha declarado una resolución judicial firme», que el evitable con la concesión de dicha suspensión (ATC 33/1990, de 25 de enero, FJ 1).

Finalmente debe reseñarse que, aunque ni en su redacción originaria ni en la actual la LOREG admite una interpretación unívoca al respecto, la **repetición de la elección** debería circunscribirse normalmente al acto de la votación, salvo que —y aun así con reservas— la nulidad no afecte a toda la circunscripción, como puede ocurrir en las elecciones locales con los municipios pequeños (véase al respec-

to la STC 169/1987, de 29 de octubre). Y ello, como ha indicado el TC, porque la repetición de una elección debe ir dirigida a «integrar el proceso electoral en las condiciones más semejantes posibles a aquellas en que se produjo el ejercicio de los derechos de sufragio activo y pasivo en el resto de la circunscripción y en todo el territorio nacional» (STC 24/1990, FJ 9; también STC 25/1990, FJ 8).

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ CONDE, E., «Los principios del Derecho electoral», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 9, 1991, págs. 9-37.

BASTIDA FRELEJEDO, F. J., «Ley Electoral y garantías judiciales», *Poder Judicial*, núm. 1, 1986, págs. 23-37.

BIGLINO CAMPOS, P., «La validez del procedimiento electoral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 29, 1990, págs. 291-310.

CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F., «Elecciones y Tribunal Constitucional: ¿una intersección no deseada?», *Revista de las Cortes Generales* núm. 41, 1997, págs. 91-121.

ENTRENA CUESTA, R., «El recurso contencioso-electoral: naturaleza y objetivo», en *Reflexiones sobre el Régimen Electoral. IV Jornadas de Derecho Parlamentario*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1997, págs. 475-490.

FAVOREU, L. y PHILIP, L., *Les Grandes Décisions du Conseil Constitutionnel*, 5.^a ed., Sirey, París, 1989.

PARDO FALCÓN, J., «El contencioso-electoral en la jurisdicción constitucional (algunas cuestiones constitucionalmente relevantes en torno a la proclamación de candidatos electos)», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 41, 1997, págs. 7-43.

— «El contencioso-electoral en la LOREG», en PAU I VALL (Coord.), *Parlamento y Sistema Electoral. VI Jornadas de la Asociación de Letrados de Parlamentos*, Aranzadi, Pamplona, 1999, págs. 147-175.

PRESNO LINERA, M. A., «El Tribunal Constitucional como segunda instancia electoral en los amparos interpuestos por las agrupaciones de electores a las que se refiere el art. 44.4 LOREG: la STC 85/2003, de 8 de mayo», *Teoría y Realidad Constitucional*, núms. 12 y 13, 2.º semestre 2003-1.º semestre 2004, págs. 587-605.

PULIDO QUECEDO, M., «Tribunal Constitucional y contencioso-electoral», *La Ley. Revista Jurídica Española de Doctrina Jurisprudencia y Bibliografía*, núm. 2, 1991, págs. 1042-1057.

SANTOLAYA MACHETTI, P., *Procedimiento y garantías electorales*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2013.

Artículo 71

1. Los Diputados y Senadores gozarán de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones.

2. Durante el período de su mandato los Diputados y Senadores gozarán asimismo de inmunidad y solo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito. No podrán ser inculcados ni procesados sin la previa autorización de la Cámara respectiva.

3. En las causas contra Diputados y Senadores será competente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

4. Los Diputados y Senadores percibirán una asignación que será fijada por las respectivas Cámaras.

Sumario: I. Prerrogativas parlamentarias. 1. Concepto. 2. Fundamento. 3. Clases. II. Inviolabilidad. 1. Concepto. 2. Origen y evolución histórica. 3. Fundamento. 4. Naturaleza, ámbito y duración. 5. Límite. III. Inmunidad. 1. Concepto y diferencia con la inviolabilidad. 2. Origen y evolución histórica. 3. Fundamento. 4. Naturaleza. 5. Excepciones. Irrelevancia de la inmunidad frente a la responsabilidad civil. 6. Ámbito subjetivo. 7. Ámbito temporal. Inconstitucionalidad de la Ley de 9 de febrero de 1912. 8. Procedimiento ante los Tribunales de Justicia. 9. Procedimiento parlamentario. 10. El silencio negativo. 11. La cuestión de la motivación del acuerdo parlamentario. 12. La inmunidad en la práctica. IV. Fuero. V. Asignación.

FERNANDO SANTAOLALLA LÓPEZ

LETRADO DE LAS CORTES

PROFESOR TITULAR DE DERECHO CONSTITUCIONAL

I. PRERROGATIVAS PARLAMENTARIAS

1. Concepto

Bajo el nombre de prerrogativas parlamentarias se comprende un régimen jurídico, exorbitante del común, que se reserva a los miembros de las cámaras parlamentarias. Según la STC 51/1985, FJ 6, las prerrogativas son «sustracciones al Derecho común conectadas a una función», en este caso la parlamentaria. Consiguientemente, lo que sería imperativo en otro caso se

hace aquí imposible y, viceversa, lo que sería improcedente en otro lugar resulta aquí posible.

Al quedar la normativa común suspendida en casos concretos que afectan a los representantes populares, se citan también tales prerrogativas como privilegios parlamentarios. Se trataría de una ley privada o particular para los mismos, distinta de la general. Así, la STC 30/1997, FJ 6, afirma que el art. 71.1 CE configura «un privilegio frente a la mera incoación de todo procedimiento».

2. Fundamento

Esta connotación de privilegio parecería contradictoria con uno de los principios esenciales del Estado de Derecho, como es la igualdad ante la ley. La atribución de un régimen especial a los miembros de las cámaras parlamentarias aparece, como reconoce la STC 206/1992, FJ 3, «como una posible excepción a uno de los pilares básicos del Estado de Derecho, el sometimiento de todos al imperio de la ley como expresión de la voluntad popular». Más en concreto, según advierte la STC 243/1988, FJ 3, las prerrogativas «inciden negativamente en el ámbito del derecho a la tutela judicial efectiva».

Sin embargo, la apariencia de contradicción se desvanece si se tiene en cuenta que este régimen exorbitante se establece, **no en interés de las personas de los representantes populares, sino en el de las instituciones a las que dan vida y, a la larga, del Estado constitucional**. No consisten en privilegios personales, siempre odiosos en un Estado de Derecho, sino en privilegios institucionales. Si se aplican a los representantes populares es como un efecto reflejo de la protección que merece la institución parlamentaria.

Como se verá más detenidamente al comentar cada uno de ellos, el régimen especial se introduce para permitir que una institución tan básica e imprescindible, como el Parlamento, pueda desempeñar adecuadamente sus funciones. Se sacrifica en supuestos muy concretos el principio de igual trato al interés superior de esta institución. Pues si las Cámaras representativas no pudiesen desarrollar cumplidamente sus funciones, sería el propio Estado constitucional el perjudicado y con ello el interés y los derechos de los ciudadanos que lo integran. Mucha menor vigencia tendría tan sagrado principio si el Parlamento estuviese socavado por ciertos hechos que le dificultasen cumplir con su alta responsabilidad. De hecho, la STC 243/1988, FJ 3, ha advertido un fundamento común entre las dos prerrogativas: «Estas

dos prerrogativas, aunque tienen distinto contenido objetivo y finalidad específica... encuentran su fundamento en el objetivo común de garantizar la libertad e independencia de la institución parlamentaria, y en tal sentido son complementarias».

Este carácter institucional, no personal, de las prerrogativas parlamentarias origina dos consecuencias importantes: por un lado, **«son imprescriptibles e irrenunciables»**, según señalan la STC 22/1997, FJ 5 y ATC 236/2000, FJ 1. No se extinguen ni precluyen con el paso del tiempo. Y el parlamentario no puede disponer de ellas en los casos que le afecten sino, en su caso, la Cámara respectiva. Todo ello por que lo que está en juego es el interés de esta última, no el del primero. Por otro lado, las prerrogativas «han de ser **interpretadas restrictivamente** para no devenir privilegios que puedan lesionar derechos fundamentales de terceros», según ha reiterado el Tribunal Constitucional (entre otras véanse SSTC 51/1985, FJ 6; 123/2001, FJ 4 y ATC 236/2000, FJ 1). Se trata de que la excepción al principio de igualdad ante la ley se produzca en la forma estrictamente indispensable, de tal modo que el mismo se mantenga en plena vigencia en todo lo demás. Las prerrogativas deben aplicarse de modo muy prudente, evitando su extensión analógica y todo lo que les dé fuerza expansiva. En caso contrario se pervierte su fundamento y se abre paso a un odioso privilegio personal, origen de injusticias y discriminaciones.

Esto último es lo que ha llevado recientemente a algunos países a revisar en un sentido limitativo estas prerrogativas. Sobre esto se volverá al tratar de la inmunidad.

3. Clases

En la mayoría de los países democráticos existen dos prerrogativas: por un lado, lo que aquí llamamos inviolabilidad y, por otro, la inmunidad. En nuestro caso ha de añadirse una tercera, que es el fuero o fuero especial.

II. INVIOLABILIDAD

1. Concepto

Es la primera prerrogativa que reconoce el art. 71 de la Constitución, al afirmar (ap. 1) que «los Diputados y Senadores gozarán de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones».

Conforme a precedentes históricos y de otros países, la inviolabilidad supone **la irresponsabilidad de los miembros de las Cámaras representativas por cuanto dicen y hacen como tales**, esto es, al participar en sus funciones oficiales. Es bien expresivo de esta irresponsabilidad el que sea bajo esta precisa denominación (*irresponsabilité*) como se la conoce en países como Francia y Bélgica.

Así, de no existir esta prerrogativa, una injuria proferida o la revelación de un secreto oficial durante los debates parlamentarios daría lugar a la correspondiente exigencia de responsabilidad ante los Tribunales. Pero al existir, el parlamentario que realiza estas acciones no puede ser emplazado ni perseguido ante ningún Tribunal o instancia exterior.

2. Origen y evolución histórica

Como tantas figuras parlamentarias, la prerrogativa en cuestión tuvo su origen en el Parlamento inglés a finales del siglo XIV. Cuando un diputado presentó un proyecto acusando gravemente al rey por abuso financiero, fue sometido a juicio y condenado a muerte. Contra esta decisión se revolvió la Cámara de los Comunes, que consiguió el indulto para el colega condenado. Y, con la consolidación de este precedente, la Cámara proclamó, ya en el siglo XVI, como un derecho de sus miembros la *freedom of speech* o libertad de palabra, nombre con el que llega hasta nuestros días. De este modo se aseguraba la más amplia libertad de expresión a los representantes populares: ninguna autoridad exterior puede objetar o interferir con lo manifestado en las discusiones parlamentarias.

Posteriormente, la revolución francesa lo recogió como uno de los atributos que debían corresponder a los nuevos representantes de la nación. De ahí pasó a las Constituciones de muy diversos países europeos durante el siglo XIX, como la española de Cádiz de 1812 (art. 128). Prácticamente todas las constituciones españolas lo proclamaron en unos términos muy parecidos a los del actual art. 71.

A diferencia de lo que ocurre con la inmunidad, la inviolabilidad apenas ha sufrido cambios desde su reconocimiento. Pervive en la inmensa mayoría de las democracias en los mismos o parecidos términos con los que nació. Ello es debido a que se mantiene intacto su fundamento. Se trata de una figura mucho mejor aceptada, por entenderse que obedece a necesidades reales del Parlamento democrático. No obstante, en algunos países, como Dinamarca o Alemania, se han introducido algunas reformas en sentido limitativo.

3. Fundamento

Puede sorprender que unas manifestaciones que en otro caso se habrían podido calificar de calumniosas o injuriosas y, por tanto, determinar la incoación de acciones judiciales e incluso la sanción penal contra su autor, determinen la exoneración de toda responsabilidad cuando el que las produce es un representante popular. Parecería una injusta discriminación legal, con el agravante de provenir de quien por razón de su cargo debía dar ejemplo de cumplimiento de las leyes y respeto al derecho de terceros, como reconoce la STC 151/1999, FJ 3.

Ocurre que el Estado de Derecho ha sopesado dos bienes jurídicos distintos y en parte enfrentados: por un lado, la necesidad de proteger el buen nombre de otras personas en un régimen de igualdad de trato, sancionando todas las infracciones que puedan producirse, sin distinción por el rango o categoría de su autor; por otro, el que el Parlamento pueda cumplir adecuadamente su función de foro

político e instancia de fiscalización de la acción del Gobierno.

Tras esta ponderación, el mismo Estado ha antepuesto el segundo bien jurídico sobre el primero. **Se estima preferible que puedan producirse algunos abusos en los debates parlamentarios a que el Parlamento se inhiba de ciertas cuestiones ante el temor a ser sancionado por un exceso en el uso de la palabra.** Como señala la STC 51/1985, FJ 6, la inviolabilidad «se orienta a la preservación de un ámbito cualificado de libertad en la crítica y en la decisión sin el cual el ejercicio de las funciones parlamentarias podría resultar mediatizado y frustrado». Todo el sistema de libertades inherente al Estado constitucional depende en buena parte de que los representantes populares puedan fiscalizar sin recelo el comportamiento del poder ejecutivo y denunciar cualquier situación social. Para actuar como primer foro político del país, abierto a todos los temas de interés público, es necesario ahuyentar cualquier factor que provoque inhibición o temor en los miembros de las cámaras representativas.

4. Naturaleza, ámbito y duración

Según recoge la STC 243/1988, FJ 3, la prerrogativa en cuestión «es un privilegio de naturaleza sustantiva que garantiza la irresponsabilidad jurídica de los parlamentarios por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones, entendiendo por tales aquellas que realicen en actos parlamentarios y en el seno de cualquiera de las articulaciones de las Cortes Generales o, por excepción, en actos exteriores a la vida de las Cámaras que sean reproducción literal de un acto parlamentario». Por tanto, al ser privilegio sustantivo, determina la inimputabilidad o la justificación de la antijuridicidad (ATS Sala 2.^a de 29 de abril de 2003) por la acción de que se trate, la exoneración de lo que en otro caso provocaría responsabilidad jurídica.

Además, es un privilegio que, como advierte la STC 30/1997, FJ 6, «tiene **carácter absolu-**

to y no meramente relativo», con la consecuencia de que «sustraer absolutamente» al parlamentario de la jurisdicción de los Tribunales. Muestra de esto mismo es que los reglamentos de las Cámaras (arts. 10 RC y 21 RS) afirman que los diputados/senadores gozan de esta prerrogativa **aun después de haber cesado en su mandato**, rasgo este en plena conformidad con los antecedentes históricos y las referencias foráneas. La perennidad de sus efectos se explica por lo expuesto anteriormente, o sea, la necesidad de eliminar todo elemento que directa o indirectamente pueda condicionar la libre expresión de los parlamentarios.

La primera manifestación de esta prerrogativa es, como queda dicho, la irresponsabilidad por lo manifestado en los debates parlamentarios (*freedom of speech*). Es precisamente lo establecido en el art. 71.1 CE. Pero, en segundo lugar, también cubre los votos emitidos en el ejercicio del cargo, como correctamente expresa el art. 21 RS. Lo cual ha sido reconocido por la STC 71/1985, FJ 6, cuando reconoce que ampara las «declaraciones de juicio o de voluntad».

En todo caso, **la prerrogativa solo cubre las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones.** Qué ha de entenderse por funciones ha quedado meridianamente aclarado por el Tribunal Constitucional, en conformidad plena con los precedentes históricos, la lógica constitucional y el Derecho comparado. La repetida STC 71/1985, FJ 6, aboga por su identificación con «las que son propias del Diputado o Senador en tanto que sujetos portadores del órgano parlamentario, cuya autonomía, en definitiva, es la protegida a través de esta garantía individual. El Diputado o Senador ejercitaría, pues, sus funciones solo en la medida en que participase en actos parlamentarios y en el seno de cualesquiera de las articulaciones orgánicas de las Cortes Generales». Esto se refiere, sin duda, a toda expresión vertida en sesiones plenas o de comisión, en las mesas y ponencias y demás órganos oficiales de las Cámaras. Igualmente

entendemos que comprende lo manifestado en escritos presentados y relacionados con las funciones oficiales, como serían los relativos a preguntas, interpelaciones, enmiendas, proposiciones de ley, etcétera.

Más adelante la STC 71/1985 afirma que decae «tal protección cuando los actos hayan sido realizados por su autor en calidad de ciudadano (de “político” incluso), fuera del ejercicio de competencias y funciones que le pudieran corresponder como parlamentario. Así, las funciones relevantes para el art. 71.1 de la Constitución no son indiferentemente todas las realizadas por quien sea parlamentario, sino aquellas imputables a quien, siéndolo, actúa jurídicamente como tal». En definitiva, en concordancia con la exigencia de interpretación restrictiva del privilegio, se evita toda aplicación extensiva o analógica.

Un matiz importante, recogido en la misma STC, es que «la prerrogativa puede amparar, también, los actos “exteriores” a la vida de las Cámaras, que no sean sino reproducción literal de un acto parlamentario». Esta consideración parece estar pensada para la transcripción o referencia de los debates aparecidos en los medios de comunicación y en el Diario de sesiones de las cámaras. Pues ciertamente, si se pudiese perseguir esto último, se trataría de un medio indirecto de coartar la libre expresión del parlamentario, inutilizando así lo que es su finalidad.

En cambio, resulta más dudoso, a la vista de la exigencia de interpretación estricta de las prerrogativas, lo afirmado en los autos de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo de 6 de abril de 1995 y 2 de octubre de 2003, en el sentido que «la inviolabilidad se extiende también a las manifestaciones vertidas en los pasillos o dependencias de la Cámara legislativa y no desaparece bruscamente por el hecho de traspasar el umbral del recinto parlamentario». En estos casos no estamos en presencia de las funciones oficiales del Parlamento y, por tanto, la prerrogativa debe decaer.

Por otra parte, y a diferencia de lo que ocurre con la inmunidad, la inviolabilidad se ha reconocido **no solo a los miembros de las Cortes Generales, sino también a los de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas**. Esta extensión se ha producido a través de los correspondientes estatutos de autonomía y ha sido admitida por las SSTC 36/1981, FF. JJ. 2 y 4, y 30/1997, FJ 5. Esto es confirmación del carácter parlamentario de estos órganos autonómicos.

La extensión de la inviolabilidad alcanza también a los **miembros españoles del Parlamento Europeo**, al amparo del Protocolo sobre los Privilegios y las Inmunidades de las Comunidades Europeas de 8 de abril de 1965, confirmado todo ello por el ATC 236/2000, FJ 2.

5. Límite

El carácter absoluto de esta prerrogativa se manifiesta siempre *ad extra* de la correspondiente Cámara parlamentaria. Pero no *ad intra*. En el plano interno **los presidentes y mesas disponen de potestad disciplinaria** que puede (y debe usarse) cuando se cometa una agresión verbal o extralimitación clara de lo necesitado para la finalidad del debate. En este sentido no cabe sino remitir a cuanto se dispone en los arts. 99 a 104 RC y 37.10 y 101-103 RS. Esto es, de siempre se ha considerado compatible con este privilegio esta potestad, que en cierta medida viene a amortiguar los excesos a que podría dar lugar el primero. La STC 51/1985, FJ 6, reconoce este hecho al advertir que «es también patente que su sentido —el del art. 67.3 CE— es el de vincular el reconocimiento de lo que llama “privilegios” parlamentarios al funcionamiento regular de las asambleas y de sus órganos. Refuerza esta tesis el hecho de que la inviolabilidad por las opiniones vertidas se vea necesariamente contrapesada por la sujeción a la disciplina parlamentaria».

En definitiva, el presidente o mesa deben corregir toda ofensa grave para una persona

presente o ausente y que no sea indispensable para exponer un argumento o esclarecer un hecho. Sin duda es difícil *a priori* establecer cuándo se produce lo uno o lo otro. Lo único que puede indicarse es que quien decida debe hacerlo con la máxima prudencia y teniendo en cuenta los valores constitucionales. Sobre esta materia existe jurisprudencia constitucional: SSTC 136/1989, 169/1995, 301/2005 y 129/2006 y AATC 1227/1988, 334/1993 y 73/2004. La reciente STC 78/2016, de 25 abril, ha puesto un límite claro a la potestad sancionadora, al exigir que se ejerza en el momento adecuado y que se adecúe materialmente a las normas reglamentarias sobre disciplina parlamentaria.

III. INMUNIDAD

1. Concepto y diferencia con la inviolabilidad

La STC 243/1988, FJ 3, fija adecuadamente lo que se entiende por inmunidad parlamentaria: «La inmunidad... es una prerrogativa... que protege la libertad personal de los representantes populares contra detenciones y procesos judiciales que puedan desembocar en privación de libertad, evitando que, por manipulaciones políticas, se impida al parlamentario asistir a las reuniones de las Cámaras y, a consecuencia de ello, se altere indebidamente su composición y funcionamiento». La misma definición se recoge en la STC 206/1992, FJ 3.

La inmunidad brinda pues una doble protección a los parlamentarios: contra detenciones y contra procesos judiciales que impliquen privación de libertad. Todo ello según se recoge en el art. 71.2 CE: por un lado, «**los Diputados y Senadores solo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito**». Por otro, «**no podrán ser inculcados ni procesados sin la previa autorización de la Cámara respectiva**».

Se diferencia de la inviolabilidad por su objeto: en esta última los actos protegidos son los

realizados en el ejercicio de las funciones oficiales parlamentarias, mientras que en la inmunidad los actos sometidos a esa exigencia especial son los mismos que habría podido cometer cualquier persona, cualquier hecho criminal que genere responsabilidad ante los Tribunales. La primera proporciona una protección absoluta, la irresponsabilidad jurídica; la segunda una protección formal, procesal, pues la responsabilidad puede hacerse efectiva si se obtiene la autorización de la Cámara respectiva. Véase al respecto la STC 243/1988, FJ 3.

2. Origen y evolución histórica

Aunque se ha debatido sobre el origen de esta prerrogativa, lo cierto es que su aparición constatable se produjo con la Revolución francesa. Ante el temor de que la Asamblea representativa pudiese ser socavada por el gobierno o los propios Tribunales de Justicia, se estableció en 1790 la necesidad del permiso del propio Parlamento para detener y juzgar a un representante popular. Pues la imputación de un delito o la acusación penal podían ser instrumentadas para privar al mismo de la presencia de uno de sus miembros. Por eso, y como luego se verá, la finalidad de esta prerrogativa es comprobar que no existe ninguna intencionalidad política en una persecución penal contra un parlamentario.

De Francia la inmunidad pasó a los restantes países europeos, formando un binomio característico con la inviolabilidad. Así en España la Constitución de 1837 la recogió en unos términos parecidos a los actuales y así se mantuvo durante casi todo nuestro constitucionalismo.

Sin embargo, la aplicación de esta prerrogativa ha originado excesos en diversos países, al utilizarse por la mayoría parlamentaria interesadamente, como un mecanismo de defensa de los propios y acoso de los contrarios. Esto es, hechos apolíticos que debían haber obtenido la autorización para procesar no lo conseguían

y, en cambio, sí otros en los que estaba presente una torticera persecución política. Además, se cuestiona esta diferencia de tratamiento respecto al que soportan las demás personas. De ahí que, a diferencia de la inviolabilidad, la prerrogativa ahora examinada haya entrado en crisis y sufrido sustanciales recortes.

Así, en el Reino Unido nunca existió esta prerrogativa frente a las acciones penales y una vez suprimida la prisión por deudas civiles, quedó obsoleta la necesidad de obtener autorización parlamentaria. En los Países Bajos la inmunidad fue suprimida a lo largo del siglo XIX.

Pero ha sido sobre todo en los últimos años del siglo XX cuando se ha limitado más. En Bélgica la autorización sigue siendo necesaria para someter a juicio a un parlamentario o detenerle, pero no para desarrollar investigaciones que le afecten. En Italia, tras la reforma de 1993, la autorización no se necesita para someter a juicio a un diputado o senador, y solo para efectuar registros personales o domiciliarios, privarle de la libertad personal o para interceptar sus comunicaciones. Pero incluso se admite la viabilidad de dichas acciones directas cuando se adopten en cumplimiento de una sentencia firme de condena o en caso de flagrante delito. Por su parte, la Constitución sueca excluye de la prerrogativa los delitos sancionados con pena de prisión de no menos de dos años. Finalmente, la Constitución federal austriaca declara su no aplicación cuando se trate de actos claramente ajenos a la actividad política del parlamentario.

En España, en cambio, se ha mantenido la regulación decimonónica, excesiva e inconveniente en algunos aspectos. De ahí que el Tribunal Constitucional haya tenido que insistir (SSTC 51/1985, FJ 6, 243/1988, FJ 3 y 206/1992, FJ 3) en su interpretación restrictiva.

3. Fundamento

El fin de la inmunidad es, como afirma la STC 90/1985, FJ 6, la protección del conjunto de

las funciones parlamentarias, sin que pueda concebirse como un privilegio personal, lo que se reitera en las SSTC 206/1992, FJ 3, y 123/2001, FJ 3.

En concordancia con lo antes señalado, la STC 206/1992, FJ 3, explica su fundamento: «La inmunidad, en fin, responde, como se ha señalado, al interés superior de la representación nacional de no verse alterada ni perturbada, ni en su composición ni en su funcionamiento, por eventuales procesos penales que puedan incoarse frente a sus miembros, por actos producidos tanto antes como durante su mandato, en la medida en que de dichos procesamientos o inculpaciones pueda resultar la imposibilidad de un parlamentario de cumplir efectivamente sus funciones».

Pero, indudablemente, lo importante no es el posible resultado final de privar a una cámara de uno de sus miembros, sino que esto se haga torticeramente, por motivos políticos. Nada hay que objetar, sino todo lo contrario, si la privación obedece a una imparcial voluntad de otorgar justicia. Si no hay intento de persecución política, no tendría razón de ser la negativa parlamentaria.

Por eso la posterior STC 123/2001, FJ 3, introdujo mayor precisión: «**la inmunidad... responde al interés superior de la representación nacional de no verse alterada ni perturbada, ni en su composición ni en su funcionamiento, por eventuales procesos penales que injustificada o torticeramente puedan dirigirse frente a sus miembros**, por actos producidos tanto antes como durante su mandato, en la medida en que de dichos procesamientos o inculpaciones pueda resultar la imposibilidad de un parlamentario de cumplir efectivamente sus funciones».

En definitiva, la inmunidad tiene que cumplir tres condiciones para su justa aplicación: 1) la existencia de un proceso penal; 2) que el mismo resulte injusto o torticero, o sea, obediente a intereses espurios, y 3) que del mis-

mo se pueda derivar la ausencia forzada del parlamentario.

Por otro lado, **la inmunidad afecta al derecho a la tutela judicial**, según señala la STC 90/1985, FJ 6, de lo que se desprenden consecuencias que luego se comentan.

4. Naturaleza

Como proclama la STC 243/1988, FJ 3. B, «La inmunidad... es una prerrogativa de naturaleza formal», es decir, no sustantiva, meramente procesal: no evita la responsabilidad de los parlamentarios, como acontece con la inviolabilidad, sino que la somete a unas exigencias especiales. Aquí reside el privilegio: la necesidad de autorización de sus pares para que un parlamentario sea detenido, inculcado o procesado. Pero si se obtiene esta, el parlamentario queda sometido a las mismas leyes que los restantes ciudadanos.

Cuando el Parlamento concede su autorización para inculpar o procesar a uno de sus miembros, el mismo cae enteramente bajo la ley común. Si, por el contrario, la deniega, entonces el parlamentario queda sustraído a esta misma ley, al menos con carácter temporal. Sobre este punto se volverá más tarde.

5. Excepciones. Irrelevancia de la inmunidad frente a la responsabilidad civil

Algunas excepciones limitan el privilegio examinado. Por un lado, **el caso de flagrante delito**, mencionado expresamente en el art. 71.2 CE. La flagrancia evita cualquier duda sobre la autoría del delito, ahuyentando así una posible sospecha sobre la tergiversación partidista de la inculpación. Por eso se hace innecesario solicitar la autorización de la Cámara respectiva. Bien es verdad que la letra de dicho artículo parece solo excluir en estos casos la detención. Sin embargo, el espíritu de dicho artículo, unido a la interpreta-

ción restrictiva que postula el Tribunal Constitucional, conduce a la conclusión de que tampoco procedería solicitar la autorización para la inculpación o procesamiento.

Otra posible excepción sería, al igual que las antiguas faltas (suprimidas por la reforma de la Ley Orgánica 1/2015), la de los delitos que no lleven aparejada penas privativas de libertad o de inhabilitación, pues en ese caso es difícil que las acusaciones correspondientes reúnan el requisito demandado por el Tribunal Constitucional de «perturbar el funcionamiento de las Cámaras o de alterar la composición que a las mismas ha dado la voluntad popular» (STC 90/1985) o de «que de dichos procesamientos o inculpaciones pueda resultar la imposibilidad de un parlamentario de cumplir efectivamente sus funciones» (SSTC 206/1992 y 123/2001). A lo anterior debe añadirse la propia exigencia de interpretación restrictiva defendida por dicho Tribunal (STC 51/1985, de 10 de abril FJ 6, STC 243/1988, de 19 de diciembre FJ 3 y ATC 236/2000, de 9 de noviembre FJ 1). Esto es lo que teóricamente afectaría a ilícitos penados con la retirada del permiso de conducir o de armas, sanción económica o similares. De todas formas, lo anterior no está expresamente aceptado y de hecho existen algunos precedentes de duplicatorio por falta.

Pero **la excepción más relevante es la que afecta a la responsabilidad civil**. El caso se planteó por la Ley Orgánica 3/1985, de 29 de mayo, que reformó el art. 2.2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, en el sentido de exigir autorización parlamentaria para poder someter a un Diputado o Senador al procedimiento establecido en la misma. Pero como la responsabilidad que podía derivarse de una infracción de dicha Ley era puramente civil, pronto se cuestionó la indebida extensión de la prerrogativa de la inmunidad, que como se ha dicho siempre se ha ceñido al ámbito penal. Las SSTC 243/1988 y 9/1990 reconocieron la ilegitimidad e inconstitucionalidad de esta medida, que desde entonces perdió su vigencia.

6. **Ámbito subjetivo**

La inmunidad, tal como ha sido descrita, solo alcanza a los miembros de las Cortes Generales. Los parlamentarios autonómicos, en virtud de lo regulado por los respectivos Estatutos de Autonomía, disfrutaban de su versión reducida, consistente en que «durante su mandato por los actos delictivos cometidos en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma, no podrán ser detenidos ni retenidos, sino en caso de flagrante delito», pero sin exigirse necesidad de autorización parlamentaria para su inculpación, procesamiento o prisión, medidas que competen al Tribunal correspondiente (TSJ de la CA). El intento de extender por ley ordinaria esta prerrogativa hasta situarla en el mismo nivel de los Diputados y Senadores fue declarado inconstitucional y antiestatutario por la STC 36/1981, FJ 4.

7. **Ámbito temporal. Inconstitucionalidad de la Ley de 9 de febrero de 1912**

El art. 71.2 CE acota la vigencia de la prerrogativa «durante el período de su mandato». Por tanto, a diferencia de la inviolabilidad, tiene alcance temporal, no permanente. El momento inicial queda fijado por el art. 751 de la LECrim. en el momento de la elección: el procedimiento tiene que ponerse en marcha cuando acceda a la condición de Diputado o Senador una persona que se encuentre procesada o inculpada.

Más problemático es el *dies ad quem* o momento en que cesa el privilegio. En conformidad con lo observado en otros países, el citado art. 71.2 viene a situarlo en la fecha en que se pierde por cualquier causa la condición de miembro de las Cortes Generales. Lo cual es congruente con el fundamento de la prerrogativa, pues a partir de ese momento la Cámara respectiva ya no puede resultar perjudicada en su funcionamiento o composición. El derecho a la tutela judicial de terceros recobra entonces su plena vigencia.

Sin embargo, la cuestión se complica por lo previsto en el art. 7 de la Ley de 9 de febrero

de 1912: «Si el Senado o Congreso denegase la autorización para procesar, se comunicará el acuerdo al Tribunal requirente, que dispondrá el sobreseimiento libre». Esta consecuencia de sobreseimiento libre supone efectos de cosa juzgada, de tal modo que el afectado, aun después de cesar en su condición de Diputado o Senador, no podría ser juzgado.

Se sobrepasa así el alcance temporal de la inmunidad y el sentido restrictivo del privilegio. Hubiese sido deseable que el Tribunal Constitucional declarase formalmente la derogación por inconstitucional de dicho precepto. Sin llegar a tanto, no obstante, la STC 92/1985, FJ 5, vino a reconocer su inaplicabilidad: «... debe tenerse en cuenta que mientras el sobreseimiento será “libre” en virtud del art. 7 de la Ley de 9 de febrero de 1912, considerando de aplicación por los Autos impugnados, de modo que mediante los mismos se acordó y confirmó el sobreseimiento libre de actuaciones. No cabe, por tanto, la posibilidad de un nuevo procesamiento, pues tal sobreseimiento, que implica los efectos de cosa juzgada material, así lo impide por sí mismo. Para valorar si tales Autos, con el alcance visto, se oponen o no al art. 24.1 de la CE, debe tenerse en cuenta que su fundamento último radica en la denegación de la autorización para procesar al Senador señor Barral acordada por el Pleno del Senado en 23 de noviembre de 1983. Acuerdo que este TC ha declarado nulo por Sentencia de 22 de julio del presente año; por ello resulta claro que tales Autos vulneran el art. 24.1 de la CE al hacer imposible en el futuro el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, sobre la base de entender que es aplicable el sobreseimiento libre por darse el presupuesto de hecho previsto en el art. 754 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es decir, la denegación de la autorización para procesar adoptada por acuerdo del Senado, declarado nulo. En consecuencia, procede declarar la nulidad de tales Autos y retrotraer las actuaciones al momento en que la Sala Segunda del Tribunal Supremo acordó solicitar la autorización para procesar en forma de suplicatorio».

8. Procedimiento ante los Tribunales de Justicia

El procedimiento para la obtención de la mencionada autorización se encuentra en **la LECrim. y en la Ley de 9 de febrero de 1912. Por su antigüedad no es de extrañar que existan desajustes entre las mismas y la Constitución.** De hecho la STC 123/2001 contiene una queja por la prolongación de esta situación y la falta de respuesta: «Y dicho enjuiciamiento ha de comenzar, como es lógico, por la propia previsión del art. 71.2 CE, de la que únicamente cabe inferir que, más que en un momento procesal concreto y preciso, la autorización a la Cámara respectiva ha de ser solicitada en todo caso antes de que los Diputados y Senadores sean inculcados o procesados, sin que el texto constitucional aporte criterio alguno en orden a la interpretación de estas dos últimas expresiones. Aquella previsión, por otra parte, pese al llamamiento efectuado por este Tribunal al legislador sobre la inseguridad jurídica que comporta la situación legal existente en torno a las prerrogativas parlamentarias (SSTC 206/1992, de 27 de noviembre, FJ 3, y 22/1997, de 11 de febrero, FJ 4), no ha sido desarrollada por el legislador postconstitucional...».

Para obtener la autorización parlamentaria el Juez competente (el Tribunal Supremo) debe dirigir a la cámara respectiva un suplicatorio. Según el art. 755 de la LECrim., «la autorización se pedirá en forma de suplicatorio, remitiendo con este, y con carácter de reservado, el testimonio de los cargos que resulten contra el Senador o Diputado, con inclusión de los dictámenes del Fiscal y de las peticiones particulares en que se haya solicitado la autorización».

En principio, el conocimiento de las causas penales corresponde a los Juzgados de Instrucción. Sin embargo, el fuero especial de los parlamentarios (*infra*) obliga a observar lo que al respecto dispone el art. 2 de la Ley de 9 de febrero de 1912: «Si incoado un sumario por un Juez de instrucción..., ya de oficio, ya por denuncia o querrela, apareciesen indi-

cios de responsabilidad contra algún Senador o Diputado, tan pronto como fuesen practicadas las medidas necesarias para evitar la ocultación del delito o la fuga del delincuente se remitirán las diligencias en el plazo más breve posible al Tribunal Supremo...». En definitiva, el Tribunal Supremo, salvo que se presente la querrela ante el mismo, debe aguardar a la recepción de las diligencias procedentes del Juzgado oportuno.

Existe un problema procedimental sobre el **momento preciso en que el Juzgado deba remitir la causa al Tribunal Supremo y el momento en que este deba elevar el suplicatorio**, problema que se ha agudizado desde la introducción del procedimiento abreviado por la reforma de la LECrim. por la Ley Orgánica 7/1988. Al suprimir esta el auto de procesamiento o inculpación, surge un desajuste con la referencia del art. 71.2 CE a «inculcados y procesados».

Sobre este particular debe tenerse en cuenta la STC 123/2001, FJ 5, que —confirmando lo proclamado por la STS 1/1997— afirma que «en el llamado proceso ordinario el suplicatorio habría de solicitarse en cuanto existieran indicios racionales de criminalidad, que son el soporte del procesamiento. En relación con el término «inculcados...», para que tal situación procesal se produzca es necesario un juicio judicial de inculpación, obviamente provisional, con base en la existencia de indicios racionales de criminalidad o fundadas sospechas o serios indicios de la participación, en cualquiera de sus formas, en un hecho penal, lo que puede requerir y hacer necesario, como aconteció en este supuesto, una previa investigación judicial.

«Así pues, la Sala Segunda del Tribunal Supremo entiende posible, en supuestos como el examinado, una previa investigación judicial en orden a la determinación de la relevancia penal de los hechos y a la participación en los mismos de las personas aforadas contra las que se dirige la querrela, dándoles

traslado de la denuncia o querrela de acuerdo con el art. 118 LECrim. al objeto de que puedan ejercer desde el primer momento, como ha sucedido en este caso, el derecho de defensa, y considera que la condición de inculpado, a los efectos del art. 71.2 CE, no se adquiere con la mera admisión de la querrela, sino que requiere un juicio judicial de inculpación por la existencia de indicios racionales o sospechas fundadas de su participación en los hechos, de modo que antes de la formalización de ese juicio de inculpación es cuando ha de solicitarse la autorización a la Cámara respectiva.

Pues bien, esta interpretación jurisprudencial del término “inculpados” en el sentido del art. 71.2 CE y, por consiguiente, la exigencia de que existan indicios racionales de criminalidad o sospechas fundadas o verosímiles sobre la participación de un Diputado o Senador en los hechos objeto de investigación penal para que entre en juego la exigencia previa de autorización a la Cámara para su inculpación o procesamiento, en sí mismas consideradas, no pueden ser en modo alguno tildadas de contrarias o desconocedoras de la finalidad institucional a la que sirve la prerrogativa de la inmunidad, ni nada al respecto se argumenta en la demanda de amparo, salvo la mera discrepancia del recurrente con el criterio de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.»

También, como se expresaba en la citada STS 1/1997, ha de reconocerse al Juez instructor un razonable margen de apreciación en el reconocimiento de la condición de imputado. Y no puede admitirse la elevación de consultas al Tribunal Supremo para que este se pronuncie sobre el particular (ATS de 24 de noviembre de 1999).

En definitiva, concluye la STC 123/2001, FJ 5, «**la prerrogativa de inmunidad parlamen-**

taria no impide que el Juez pueda investigar, pero veda la realización de actos que en sí mismos determinen la sujeción de un parlamentario a un procedimiento penal, ya sea mediante la expresión de un juicio formal de inculpación o a través de la práctica de otras diligencias que materialmente entrañen ese mismo significado. A lo que cabe añadir que, desde el momento en que el Juez cuente con elementos suficientes para adoptar alguno de los referidos actos, está obligado a solicitar inmediatamente el suplicatorio». La misma doctrina se reitera en la STC 124/2001.

9. Procedimiento parlamentario

Una vez recibido el **suplicatorio en el Congreso o en el Senado** se sigue un procedimiento que coincide en sus rasgos básicos con los precedentes históricos y lo observado en otros países: se remite, con la documentación aneja, a la Comisión de Estatuto de los Diputados (de Suplicatorios en el Senado), la cual, previa audiencia del afectado, debe elevar una propuesta a la Cámara respectiva en los 30 días siguientes. Esta última, en la primera sesión plenaria que celebre, se pronuncia concediendo o denegando la autorización interesada. Las sesiones de las Cámaras y de las comisiones son secretas en estos casos (para lo anterior véanse arts. 13, 14 y 64.3 RC y art. 22 RS). El secretismo se ha llevado en el Congreso de los Diputados al extremo de no constar el nombre del parlamentario afectado ni el resultado de la votación.

Al resolver sobre tan trascendente cuestión, **no corresponde a las Cámaras actuar de juzgador**, esto es, determinar si existe o no responsabilidad penal del parlamentario por los hechos imputados, sino simplemente esclarecer si tras la acusación se esconde algún móvil político destinado a privar a las mismas de uno de sus miembros. En este sentido la STC 90/1985, FJ 6, proclama «La posibilidad de que las Cámaras aprecien y eviten esa intencionalidad es lo que la Constitución ha

querido al otorgarles la facultad de impedir que las acciones penales contra sus miembros prosigan, y lo que permite, por tanto, la institución de la inmunidad es que las propias Cámaras realicen algo que no pueden llevar a cabo los órganos de naturaleza jurisdiccional como es una valoración sobre el significado político de tales acciones».

De este modo, la autorización debe concederse si no se aprecia la existencia de ese intento de persecución política (*fumus persecutionis*). Y solo debe rechazarse cuando conste esta motivación o finalidad. La misma STC abunda al respecto: «... supone que la denegación de los mismos —los suplicatorios— haya de considerarse correcta, desde la perspectiva del art. 24.1 de la CE, únicamente en el caso que dicha denegación sea conforme a la finalidad que la institución de la inmunidad parlamentaria persigue y en la que la posibilidad de denegación se fundamenta. Por el contrario, la respuesta negativa a la autorización para procesar será incorrecta y habrá un abuso de la figura constitucional de la inmunidad cuando esta sea utilizada para fines que no le son propios». La misma doctrina se mantiene en la STC 206/1992, FJ 4.

10. El silencio negativo

Los arts. 14.2 RC y el 22.6 RS disponen: «el suplicatorio se entenderá denegado si la Cámara no se hubiese pronunciado sobre el mismo en el plazo de sesenta días naturales, computados durante el período de sesiones, a partir del día siguiente al del recibo del suplicatorio». Por tanto, la simple inactividad de la Cámara permite sin más que por silencio negativo se entienda desestimada la autorización para proceder. Esta consecuencia resulta contraria al carácter restrictivo de la prerrogativa, lo que hace dudar de su constitucionalidad. La duda se ve incrementada si se tiene en cuenta la exigencia de motivación que ha establecido el Tribunal Constitucional (*infra*), pues la misma conlleva la necesidad de un acuerdo expreso.

11. La cuestión de la motivación del acuerdo parlamentario

Los acuerdos parlamentarios concediendo o denegando la autorización para inculpar o procesar siempre fueron inmotivados.

Sin embargo, sobre este proceder incidió la STC 90/1985, FJ 4, al señalar que «no cabe... excluir la posibilidad de que exigencias que derivan del mandato contenido en el art. 24.1 de la CE sean lesionadas por órganos parlamentarios cuando las mismas llegan a ser el objeto sobre el que incide una decisión de dichos órganos... Esta incidencia se produce, sin duda, en el presente caso. Ha de tenerse en cuenta que la Constitución, mediante su mencionado art. 71.2, ha querido que, en relación a los delitos presuntamente cometidos por los Diputados o Senadores, sea la correspondiente Cámara la que decida acerca de la posibilidad de perseguir o no dichos delitos ante la jurisdicción penal». Y más adelante, FJ 5, insiste: «La posibilidad de conceder o denegar suplicatorios para procesar a Diputados o Senadores en que dicha institución de la inmunidad se concreta queda, así, vinculada a la función de impartir justicia y, en tal medida, le son aplicables los parámetros del art. 24.1 de la CE».

Por eso, la misma STC 90/1985, FJ 6, añade algo que vendría a revolucionar el planteamiento tradicional: «El control que a este TC corresponde, según hemos indicado antes, acerca de la conformidad de las decisiones adoptadas en ejercicio de la inmunidad respecto al art. 24.1 de la CE, no puede llevarnos a revisar o a sustituir esa valoración, pero sí a constatar que el juicio de oportunidad o de intencionalidad se ha producido en las Cámaras, y ello de modo suficiente, esto es, en términos razonables o argumentales. De la existencia o inexistencia de semejante juicio depende, en efecto, que el ejercicio de esa facultad, potencialmente restrictiva del derecho a la tutela judicial, se haya realizado conforme a su propia finalidad y depende, por consiguiente, en el supuesto de que la decisión parlamentaria sea contraria a permitir dicha tutela, que el de-

recho fundamental a esta haya de considerarse o no vulnerado». Y luego, FJ 7, se afirma: «El examen del caso concreto, en que por una Cámara parlamentaria se acuerde denegar la autorización para procesar a uno de sus miembros, es algo, por tanto, que viene impuesto al objeto de determinar **la existencia o no de un razonamiento suficiente para esa negativa**. Este examen puede realizarse tanto en el supuesto de que el correspondiente acuerdo aparezca adoptado en forma motivada —a lo que no se oponen la Constitución ni los Reglamentos de las Cámaras, pese a que estos impongan carácter secreto a las deliberaciones previas a la aprobación de tales acuerdos— como en el supuesto que dicha motivación no se aporte. El examen puede revestir, en este último supuesto, mayores dificultades, pero siempre cabrá resolver que el razonamiento en que el acuerdo parlamentario se fundamenta es o no deducible, bien mediante las alegaciones que por la representación de la correspondiente Cámara se formulen en el proceso de amparo, bien a partir de las circunstancias que concurren en la acción penal que dio lugar al suplicatorio».

Esta jurisprudencia ha sido confirmada por la posterior STC 206/1992, FJ 4.

Lo anterior, como reconoce el propio Tribunal, plantea la ardua cuestión de cómo motivar suficientemente en un procedimiento caracterizado por el secreto de las deliberaciones. Y también porque la motivación no puede consistir en otra cosa que en la apreciación más o menos detallada de la concurrencia de móviles políticos. En todo caso, lo que queda claro es que es a través de esta vía como el Tribunal Constitucional puede controlar si la denegación parlamentaria vulnera el derecho a la tutela judicial.

12. La inmunidad en la práctica

En la práctica se observa una tendencia creciente de las Cámaras a autorizar las inculpaciones o imputaciones solicitadas, lo cual resulta ajustado al fundamento antes comentado. El cuadro siguiente es bastante expresivo (Tabla 1).

	Leg. Const.	I Leg.	II Leg.	III Leg.	IV Leg.	V Leg.	VI Leg.	VII Leg.	VIII Leg.	IX Leg.	X Leg.	XI Leg.	XII Leg. ⁽¹⁾
CONGRESO DE LOS DIPUTADOS													
Concedidos	-	2	6	3	6	2	5	1	-	3	1	-	1
Denegados	-	5	5	4 ⁽²⁾	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Otras situaciones: caducado, retirado, devolución, etc.	1	-	3	1	-	1	2	-	-	-	1	-	-
SENADO													
Concedidos	-	3	2 ⁽³⁾	2	4	5	9	3	2	2	2	1	-
Denegados	1	4	2	8 ⁽⁴⁾	3	-	1	-	-	-	-	-	-
Otras situaciones: caducado, retirado, devolución, etc.	-	-	1	-	-	-	1	-	-	1	1	-	-

(1) Hasta febrero de 2018.

(2) Tres de estos se tramitaron al amparo de la Ley Orgánica 3/1985, luego declarada inconstitucional.

(3) Uno de estos suplicatorios fue denegado por el Senado, pero concedido más tarde a raíz de la STC 90/1985, caso Barral. En el presente cuadro se computa a ambos efectos.

(4) Uno de estos se tramitó al amparo de la Ley Orgánica 3/1985, luego declarada inconstitucional. Otro fue declarado nulo por la STC 206/1992.

IV. FUERO

Una tercera prerrogativa es la recogida en el art. 71.3 CE: «en las causas contra Diputados y Senadores será competente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo». Por tanto, la inculpación, procesamiento, juicio y adopción de medidas procesales pertinentes solo corresponde a dicho órgano judicial, una vez obtenida la autorización ya comentada. De ahí, como ya se vio, que los suplicatorios a las Cámaras tengan que elevarse por el mismo.

La STC 22/1997, FJ 6, expone así su fundamento: «La prerrogativa de aforamiento actúa... como instrumento para la salvaguarda de la independencia institucional tanto de las Cortes Generales como del propio Poder Judicial, o, dicho de otro modo, el aforamiento preserva un cierto equilibrio entre los poderes y, al propio tiempo, la resistencia más eficaz frente a la eventual trascendencia de la resolución judicial en la composición del Parlamento. Por ello, no es de extrañar que el constituyente atribuyese expresamente el conocimiento de tales causas a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en tanto que órgano jurisdiccional superior de los que integran aquel poder del Estado (art. 123.1 CE)». No acaban de convencer estas palabras, si se tiene en cuenta que en la inmensa mayoría de los Parlamentos de nuestro entorno no existe semejante aforamiento, sin que aparentemente se produzca ninguna lesión de su independencia o de la del Poder judicial.

La misma STC, en FJ 8, interpreta de modo amplio el ámbito material del fuero: «Cuando la Constitución proclama en su art. 71.3 que “en las causas contra Diputados y Senadores será competente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo”, está estableciendo un contenido absolutamente indisponible de esta prerrogativa, de tal manera que, *cualquiera que sea la causa*, esta pasará al Tribunal Supremo». Por tanto, el fuero parece afectar también al enjuiciamiento de las faltas, si bien es cierto que el anterior pronunciamiento no pareció estar pensado en relación a esta cues-

tión. La LECrim. debería ser reformada para precisar este extremo, pareciendo deseable que las faltas o delitos menores quedasen al margen del fuero.

En cambio, el ámbito subjetivo se interpreta restrictivamente pues «... la causa... pasará al Tribunal Supremo desde el momento en que la misma afecte a un Diputado o Senador, y mientras no se pierda la condición de miembro de las Cortes Generales». Consiguientemente, si el imputado deja de ser parlamentario, la causa debe devolverse al Juzgado de Instrucción o Tribunal que normalmente habría intervenido.

Por lo demás, este fuero particular produce dos consecuencias negativas. Por un lado, la imposibilidad de someter el fallo de la Sala 2.^a a una revisión judicial, dado que por su propia condición no existe recurso ordinario frente a sentencia del Tribunal Supremo. Esto podría perjudicar el derecho del condenado a obtener una revisión por una instancia superior, reconocido por el propio Tribunal Constitucional como parte del derecho a un proceso con todas las garantías (SSTC 42/1982, FJ 3; 76/1982, FJ 5; 60/1985, FJ 2; 140/1985, FJ 2; 30/1986, de 20 de febrero, FJ 2; 190/1994, FJ 2; 133/2000, FJ 3), derecho también reconocido en el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Siendo consciente de esta contradicción, la STC 64/2001, FJ 7, la salva en la forma siguiente: «... ha de entenderse que el constituyente efectuó una inicial ponderación del derecho al doble grado de jurisdicción de Diputados y Senadores y de las necesidades de protección tanto de la independencia de la propia institución parlamentaria como del Poder Judicial. Ponderación que... no resulta ajena al entendimiento de los países de nuestro entorno jurídico-constitucional respecto del alcance de este derecho, pues como excepción al mismo se admite el caso en el que el Tribunal Superior en el orden penal haya conocido en primera y única instancia (art. 2.2 del Protocolo 7 CEDH). Dicha ponderación convierte en innecesaria una ulterior valoración expresa de la proporciona-

lidad de la restricción de este derecho fundamental, en otro caso imprescindible, dado que, como este Tribunal tiene declarado, toda restricción de derechos fundamentales debe responder a un fin constitucionalmente legítimo y ser instrumento necesario y adecuado para alcanzar dicho objetivo».

Por otro lado, este fuero puede extenderse a individuos no parlamentarios imputados en la misma causa, que así se verían privados del derecho a una segunda instancia. La LECrim. (arts. 17.1, 272.3, 300) ha venido estableciendo, por razones no exentas de lógica, el enjuiciamiento conjunto en un único procedimiento de los delitos conexos. La STC 64/2001, seguramente por lo inevitable del mandato del art. 71.3 CE, dio por buena esta consecuencia. No obstante, para evitar los rigores de esta fórmula, la reciente Ley 41/2015, de 5 de octubre, manteniendo la regla general, permite su excepción cuando la causa única suponga excesiva complejidad o dilación para el proceso. Esto da lugar a la formación de piezas separadas para el enjuiciamiento de delitos conexos, al amparo del art. 762.6.º de la LECrim.

V. ASIGNACIÓN

Finalmente, el art. 71.4 CE dispone: «Los Diputados y Senadores percibirán una asignación que será fijada por las respectivas Cámaras». Se trata de una medida, coincidente con la introducida en la mayoría de los Parlamentos en el siglo XX, con dos finalidades básicas: por un lado, asegurar la independencia material de los que tienen a su cargo tan importantes funciones, alejando la presión que sobre los mismos podrían ejercer los intereses y poderes económicos. Por eso, el art. 23.1 RS declara estas percepciones «irrenunciables e irretenibles». En segundo lugar, se trata de democratizar el acceso al Parlamento, al permitir que personas sin recursos puedan ejer-

cer el mandato parlamentario, de otra forma imposible al tener que atender a su sustento y el de su familia. Esta circunstancia se ve hoy día intensificada como consecuencia del alto grado de dedicación que suele comportar la vida parlamentaria.

En la actualidad esta asignación se divide en: a) asignación mensual, igual para todos los Diputados y Senadores; b) complemento variable por razón de cargo (presidentes, vicepresidentes, portavoces, etc.), y c) indemnización para gastos de alojamiento y manutención, variable en función de lugar de residencia, y (única parte) fiscalmente exenta. Además, los parlamentarios tienen derecho a utilizar gratuitamente los medios de transporte público y a una indemnización a tanto alzado cuando utilicen su vehículo personal. Las Cámaras abonan la cotización a la Seguridad Social o a clases pasivas y mutualidades obligatorias.

De otra parte, los parlamentarios disponen de despacho y otros medios técnicos, así como de un número variable de asistentes que se distribuyen por grupos parlamentarios.

Para más información puede verse:

http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Diputados/RegEcoyProtSoc/regimen_economico_diputados.pdf

<http://www.senado.es/legis9/senadores/index.html>

De otra parte, y aun no siendo propiamente asignación, debe mencionarse el Reglamento de pensiones y otras prestaciones a favor de ex parlamentarios, aprobado por acuerdo de las Mesas del Congreso y del Senado de 11 de julio de 2006 (http://www.senado.es/legis8/publicaciones/pdf/cortes/bocg/CG_A278.PDF), reglamento que ha sufrido recortes importantes en los últimos años.

BIBLIOGRAFÍA

ARANDA ÁLVAREZ, E., «Consideraciones sobre la naturaleza de la inmunidad parlamentaria y la necesidad de objetivar los criterios para la concesión de los suplicatorios (comentario a la STC 206/1992, de 27 de noviembre, “caso González Bedoya”)», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 28, 1993, págs. 101-120.

BRETAL VÁZQUEZ, J. M., «Notas a la inmunidad parlamentaria (Comentarios a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de julio de 1985)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 15, 1985, págs. 205-213.

COBREROS MENDAZONA, E., «El *status* parlamentario como derecho fundamental garantizado por el artículo 23.2 de la Constitución», en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (Coord.), *Estudios sobre la Constitución española; Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. 3, 1991 págs. 2125-2184.

CRESPO ALLEN, M., *La inmunidad parlamentaria en los Estados miembros de la Comunidad Europea y en el Parlamento Europeo: documento de trabajo*, Parlamento Europeo, Dirección General de Estudios, División de Asuntos Presupuestarios, Culturales y de Derecho Comparado, Luxemburgo, 1993.

FERNÁNDEZ-MIRANDA, A., «Origen histórico de la inviolabilidad e inmunidad parlamentaria», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 10, 1986.

FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, P., *El Juez natural de los parlamentarios*, 1.^a ed., Civitas, Madrid, 2000.

— *La inviolabilidad e inmunidad de los Diputados y Senadores: la crisis de los «privilegios» parlamentarios*, 1.^a ed., Civitas, Madrid, 1990.

FIGUERUELO BURRIEZA, A., «El grado de suficiencia en la motivación del suplicatorio y la doctrina del Tribunal Constitucional (comentario a la sentencia 206/1992, de 27 de noviembre)», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 27, 1992, págs. 33-65.

GARCÍA LÓPEZ, E., *Inmunidad parlamentaria y estado de partidos*, Tecnos, Madrid, 1985.

GARCÍA MORILLO, J., «Contenido, finalidad constitucional y control de la inmunidad parlamentaria», *Cuadernos y debates*, núm. 46, Centro de Estudios Constitucionales, 1994 págs. 73-113.

— *Estado de partidos*, Tecnos, Madrid.

MANUEL ABELLÁN, A., *Estatuto de los parlamentarios y los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1992.

MARCHENA LÓPEZ, M., «Procesos penales contra aforados», *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 10, abril 1994, págs. 405-525.

MARTÍN PALLÍN, J. A., «Inmunities y privilegios de los parlamentarios», *Relaciones entre el Poder Legislativo y el Poder Judicial*, Seminario celebrado en Vitoria-Gasteiz los días 17, 18 y 19 de enero de 2007, Eusko Legebiltzerra-Parlamento Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2007, págs. 33-44.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., «El control por el Tribunal Constitucional de la actividad no legislativa del Parlamento», en ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO, *Las Cortes Generales*, vol. 2, 1987, págs. 1485-1547.

MARTÍNEZ SOSPEDRA, M., «La inmunidad parlamentaria: nota a la STC 206/1992 de 27 de noviembre. El Tribunal Constitucional en un callejón sin salida», *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 3, 1993, págs. 97-114.

ORTEGO PÉREZ, F. J., «Las garantías procesales sobre la acusación ejercida contra senadores y diputados», *UNED. Boletín de la Facultad de Derecho*, núm. monográfico 23, 2003, págs. 461-480.

PEÑARANDA, J. L., «Comentario del art. 71 CE», en ALZAGA VILLAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Cortes Generales: Editoriales de Derecho Reunidas, D. L., Madrid, 1996.

SANTAOLALLA LÓPEZ, F., «La inmunidad parlamentaria y su control constitucional: comentario de la Sentencia 206/1992, de 27 de noviembre, del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 38, mayo-agosto 1993, págs. 243-262.

Artículo 72

1. Las Cámaras establecen sus propios Reglamentos, aprueban autónomamente sus presupuestos y, de común acuerdo, regulan el Estatuto del Personal de las Cortes Generales. Los Reglamentos y su reforma serán sometidos a una votación final sobre su totalidad, que requerirá la mayoría absoluta.

2. Las Cámaras eligen sus respectivos Presidentes y los demás miembros de sus Mesas. Las sesiones conjuntas serán presididas por el Presidente del Congreso y se regirán por un Reglamento de las Cortes Generales aprobado por mayoría absoluta de cada Cámara.

3. Los Presidentes de las Cámaras ejercen en nombre de las mismas todos los poderes administrativos y facultades de policía en el interior de sus respectivas sedes.

Sumario: I. Informe reglamentario. II. Referencias normativas actualizadas.

ENRIQUE ARNALDO ALCUBILLA

LETRADO DE LAS CORTES GENERALES
CATEDRÁTICO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS

I. INFORME REGLAMENTARIO

La autonomía de cada Cámara para dictar su propio Reglamento es una facultad que ejercen «sin interferencias de otros órganos o poderes del Estado», si bien dicha autonomía reglamentaria es limitada en cuanto que su contenido y alcance «han de ser determinados a partir de las previsiones del texto constitucional, nunca al margen de ellos, de modo que, aun pudiendo admitirse en principio la disponibilidad de la Cámara sobre los trámites y la cronología del procedimiento, el alcance de tal disponibilidad será el que resulte de los preceptos constitucionales que, en su caso, lo regulen, con las restricciones que al efecto se establezcan» (STC 234/2000, de 3 de octubre). El TC ha reconocido que el Re-

glamento parlamentario son parámetros de constitucionalidad formal en cuanto a los vicios del procedimiento legislativo, pero solo cuando «alteren de modo sustancial al procedimiento de formación de voluntad en el seno de las Cámaras» (SSTC 99/1987, de 11 de junio, y 213/2016, de 15 de diciembre), doctrina que ha de contrastarse con la jurisprudencia constitucional, según la cual la autonomía parlamentaria está garantizada constitucionalmente (art. 72) y la propia naturaleza del art. 23.2, como derecho de configuración legal, «también obligan a otorgar a los Parlamentos y, significativamente, a sus órganos rectores un margen de aplicación en la interpretación de la legalidad parlamentaria que este Tribunal no puede desconocer» (STC 185/2016, de 3 de noviembre).

Sobre las normas complementarias de los Reglamentos y las resoluciones interpretativas dictadas por los órganos de dirección de las Cámaras, la STC 57/2011, de 3 de mayo, señala que «tienen su límite inmediato en el Reglamento mismo, de manera que la práctica parlamentaria efectivamente instaurada [se trataba en concreto de la práctica de exigir la firma del portavoz del grupo parlamentario en una solicitud de información de un diputado, a pesar de que el art. 7 RCD solo exige *el previo conocimiento*] no puede resultar tan restrictiva que impida u obstaculice desproporcionadamente las facultades reconocidas a los parlamentarios en el ejercicio de sus funciones constitucionalmente garantizadas (SSTC 177/2002, de 14 de diciembre, y 190/2009, de 28 de septiembre). En otras palabras: las normas parlamentarias son eficaces para la regulación del modo de ejercicio de las prerrogativas parlamentarias, pero no pueden restringir su contenido reconocido en la norma reglamentaria».

Corresponde a los Reglamentos parlamentarios «una función ordenadora de la vida de las Cámaras, para articular las fases o procedimientos que se desarrollan en su seno» (SSTC 227/2004, de 29 de noviembre, 49/2008, de 9 de abril, y 136/2011, de 13 de septiembre), función ordenadora que reitera la STC 213/2016, de 15 de diciembre, en la que examina la tramitación parlamentaria de la Ley 1/2013, que es «reprobada» por los recurrentes en un «juicio de evidente valor político, pero (que) no convierte por ser la norma, desde el punto de vista jurídico constitucional, en contraria a la Constitución» (FJ 3). Concretamente cuando analiza la impugnación de la tramitación conjunta de las dos iniciativas que conformaron finalmente dicha Ley, el TC dice:

«La adopción de dicha decisión de tramitación conjunta por la Mesa de la Comisión y las correspondientes ponencias ha de enmarcarse en el asunto de la autonomía parlamentaria constitucionalmente garantizada, sin perjuicio de que para ello es exigible, como en el

ejercicio del derecho de enmienda, que exista una conexión material entre ambas iniciativas (por todas, STC 216/2015), conexión material de la que no solo no están huérfanos ambos textos, sino que eran congruentes con su objeto, espíritu y fines esenciales, aunque las medidas previstas en cada uno fueran idénticas» (FJ 4, que concluye descartando la existencia «de lesión por vicios en el procedimiento de aprobación de la Ley 1/2013 en los términos planteados por los recurrentes»).

En fin, hemos de reseñar la STC 150/2017, de 21 de diciembre, dictada en el recurso de inconstitucionalidad contra el Real Decreto-Ley 15/2012, de modificación del régimen de administración de la Corporación RTVE, que, a juicio de los recurrentes, vulnera la reserva del Reglamento del art. 72 CE por entrometerse en la esfera de autonomía reservada constitucionalmente a las Cortes. La alegación es rechazada porque «la forma de elección de los miembros del Consejo de Administración y del Presidente de la Corporación RTVE no es parte de la misma». Tras reiterar la función ordenadora interna de los Reglamentos Parlamentarios y de sus disposiciones de desarrollo, concluye que si la redacción del Real Decreto-Ley impugnado «modificó el sistema de designación de los consejeros, y si ello tuvo alguna incidencia sobre el funcionamiento interno de las Cámaras, regulado en la Resolución de las Mesas de 12 de noviembre de 2007, nada impide a dichas Cámaras modificar su norma al respecto, en caso de estimarlo necesario» (FJ 10).

Sobre las reformas paralelas y las propuestas de reforma global del Reglamento del Congreso de los Diputados véase GUTIÉRREZ VICEN (en M.^a R. RIPOLLÉS, 2012) y sobre el alcance y contenido del *non nato* Reglamento de las Cortes Generales me remito al comentario de la directora de la obra citada a la disposición final tercera del Reglamento del Congreso y a la tesis doctoral de D. MORENO HURTADO, que tuvo el honor de dirigir en 2017 y que está pendiente de publicación.

II. REFERENCIAS NORMATIVAS ACTUALIZADAS

Por una parte, el Estatuto de Personal de las Cortes Generales de 2006 ha sido modificado por acuerdo de las Mesas de ambas Cámaras, en reunión conjunta de 16 de septiembre de 2008, de 21 de septiembre de 2009 y de 10 de mayo de 2016.

La protección penal que el ordenamiento jurídico ofrece a las Cámaras se contiene en el art. 429 y ss. del Código Penal.

Debe reseñarse, en relación con el Congreso de los Diputados, que su Mesa adoptó el Acuerdo de 17 de noviembre de 2008, por el que aprueba las normas de contracción de obligaciones, ordenación y fiscalización del gasto y ordenación de pagos, poniendo al día normas anteriores de 1982. La referencia a la Ley de Contratos del Sector Público debe entenderse hecha a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

BIBLIOGRAFÍA

ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, I., *El Parlamento moderno. Importancia, descrédito y cambio*, Iustel, Madrid, 2017.

RIPOLLÉS SERRANO, M.^a R. (Dir.), *Comentarios al Reglamento del Congreso de los Diputados*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2012.

Artículo 73

1. *Las Cámaras se reunirán anualmente en dos períodos ordinarios de sesiones: el primero, de septiembre a diciembre, y el segundo, de febrero a junio.*

2. *Las Cámaras podrán reunirse en sesiones extraordinarias a petición del Gobierno, de la Diputación Permanente o de la mayoría absoluta de los miembros de cualquiera de las Cámaras. Las sesiones extraordinarias deberán convocarse sobre un orden del día determinado y serán clausuradas una vez que este haya sido agotado.*

Sumario: I. Permanencia y discontinuidad del ejercicio de las funciones parlamentarias. II. Programación del trabajo parlamentario. III. Las Cámaras fuera del período de sesiones. IV. Las sesiones fuera del período de sesiones. V. La práctica parlamentaria tendente a la ultracontinuidad de las Cámaras.

JUAN CARLOS DA SILVA OCHOA

LETRADO DEL PARLAMENTO VASCO (EN EXCEDENCIA)
MAGISTRADO

I. PERMANENCIA Y DISCONTINUIDAD DEL EJERCICIO DE LAS FUNCIONES PARLAMENTARIAS

La evolución de la institución parlamentaria desde sus orígenes en las asambleas estamentales ha conllevado muchas transformaciones, y una de las más relevantes es su conversión en órgano permanente del Estado. En nuestro sistema constitucional, la Constitución de 1812 marcó un punto de inflexión también respecto de la continuidad parlamentaria. Así, el art. 104 impuso la reunión anual de las Cortes (subrayando la estabilidad de su diseño institucional en el inciso que prevé la existencia de *un edificio destinado a este solo objeto* en la capital del reino). Por su parte, el art. 106 fijó por primera vez la duración de sus sesiones: tres meses consecutivos al año, dando principio el día primero del mes de marzo (con la posibilidad de prórroga a pe-

tición del Rey o si las Cortes lo creyeren necesario por una resolución de las dos terceras partes de los diputados, conforme al art. 107). Es asimismo indicativa la redacción elegida para el art. 108, que prefiere subrayar la temporalidad de los miembros en lugar de referirse a una nueva constitución de la institución: *Los diputados se renovarán en su totalidad cada dos años.*

Estas normas son trasunto de un fenómeno generalizado. Una de las consecuencias del éxito del régimen constitucional, del que es testigo el devenir histórico del siglo XIX, fue precisamente el reforzamiento del Parlamento, que progresivamente adquirió mayor centralidad, como consecuencia de la generalización del principio democrático, garantizado por el mecanismo de la renovación electoral. Un Parlamento cada vez más presente en la vida cotidiana del Estado tuvo que convertirse

en una institución cada vez más organizada, mejor dotada y con más tiempo hábil para deliberar y decidir, progresivamente emancipada de la convocatoria por instancias ajenas.

Ahora bien, la manera en la que se integraba el Parlamento liberal, a través de representantes temporales, que en muchos casos residían en la circunscripción que los elegía y que en buen número seguían ejerciendo su labor, oficio o profesión, obligaba a armonizar el carácter cada vez más permanente de la institución con las necesidades de sus miembros, por lo que sin solución de la continuidad se fijaron periodos para la reunión de los parlamentarios y otros en los que estos no se reunían. Más adelante, la discontinuidad parlamentaria se justificó en la necesidad de los miembros del gobierno y de los propios parlamentarios de tener a su disposición períodos de tiempo en los que desarrollar otras funciones constitucionales (en el caso de los últimos, en el contacto y permanencia en la circunscripción que representaban) sin tener que atender a los debates de una asamblea permanente.

Hoy en día estos períodos siguen existiendo en buena parte de los parlamentos de nuestro entorno histórico-cultural. Con todo, algunas Constituciones han optado por el sistema de asamblea permanente; así, por ejemplo, el art. 39.3 de la Ley Fundamental comienza estableciendo que *el Bundestag determinará la clausura y la reapertura de sus sesiones*. Mientras que otras mantienen el sistema de concentrar el trabajo en períodos de sesiones; así, la vigente Constitución francesa de 1958, que en su art. 28 prevé un único periodo de sesiones —del primer día laborable del mes de octubre hasta el último día laborable de junio—, sin que el número de días del mismo pueda exceder de ciento veinte. Como excepción, se pueden acordar días suplementarios de sesión dentro del período (sin limitación de objetivo), o habilitar un período extraordinario (para tramitar un concreto orden del día —art. 29—). Por su parte, el art. 62 de la vigente Constitución italiana de 1947

establece la automática convocatoria de ambas Cámaras en dos períodos de sesiones que comienzan en los primeros días no festivos de febrero y de octubre; el mismo precepto autoriza la convocatoria extraordinaria de la Cámara de Diputados o del Senado (por iniciativa de su presidente o del Presidente de la Republica, o de un tercio de sus miembros), lo que conlleva la automática convocatoria de la otra Cámara. En el Reino Unido, el período entre elecciones se denomina «parlamento» y, según la *Fixed-term Parliaments Act* de 2011, dura cinco años (aunque en la práctica constitucional la regla de las últimas décadas es la disolución anticipada). Cada uno de los cinco años parlamentarios se denomina «sesión» (*session*), que comienza y termina en primavera. Cada sesión tiene varios recesos, que habitualmente coinciden con la Navidad, la Pascua y el verano.

Es lo cierto que la justificación actual de la división del trabajo de las asambleas en períodos de sesiones parece menos evidente, en un mundo en el que el mandato es ya incompatible con la mayor parte de las actividades privadas (motivo por el cual la retribución por el desempeño del cargo los parlamentarios se ha generalizado), en el que los transportes y los medios de comunicación electrónicos y la informática han acertado considerablemente las distancias y los tiempos, y en el que la dinámica política exige un diálogo ininterrumpido entre las instituciones del Estado.

II. PROGRAMACIÓN DEL TRABAJO PARLAMENTARIO

La Constitución Española prevé que el trabajo de las Cortes Generales se desarrolle en dos períodos de sesiones, a lo largo de nueve meses cada año. Las interrupciones se producen en el mes de enero, y en los de julio y agosto. Tanto el Congreso como el Senado gozan de absoluta autonomía para organizar su trabajo el resto de los meses del año, correspondiendo a sus órganos internos la fijación de la agenda parlamentaria, aunque ambas Cáma-

ras utilizan habitualmente la totalidad del tiempo constitucionalmente hábil para el desarrollo de sus sesiones. La interpretación unánime del apartado segundo del art. 73 y la práctica parlamentaria reiterada permiten concluir que la regla del ap. 1.º se limita a establecer una duración mínima del tiempo de trabajo parlamentario. Esta interpretación ha evitado la reforma constitucional que hubiera exigido la incorporación formal de los meses de enero y julio a los períodos de sesiones, como se ha propuesto con cierta frecuencia.

Así, al inicio de cada período de sesiones la Mesa del Congreso de los Diputados, conforme a la potestad que le confiere el art. 31.1.6.º RCD en orden a programar las líneas generales de actuación de la Cámara, previa audiencia de la Junta de Portavoces, fija el calendario de actividades del Pleno y de las comisiones; es decir, la distribución entre los órganos parlamentarios de aquella duración mínima. La costumbre consolidada es que el Pleno se reúne de martes a jueves, tres semanas al mes, dejando la primera semana del mes al trabajo en la circunscripción. Esta práctica parlamentaria, a la vez que atestigua la necesidad de una presencia cercana de la diputada o diputado respecto de sus electores, limita las razones para la existencia de los períodos de sesiones. Con dicha planificación, las comisiones disponen del resto del tiempo parlamentario para sus sesiones, para las que se elabora un calendario indicativo por la Mesa, que se completa conforme se van concretando las necesidades de cada una de ellas. No hay más límites que el fijado para el número total de sesiones diarias (seis) y el número de salas disponibles en los edificios del Congreso. De manera que si estos límites se alcanzan en un determinado día (considerando separadamente las sesiones matutinas y vespertinas), la Presidencia del Congreso decide el orden de prioridad en atención a criterios predeterminados. Estos criterios son los siguientes, por orden de precedencia: tramitación de proyectos legislativos con competencia legislativa plena, tramitación sin competencia legislativa plena o de convenios

internacionales, comparencias de Ministros, otras comparencias calificadas como urgentes, y otros asuntos. La preferente tramitación de los Presupuestos Generales y la concurrencia del elevado número de diputadas y diputados que exige este procedimiento también se reflejan en el trabajo de las Comisiones, ya que las semanas en las que se celebran las comparencias de la Administración para explicar las partidas presupuestarias y las destinadas a la elaboración del Dictamen de la Comisión de Presupuestos, siguen el régimen de las semanas con sesión plenaria.

En el Senado se celebran sesiones plenarias generalmente dos veces al mes, en semanas alternas. No se admite la celebración de más de tres sesiones de comisión simultáneamente, autorizándolas la Presidencia del Senado por orden de solicitud. El calendario de actividades del Senado se aprueba por la Mesa, oída la Junta de Portavoces, y depende en cierta medida de la remisión de proyectos de Ley desde el Congreso, porque la Constitución impone plazos a la Cámara alta para la segunda lectura en el art. 90 (dos meses con carácter general y veinte días para los proyectos declarados urgentes).

III. LAS CÁMARAS FUERA DEL PERÍODO DE SESIONES

Desde el punto de vista estrictamente jurídico, la división del tiempo en períodos de sesiones y períodos entre sesiones tuvo diversos efectos, algunos desaparecidos, como la pérdida de la inmunidad de los parlamentarios o el cambio en la presidencia de la asamblea que preveía en Italia el Estatuto Albertino de 1848.

Uno de los más importantes entre los que han soportado el paso del tiempo es la caducidad de los proyectos en tramitación, de modo que el Parlamento se ve compelido a decidir sobre ellos antes de la vacación parlamentaria bajo sanción de perder la capacidad de hacerlo.

En nuestro Derecho constitucional vigente, sin embargo, rige un principio distinto, cual es el de interrupción del cómputo de los plazos reglamentarios, de modo que las iniciativas cuya tramitación no ha sido finalizada solo decaen con el fin de la legislatura. Este principio aparece recogido expresamente en los arts. 90.2 RCD y 106.2 RS, que excluyen del cómputo de los plazos los períodos en los que las Cámaras no celebran sesiones, salvo que el asunto en cuestión entre en el orden del día de una sesión extraordinaria.

El único vestigio de aquella caducidad se observa hoy en las interpelaciones y en las preguntas con solicitud de respuesta oral en comisión pendientes al finalizar el período de sesiones. No decaen, pero pierden su naturaleza, tramitándose como preguntas con respuesta escrita, salvo en el caso de que respecto de las primeras el Diputado o el Grupo Parlamentario interpelante las mantengan (art. 182.3 RCD).

Tampoco existe la posibilidad de suspender formalmente la actividad de las Cámaras durante los períodos de sesiones, contra el precedente de la historia de nuestro Derecho Constitucional, en que tal facultad correspondía al Rey o al Gobierno. Por el contrario, la Constitución, habilita un tiempo para el trabajo parlamentario sin excepción alguna.

Por lo demás, en los períodos entre sesiones no se interrumpe completamente la actividad parlamentaria. Si bien no hay sesiones de Pleno ni de Comisión, una parte del trabajo de los miembros de las Cámaras sigue desarrollándose, aunque al margen de las mismas. También continúa con normalidad la actividad instrumental que sirve de dirección y soporte organizativo del trabajo parlamentario: las Mesas se reúnen y ejercen sus funciones y las Secretarías Generales continúan prestando sus servicios.

Para velar por los poderes de las Cámaras cuando estas no están reunidas, en cada una de ellas hay una Diputación Permanente

(art. 78 CE). Son órganos de continuidad, reflejo de la composición de los respectivos plenos, que asumen las funciones de las Cortes cuando ha expirado el mandato de estas (los parlamentarios que las integran son los únicos que conservan tal condición hasta la constitución de las nuevas Cámaras), cuando han sido disueltas y en el período entre sesiones; en el que, además y como se dirá, pueden pedir la convocatoria de sesiones extraordinarias (art. 73.2 CE).

IV. LAS SESIONES FUERA DEL PERÍODO DE SESIONES

Como excepción a las reglas del art. 73.1 CE hasta ahora expuestas, el ap. 2 de este precepto prevé la celebración de sesiones parlamentarias fuera de los períodos ordinarios de sesiones.

Aunque se ha criticado que la Constitución emplee el término «sesiones extraordinarias» y no el de «períodos extraordinarios de sesiones», lo cierto es que lo que la norma está regulando es algo distinto a los períodos de sesiones del apartado anterior, pues aquí se trata de reuniones con fin predeterminado, como se advierte por la exigencia de que exista una convocatoria y un orden del día, cuyo agotamiento determina el fin del tiempo habilitado. De modo que, aunque sean varios los órganos que se pongan en funcionamiento (por ejemplo, ponencia, comisión y pleno, para ultimar la tramitación de un proyecto de ley urgente), lo que existen son sesiones extraordinarias de cada uno de ellos, y no una habilitación general para el trabajo parlamentario en ambas Cámaras, contrariamente a lo previsto para los meses de febrero a junio y de septiembre a diciembre. El art. 116.5 es quizá la única excepción a esta regla, según la cual no existen períodos extraordinarios de sesiones, como veremos más adelante.

Las sesiones extraordinarias son convocadas por la Presidencia respectiva, a instancia del Gobierno, de la Diputación Permanente o de

la mayoría absoluta de los miembros de la Cámara. Pese al modo condicional del verbo usado por el texto constitucional, parece indudable que ejercida la iniciativa por uno de los sujetos legitimados, la Presidencia no puede negarse a la convocatoria. Es sin duda un supuesto singular, en el que se prevé un acto debido, no reconociéndose a la Presidencia la potestad de convocatoria a iniciativa propia, como es la regla (estudiada en el comentario al art. 67.3).

Junto a la previsión indeterminada del art. 73.2, la Constitución recoge dos supuestos específicos en los que debe procederse a la convocatoria de las Cortes fuera de los períodos de sesiones. El primero se encuentra en el art. 86.2, que obliga a reunir al Congreso de los Diputados dentro de los treinta días siguientes a la promulgación de un Decreto-ley, para convalidarlo, derogarlo o acordar su tramitación como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia. El segundo afecta a Congreso y Senado que, según el art. 116.5, quedan automáticamente convocados con la declaración, durante un período entre sesiones, de los estados de alarma, excepción o sitio, y que permanecen en esta situación mientras dure cualquiera de estas situaciones. Con el término «convocatoria automática» la Constitución indica claramente que no es necesaria la solicitud de los sujetos legitimados por el art. 73.2; ni siquiera la convocatoria formal de la Presidencia, contrariamente a lo que ocurre en el supuesto de los Decretos-leyes. Por eso, en ausencia de convocatoria, de orden del día y de tarea específica, la situación del art. 116.5 es propiamente, como avanzábamos con anterioridad, la de un período extraordinario de sesiones.

V. LA PRÁCTICA PARLAMENTARIA TENDENTE A LA ULTRACONTINUIDAD DE LAS CÁMARAS

Junto a las normas expuestas, es inevitable acudir a la práctica parlamentaria para comprender cuál es la actual situación de la acti-

vidad parlamentaria fuera de los períodos ordinarios de sesiones. En los últimos años se ha acentuado la tendencia a ocupar todo el tiempo disponible en los períodos ordinarios con sesiones parlamentarias, bien sea del Pleno bien de las Comisiones, Subcomisiones y Ponencias. Los propios reglamentos facilitan esta proliferación de reuniones; así, el art. 54 RCD obliga a convocar el Pleno si lo solicitan al menos dos Grupos parlamentarios o una quinta parte de los Diputados, y el art. 42 recoge la misma regla para las convocatorias de las Comisiones —aquí, mediando la quinta parte de los miembros de las mismas—.

En los recesos parlamentarios cada vez se convocan más reuniones de los órganos parlamentarios, tanto de gobierno como funcionales, a la vez que se difuminan las fronteras entre unos y otros. Así, las reuniones de las Diputaciones Permanentes se utilizan no solo para debatir sobre la convocatoria de una sesión de control del Gobierno en Comisión o en Pleno, sino para hacer efectivo este control, trasladando a la opinión pública el contenido del juicio que se pretende manifestar en la sesión de control (y, como se ha señalado por la doctrina, renunciando el Gobierno, al no asistir a estas sesiones de la Diputación Permanente, al debate con la oposición). Ante esta situación, no debe extrañar que se haya planteado la posibilidad de que la propia Diputación Permanente se transforme formalmente en foro para el control parlamentario del Gobierno, como excepcionalmente ocurrió en su sesión de 11 de julio de 1985 (en la que el Gobierno solicitó comparecer para explicar los cambios en su composición), o como propugnaron diversos Grupos parlamentarios mediante una proposición de ley publicada en el *BOCG* el 31 de mayo de 2002.

Lo que en todo caso esto indica es que las Cámaras contemporáneas han evolucionado hacia una dinámica funcional que no se alinea bien con el concepto tradicional de los períodos de sesiones, que es el formalmente reflejado en el texto constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

ARAUJO DÍAZ DE TERÁN, M., «Sinopsis del artículo 73 CE» (actualizada por F. GALINDO ELOLA-OLASO y por M. CABRERA), accesible en <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=73&tipo=2>

ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, I., «La continuidad del Parlamento como principio constitucional fundamental, consolidado y expansivo», en *La España constitucional (1978-2018). Trayectorias y perspectivas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, en prensa.

PUNSET, R., *Estudios parlamentarios*, Madrid, 2001,

RECORDER DE CASSO, E. y GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ, P., «Artículo 73», en GARRIDO FALLA, F., *Comentarios a la Constitución*, 3.^a ed., Madrid, 2001.

SANTAOLALLA LÓPEZ, F., «Artículo 73-Período de sesiones», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo VI, Cortes Generales-Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1999, págs. 471 y ss.

Artículo 74

1. Las Cámaras se reunirán en sesión conjunta para ejercer las competencias no legislativas que el Título II atribuye expresamente a las Cortes Generales.

2. Las decisiones de las Cortes Generales previstas en los arts. 94.1, 145.2 y 158.2, se adoptarán por mayoría de cada una de las Cámaras. En el primer caso, el procedimiento se iniciará por el Congreso, y en los otros dos, por el Senado. En ambos casos, si no hubiera acuerdo entre Senado y Congreso, se intentará obtener por una Comisión Mixta compuesta de igual número de Diputados y Senadores. La Comisión presentará un texto que será votado por ambas Cámaras. Si no se aprueba en la forma establecida, decidirá el Congreso por mayoría absoluta.

Sumario: I. Sesiones conjuntas y órganos mixtos como excepción al principio de división funcional del trabajo parlamentario. II. Tipología de las sesiones plenarias conjuntas. III. Sesiones conjuntas de las Mesas. IV. Órganos mixtos Congreso-Senado.

JUAN CARLOS DA SILVA OCHOA

LETRADO DEL PARLAMENTO VASCO (EN EXCEDENCIA)

MAGISTRADO

I. SESIONES CONJUNTAS Y ÓRGANOS MIXTOS COMO EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE DIVISIÓN FUNCIONAL DEL TRABAJO PARLAMENTARIO

Una de las características del bicameralismo, tanto en el parlamentarismo contemporáneo como en el del Estado liberal, es la división de funciones entre las dos Cámaras. La Constitución participa de este modelo y prevé que cada Cámara delibere y adopte acuerdos por separado, actuando con competencia exclusiva, simultánea o sucesiva. Así, por ejemplo, la convalidación de los Decretos-leyes o la investidura del Presidente del Gobierno corresponden en exclusiva al Congreso de los Dipu-

tados (arts. 86.2 y 99, respectivamente), la elección de Magistrados del Tribunal Constitucional a ambas Cámaras simultánea aunque independientemente (159.1 CE) y la aprobación de las leyes a ambas Cámaras en debates y votaciones sucesivas (90 CE). La división de funciones de las Cámaras responde al distinto perfil institucional con el que parecen revestidas en la Norma Fundamental, que, como en otros sistemas bicamerales, intenta aprovechar la dualidad interna del parlamento para incrementar su funcionalidad y consolidar su legitimación.

Como excepción a esta regla general la Constitución enumera algunas potestades parlamentarias que deben ejercerse a través

de sesiones conjuntas o a través de órganos mixtos compuestos por miembros de ambas Cámaras. Estas excepciones no suponen la creación de instituciones constitucionales nuevas, conceptual u operativamente distintas de las dos Cámaras en que se organiza el poder legislativo. En realidad, se trata de manifestaciones orgánicas de las relaciones de cooperación entre las mismas, que siguen monopolizando las potestades constitucionales de legislación, presupuestación, control e impulso de la acción gubernamental (art. 66.2), con el perfil que la Constitución atribuye respectivamente a cada una de ellas.

El instrumento idóneo para regular el desarrollo de las sesiones conjuntas es el Reglamento de las Cortes Generales, previsto en el art. 72.2 CE, a cuyo tenor las sesiones conjuntas serán presididas por el Presidente del Congreso y se regirán por un Reglamento de las Cortes Generales aprobado por mayoría absoluta de cada Cámara. A este Reglamento se refieren también el art. 27.2.d) LOTC y los Reglamentos de ambas Cámaras. Pero tras cuarenta años de vigencia de la Constitución, esta norma aún no ha visto la luz, por lo que, conforme a la DF 3.^a RCD y a la DA 2.^a RS, se aplican supletoriamente los Reglamentos de cada Cámara, en la forma que se explica más abajo.

II. TIPOLOGÍA DE LAS SESIONES PLENARIAS CONJUNTAS

Existen tres tipos de sesiones conjuntas: las previstas con ese carácter por el art. 74.2 CE, las sesiones conjuntas de los Plenos con motivo de ocasiones solemnes y las sesiones conjuntas de las Mesas del Congreso y del Senado. Las dos últimas modalidades han sido consagradas por la práctica parlamentaria, y en parte han encontrado acomodo en los reglamentos.

El art. 74.2 dispone que las competencias no legislativas de las Cortes Generales relativas

a la Corona se ejercen en sesión conjunta. Se trata de los siguientes supuestos:

- a) La provisión a la sucesión de la Corona en el caso de que se hayan extinguido todas las líneas llamadas en derecho (57.3).
- b) La resolución sobre la expresa prohibición de matrimonio de personas con derecho a la sucesión en el trono (57.4).
- c) El reconocimiento de la inhabilitación del Rey para ejercer su autoridad (59.2).
- d) El nombramiento de Regente o Regentes (59.3).
- e) El nombramiento del tutor del Rey menor (60.1).
- f) El juramento y la proclamación del Rey (61.1).
- g) El juramento del Príncipe heredero (61.2).
- h) El juramento del Regente o Regentes (61.2).
- i) La autorización del Rey para que declare la guerra o haga la paz (63.3).

Como puede verse, todas ellas son competencias que tienen que ver con la titularidad o la sucesión en la Corona y con la Regencia, salvo el último inciso (en el que materialmente la función que se fiscaliza se ejerce por el Gobierno, como director de la defensa y de la política exterior del Estado —art. 97 CE—). La Constitución, por tanto, ha querido rodear al ejercicio de las funciones relacionadas con la jefatura del Estado de una especial solemnidad que les dota de una privilegiada resonancia para la opinión pública. Resta tan solo una competencia en este ámbito que no se ejerce por acuerdo adoptado en sesión conjunta, sino a través del procedimiento de aprobación de leyes orgánicas, «las abdicaciones y renuncias y cualquier duda de hecho o de Derecho que ocurra en el orden de sucesión de la Coro-

na» (art. 57.5 CE), materia en la que, por tanto, el equilibrio entre ambas Cámaras se decanta en favor del Congreso, preeminente en todo procedimiento legislativo.

Las Cortes Generales conocen otras dos especies de sesiones solemnes y conjuntas de los Plenos que se diferencian de las anteriores no solo porque no están expresamente previstas en la Constitución, sino, sobre todo, porque en ellas no se delibera ni se adopta acuerdo; en ellas las Cámaras son meras destinatarias de mensajes institucionales, a los que pueden responder por medio de quien preside la sesión, pero también en forma estrictamente institucional o protocolaria, es decir, sin fijación de posición de partido o grupo. Es esta una de las formas en que las Cortes Generales ejercen la representación del pueblo español en su conjunto, tal y como les viene atribuida por el art. 66.1 de la Constitución.

En primer lugar, la práctica ha consolidado una sesión solemne de apertura de la legislatura, con asistencia del Rey, que dirige un mensaje a las Cámaras, lo que evidentemente va más allá de la previsión del art. 62.b) CE, que se únicamente se refiere a la potestad regia de convocar las Cortes Generales (que materialmente corresponde de nuevo al Gobierno, y más en concreto a su Presidente —art. 167 LOREG—), de la que se habla en el comentario al art. 67.3. En la actualidad, el art. 5 RCD dispone que dentro del plazo de los quince días siguientes a la celebración de la sesión constitutiva, tiene lugar la solemne sesión de apertura de la legislatura. Como se ve, la intervención de la Corona deriva exclusivamente de la práctica parlamentaria, porque el Reglamento no prefigura el formato de esta sesión solemne, y las Cortes ya se han constituido y elegido a sus órganos rectores, que son los encargados de convocar esta sesión de apertura, de carácter eminentemente simbólico (a la que asisten los Senadores, que en general gozan de la facultad de asistir a todas las sesiones del Pleno y de las Comisiones de la Cámara Baja que no sean secretas: art. 66 RCD).

En segundo lugar, las Cámaras se reúnen en sesión conjunta con ocasión de la visita a las Cortes Generales de algunos Jefes de Estado extranjeros, o para celebrar determinados acontecimientos singulares. Así ocurrió el 22 de noviembre de 2000, con motivo del vigésimo quinto aniversario de la proclamación de Don Juan Carlos I como Rey de España. E, igualmente, el 19 de junio de 2014, para la proclamación como Rey de España de Don Felipe VI de Borbón. Un último ejemplo es el Acto conmemorativo del XL Aniversario de las Elecciones de 1967, que, presidido por los Reyes, tuvo lugar el 28 de junio de 2017. Aunque las convocatorias prefieren denominar a estos actos «sesiones solemnes», no parece que existan motivos sustantivos para suponer que estemos ante un tipo de sesión parlamentaria distinto de las sesiones conjuntas, previstas en la Constitución y a las que la práctica parlamentaria ha dotado de un contenido algo más extenso que el previsto en la Norma Fundamental.

III. SESIONES CONJUNTAS DE LAS MESAS

Además de estas sesiones conjuntas de los Plenos, también se reúnen en sesión conjunta las Mesas, para resolver sobre aspectos instrumentales y de organización del trabajo parlamentario. En cuanto a lo primero, se han aprobado en sesión conjunta de las Mesas el Estatuto del Personal de las Cortes Generales (cuya versión vigente fue aprobada en la sesión conjunta de las Mesas de 27 de marzo de 2006, *BOE* de 5 de abril, con modificaciones diversas, la última de las cuales proviene de una sesión conjunta de 2016), el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Defensor del Pueblo (sesión conjunta de 6 de abril de 1983, *BOE* de 18 de abril, y última reforma de 2012), las Normas de Publicaciones Oficiales de la Cortes Generales (sesiones conjuntas de 17 de enero de 1991, 21 de abril de 1992 y 19 de diciembre de 1996), las que regulan el Registro de Intereses (sesión conjunta de 18 de diciembre de 1995), o

las que acuerdan la creación y composición de los Grupos de Amistad de carácter Mixto con otros Parlamentos y resuelven en relación con las delegaciones en las Asambleas parlamentarias de organizaciones internacionales (como el Consejo de Europa, la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa o la Organización del Tratado del Atlántico Norte, entre otras). También se aprueba en sesión conjunta el proyecto de presupuesto de las Cortes Generales. Por lo que respecta a cuestiones de procedimiento, las Mesas han aprobado en sesión conjunta el relativo a la tramitación de la Cuenta General del Estado (1 de marzo de 1984) o el de renovación del Consejo General del Poder Judicial (11 de julio de 2006). Dentro de este apartado merecen mención específica las normas relativas al funcionamiento de las comisiones mixtas, de las que se hablará a continuación: del Tribunal de Cuentas (3 de marzo de 1983), de relaciones con el Defensor del Pueblo (21 de abril de 1992 y 25 de mayo del 2000), para la Unión Europea (21 de septiembre de 1995), y de control parlamentario de la Corporación RTVE y sus sociedades (27 de febrero de 2007). Con carácter general, en la sesión conjunta de 20 de mayo de 2004 se acordaron los criterios para la composición de las comisiones mixtas Congreso-Senado.

IV. ÓRGANOS MIXTOS CONGRESO-SENADO

Los órganos mixtos Congreso-Senado son órganos compuestos por miembros de ambas Cámaras, distintos por tanto de los existentes en cada una de ellas, contrariamente a lo que ocurre en las sesiones conjuntas, en las que no actúa un órgano especial, sino los órganos ordinarios (Pleno o Mesa) de cada Cámara. Prueba de ello es que las Cámaras por separado carecen de autonomía normativa, porque el Reglamento que rige las sesiones conjuntas debe ser aprobado por Congreso y Senado, como se ha dicho (art. 72.2 CE). Los únicos órganos mixtos que existen en nuestro Derecho constitucional son las comisiones mixtas,

que pueden ser de dos clases: ordinarias y de conciliación.

En el primer supuesto, las Cámaras deliberan y resuelven a través de órganos estables, cuya creación viene impuesta por una norma de naturaleza legal (DT 1.^a de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas; Ley Orgánica 3/1981, del Defensor del Pueblo, con la modificación introducida por la Ley Orgánica 2/1992, de 5 de marzo; Ley 8/1994, de 19 de mayo, «por la que se regula la Comisión Mixta para la Unión Europea»; Ley 17/2006, de 5 de junio, de la Radio y Televisión de Titularidad Estatal). Según el art. 46.2 RCD, las comisiones que deban constituirse por disposición legal son Comisiones Permanentes. Actúan como órgano conjunto de estudio y preparación del trabajo de los respectivos plenos, como foro especializado para el ejercicio de las funciones de control e impulso de la acción del Gobierno, o como mecanismo de relación ordinaria con instituciones y órganos dependientes del Parlamento.

La ya citada resolución de las Mesas del Congreso y del Senado reunidas en sesión conjunta, de 20 de mayo de 2004, establece las normas que rigen la composición de las Comisiones Mixtas, atribuyendo a cada Grupo Parlamentario un número de miembros, y dictando normas sobre el cómputo de votos, sobre su sede (que estará en la Cámara a la que pertenezca su presidente), y sobre el Reglamento por el que rigen, que será el de la Cámara en la que tienen su sede.

En su segunda modalidad, las Cámaras ejercen sus potestades por separado de manera simultánea o sucesiva para llegar a un único acto imputable al Parlamento. Si hay discrepancias en cuanto al contenido de dicho acto, la Constitución prevé que estas se diriman en un órgano *ad hoc*, que adopta la forma de comisión mixta. Por tanto, no son Comisiones Permanentes, como las Comisiones Mixtas del tipo anteriormente analizado. Si no es posible el acuerdo, porque el texto que la comisión aprueba y presenta a los respectivos plenos es

rechazado, la última palabra corresponde al Congreso, por mayoría absoluta.

Los tres supuestos previstos en el art. 74.2 CE son los siguientes:

1.º La autorización previa de las Cortes para la prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de Tratados o Convenios Internacionales cuando estos tengan carácter político, militar, afecten a la integridad territorial del Estado o a los derechos y deberes fundamentales establecidos en el Título I, impliquen obligaciones financieras para la Hacienda Pública, o supongan modificación o derogación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución (art. 94.1 CE). El Gobierno dispone de un plazo de 90 días (ampliables a 180 con causa justificada) para enviar al Congreso la solicitud de autorización, junto con el texto del Tratado o Convenio, una memoria que justifique la solicitud y las reservas y declaraciones que el Gobierno pretende formular, contados a partir de la fecha del Acuerdo del Consejo de Ministros, y el Congreso debe resolver en 60 días (arts. 154 a 160 RCD). No hay previsión de plazos para la tramitación en el Senado; del acuerdo se da cuenta al Gobierno y al Congreso, y si difiere del adoptado en la Cámara baja, se constituye la Comisión Mixta (arts. 144 a 146 RS).

2.º La autorización de las Cortes Generales para la celebración de acuerdos de cooperación entre Comunidades Autónomas distintos de los que, para la gestión y prestación de servicios propios de las mismas prevean sus respectivos Estatutos de Autonomía (art. 145.2 CE). Aunque según la Constitución la tramitación debe comenzar por el Senado, el estrecho margen que los Estatutos de Autonomía (actuando como fuentes del Derecho parlamentario estatal) han impuesto a las Cortes (estableciendo su aprobación tácita si en el plazo de 30 días desde su remisión a las Cámaras, estas no manifiestan reparos o acuerdan su tramitación como acuerdos de cooperación), ha determinado que en la práctica

Congreso y Senado examinen simultáneamente los acuerdos. Esta práctica se ha consolidado en el art. 166 RCD, cuyo ap. 1 prevé que el acuerdo pueda ser enviado a la Comisión Constitucional del Congreso sin necesidad de que vaya acompañado de la comunicación del Senado. Si el criterio de ambas Cámaras es coincidente, se comunica a los presidentes de las Comunidades Autónomas afectadas. Si no lo es, se nombra la Comisión Mixta (arts. 166 RCD y 137 a 140 RS).

3.º La distribución en las Comunidades Autónomas y provincias, en su caso, de los recursos del Fondo de Compensación con destino a gastos de inversión (158.2 CE). La disposición constitucional sobre esta distribución fue desarrollada por la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas, cuyo art. 16 fija los principios que deben regir el denominado Fondo de Compensación Interterritorial, remitiendo a su ley reguladora la ponderación de los distintos índices o criterios para su distribución, que será revisable cada cinco años. Tal ley fue la Ley 7/1984, de 31 de marzo, del Fondo de Compensación Interterritorial, que fue tramitada conforme al art. 74.2, así como sus modificaciones posteriores y las leyes que la sustituyeron. A su vez, dicha ley fue derogada por la Ley 29/1990, de 26 de diciembre, del Fondo de Compensación Interterritorial, derogada a su vez por la Ley 22/2001, de 27 de diciembre, reguladora de los Fondos de Compensación Interterritorial.

El Tribunal Constitucional ha subrayado la diferencia entre el procedimiento por el que se asignan recursos con destino al Fondo de Compensación Interterritorial, que es el presupuestario, y el de distribución de los mismos, que es el específicamente contemplado en el precepto que comentamos: «ambos actos —el de autorización presupuestaria de las transferencias del fondo, por un lado, y el de distribución del mismo, por otro— producen sus respectivos efectos y han de realizarse a través de procedimientos distintos: el acto de autorización presupuestaria de las transfe-

rencias solo produciría los mismos efectos que cualquier otra consignación y aprobación de créditos presupuestarios y habría de acordarse siguiendo el procedimiento de tramitación propio de la Ley de Presupuestos, mientras que la distribución del fondo, que vendría acordada por las Cortes Generales a través del procedimiento específicamente previsto en el art. 74.2 de la Constitución, sería la auténtica fuente en este caso de las obligaciones del Estado para con las Comunidades Autónomas. El esquema, pues, establecido por la Constitución y la LOFCA consiste en que la Ley de Presupuestos Generales del Estado ha de limitarse a autorizar las transferencias del Fondo de Compensación Interterritorial de conformidad con la distribución del mismo acordada por las Cortes Generales a través de un procedimiento distinto, fijado en el art. 74.2 de la Constitución Española» (STC 63/1986, de 21 de mayo).

El procedimiento previsto en el art. 74.2 CE solo ha sido utilizado en dos ocasiones, en ambas con relación a la potestad del art. 94.1 CE (Comisiones Mixtas constituidas en la II

Legislatura para dictaminar el proyecto de reserva formulado por el Senado al Convenio sobre Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres, hecho en Washington el 3 de marzo de 1973, y para dictaminar el proyecto de reserva formulado por el Senado al Convenio relativo a la Conservación de la Vida Silvestre y del Medio Natural en Europa, hecho en Berna el 19 de septiembre de 1979).

Finalmente, aún hay otra previsión constitucional para la formación de una Comisión Mixta Congreso-Senado, al margen de las del art. 74.2. Se trata de la llamada Comisión de composición paritaria de Diputados y Senadores, que se constituye para intentar obtener un acuerdo sobre los proyectos de reforma constitucional mediante la presentación de un texto que se debe votar en cada una de las Cámaras, conforme a lo dispuesto en el art. 167.1 CE. Si el texto no obtiene la mayoría requerida de tres quintos de los votos de cada Cámara, basta que obtenga el voto favorable de la mayoría absoluta del Senado y la mayoría de dos tercios del Congreso (167.2 CE).

BIBLIOGRAFÍA

ARAUJO DÍAZ DE TERÁN, M., «Sinopsis del artículo 74 CE» (actualizada por F. GALINDO ELOLA-OLASO y por M. CABRERA), accesible en <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=74&tipo=2>

DELGADO-IRIBARREN GARCÍA CAMPERO, M., «Artículo 74. Sesiones conjuntas de las Cámaras y Comisiones mixtas de conciliación», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo VI, Cortes Generales-Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1999, págs. 491 y ss.

RECODER DE CASSO, E., «Artículo 74», en GARRIDO FALLA, F. (Dir.), *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1985.

SANTAOLALLA LÓPEZ, F., *Derecho parlamentario español*, Madrid, 2015.

Artículo 75

1. *Las Cámaras funcionarán en Pleno y por Comisiones.*

2. *Las Cámaras podrán delegar en las Comisiones Legislativas Permanentes la aprobación de proyectos o proposiciones de ley. El Pleno podrá, no obstante, recabar en cualquier momento el debate y votación de cualquier proyecto o proposición de ley que haya sido objeto de esta delegación.*

3. *Quedan exceptuados de lo dispuesto en el apartado anterior la reforma constitucional, las cuestiones internacionales, las leyes orgánicas y de bases y los Presupuestos Generales del Estado.*

Sumario: I. El funcionamiento de las Cámaras en Pleno y por Comisión: el artículo 75.1. II. La delegación de competencia legislativa por el Pleno en Comisión: el artículo 75.2 y 3.

ALBERTO ARCE JANÁRIZ

LETRADO MAYOR DE LA JUNTA GENERAL DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS
EXLETRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. EL FUNCIONAMIENTO DE LAS CÁMARAS EN PLENO Y POR COMISIÓN: EL ARTÍCULO 75.1

1. La primera información que facilita el art. 75.1 CE, con arreglo al cual «Las Cámaras funcionarán en Pleno y por Comisiones», es que **el funcionamiento en Pleno y por Comisiones es común a las dos Cámaras del Parlamento**, Congreso y Senado —«Las Cámaras», dice el precepto—, pero rige el funcionamiento separado de cada Cámara. Cuando, reuniéndose conjuntamente, Congreso y Senado actualizan en unidad de cuerpo la forma orgánica «Cortes Generales», también estas pueden actuar en Pleno y por Comisiones, pero la regla a aplicar no será entonces la del art. 75.1 CE, sino la o las de otros preceptos como el art. 74 o el art. 76.1 CE, a cuyos respectivos comentarios nos remitimos para evitar duplicidades innecesarias.

2. Además, el art. 75.1 CE indica que **el funcionamiento en Pleno y por Comisiones es imperativo** —las Cámaras «funcionarán» en Pleno y por Comisiones, dice—, de donde se sigue que Pleno y Comisiones (no así formaciones internas de estas, tales como sus Mesas, Ponencias o Subcomisiones) son de existencia preceptiva. La imperatividad del art. 75.1 CE puede leerse en clave de garantía, pues gracias a ella queda descartada la opción de prescindir de aquel o de estas, revestidos, lo mismo el Pleno que las Comisiones, de una suerte de garantía institucional. Pero también puede leerse en clave de limitación del poder de autodisposición de las Cámaras sobre su propia organización. Esta segunda lectura, menos confiada, podría venir inducida por las numerosas reglas constitucionales sobre el funcionamiento de las Cámaras, las de los arts. 2.º y 3.º del propio art. 75 CE, y otras muchas (arts. 72.2 y 3, 73, 74,

76, 78, 79, 80 CE), en cuyo grado de detalle, que contrasta con la menos densa regulación del constitucional del Ejecutivo, no es aventurado reconocer rastros de «parlamentarismo racionalizado», conocido eufemismo que refiere las cautelas y prevenciones de los textos constitucionales europeos luego de los estragos ocasionados por el parlamentarismo «desbocado» de entreguerras.

3. En tercer lugar, el art. 75.1 CE implica que **el funcionamiento en Pleno y por Comisiones es excluyente**, pues si, como dice, las Cámaras deben funcionar «en Pleno y por Comisiones», procede entender, conforme al adagio *inclusionis unius, exclusionis alterius*, que no pueden funcionar en o por otros órganos, aunque, al igual que el Pleno y las Comisiones, estén también protegidos por una garantía constitucional, como es el caso del Presidente y la Mesa (art. 72.2 y 3 CE) o la Diputación Permanente (art. 78.1 CE). Esta última está presidida, sí, por el Presidente de la Cámara respectiva (art. 78.2 CE), puede pedir que la Cámara se reúna en sesión extraordinaria (art. 73.2 CE) y vela por sus poderes mientras no esté reunida (art. 78.2 CE), pero, precisamente por eso, la Cámara no funciona ni en ella ni por ella.

4. El art. 75.1 CE, aun cuando se sirva de una conjunción copulativa para decir que las Cámaras funcionarán en Pleno «y» por Comisiones, y las conjunciones copulativas establecen en castellano relaciones de coordinación y no de subordinación, hace ver, con el juego de las preposiciones *en Pleno* y *por Comisiones*, que, no obstante, **el funcionamiento de las Cámaras en Pleno y por Comisiones no es equivalente:**

a) El funcionamiento de las Cámaras es «en» Pleno porque **la relación del Pleno con la Cámara es de identidad**. Cuando actúa el Pleno, actúa la Cámara: siempre. Para que los actos del Pleno sean de la Cámara y de ese modo la Cámara funcione «en» Pleno no es necesario apoderamiento específico en favor de este último: su competencia es «universal»

(PUNSET BLANCO, 1995, II, 4907). El Pleno *es* la Cámara. Así lo da a entender el propio art. 75.2 CE, que se examinará más adelante, cuando, luego de decir que «Las Cámaras» podrán delegar en las Comisiones Legislativas Permanentes la aprobación de proyectos o proposiciones de ley, añade que, no obstante, «El Pleno» puede recuperar en cualquier momento la competencia delegada (en contra, PANIAGUA SOTO, 1986, 136). En el mismo sentido, otros preceptos constitucionales se refieren repetidamente a «las Cámaras y sus Comisiones» (arts. 109, 110 CE). Como ha destacado la doctrina, hablar de *Pleno* solo tiene sentido desde el momento en que en las Cámaras hay otros órganos —señaladamente las Comisiones— y para distinguirse de ellos (SENÉN HERNÁNDEZ, 535; GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, 2005, 92). Siendo la Cámara, al Pleno le corresponden las grandes decisiones, como puede comprobarse en la exhaustiva sistematización de las competencias del Pleno que ha llevado a cabo GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ (2005, *passim*) y que aquí no es posible reproducir por motivos de espacio.

b) El funcionamiento de las Cámaras es «por» Comisiones y no «en» Comisiones, porque **la relación de las Comisiones con las Cámaras no es de identidad, sino, a lo sumo, de representación**. En no pocos procedimientos, las Comisiones actúan «para» las Cámaras, pero no «por» las Cámaras. Así, cuando recaban informaciones escritas o comparecencias personales o instruyen o preparan decisiones plenarias, según sucede en los procedimientos de investigación o en los legislativos no delegados: es, quizás, la faz más divulgada de las Comisiones, la que, trayendo causa en el principio de división del trabajo, ha hecho de ellas «órganos naturales» (SÁNCHEZ AGESTA, 1952, 453) de las Cámaras. Solo en algunos procedimientos actúan las Comisiones «por» las Cámaras, en su lugar, estableciendo con ellas una relación vicarial o de representación. Pero para que puedan hacerlo necesitan una habilitación específica. La habilitación podrá obrar en el reglamento parlamentario: es el caso de las

autorizaciones del RCD y el RS que apoderan a las Comisiones para adoptar resoluciones no legislativas (arts. 194 y 177, respectivamente), las cuales, de acuerdo con la teoría general de los órganos, son tan imputables a la respectiva Cámara como lo son las resoluciones no legislativas que las Cámaras adopten en Pleno. La habilitación podrá venir dada también por una delegación del Pleno, como la que, según se verá más adelante, el art. 75.2 CE prevé para que las Comisiones Legislativas Permanentes aprueben textos de naturaleza legislativa. Pero, en todo caso, sin habilitación, ya de un tipo, ya del otro, las Cámaras no pueden funcionar «por Comisiones» o, por decirlo más claro, las Comisiones no pueden actuar «por» las Cámaras. Ya actúen para las Cámaras, ya lo hagan por ellas, los asuntos de los que conozcan las Comisiones serán los que la Mesas de aquellas les asignen: «La distribución del trabajo entre las Comisiones se realizará por la Mesa de la Cámara», dice gráficamente el art. 54 RS (que añade que «en caso de duda se someterá la decisión al Pleno del Senado y que «el mismo criterio se aplicará cuando una Comisión plantee un conflicto de competencia, positivo o negativo»), y otro tanto se sigue, para la Cámara baja, del art. 43.1 RCD: «Las Comisiones conocerán de los proyectos, proposiciones o asuntos que les encomiende, de acuerdo con su respectiva competencia, la Mesa del Congreso». Una decisión, la de asignar asuntos a las Comisiones, que el Tribunal Constitucional, refiriéndose a la previsión del art. 43.2 RCD de que, cuando un asunto pudiera corresponder a varias Comisiones, se encomendará a la que tenga «la competencia principal», ha calificado, tal vez un tanto apresuradamente, como de «mera oportunidad política» [STC 102/2012, de 8 de mayo, FJ 3.b), recurso de inconstitucionalidad núm. 1921/2002, Ponente: Pérez García de los Cobos Orihuel; en el mismo sentido, STC 36/2013, de 14 de febrero, FJ 3, recurso de inconstitucionalidad 2123/2004, Ponente: Hernando Santiago]. El Tribunal también ha señalado, ante un reproche de inconstitucionalidad al proceder de la Mesa del Congreso por no haber hecho uso en la tramitación de

un proyecto de ley de la posibilidad de acordar, a iniciativa propia o petición de una Comisión interesada, que, antes de que de que la Comisión competente se pronuncie, informen previamente otra u otras Comisiones (art. 43.2 RCD), que «no se puede confundir el ejercicio de una facultad con el cumplimiento de una obligación» (STC 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 10, recurso de inconstitucionalidad núm. 1390/1999, Ponente: Pérez Vera).

5. De acuerdo con la regla del art. 75.1 CE, **el funcionamiento en Pleno es en singular**: en «Pleno», dice el precepto. La unicidad del Pleno se explica por su composición. Del Pleno forman parte la totalidad de los miembros de la Cámara: en el caso del Congreso, el Pleno está formado por todos los Diputados, 350 bajo el régimen electoral vigente, dentro de la horquilla entre 300 y 400 del art. 68.1 CE, y, en el caso del Senado, por todos los Senadores, ya sean elegidos por sufragio universal, ya sean designados por las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, en un total que, pudiendo variar el sumando de estos últimos en función de la población, al corresponder a cada Comunidad Autónoma uno fijo y otro más por cada millón de habitantes (art. 69.5 CE), es, en estos momentos, de 266: 208 por sufragio universal y 58 de designación autonómica. Aunque, según el RCD, los Senadores pueden asistir a las sesiones públicas del Pleno del Congreso (art. 66) y el RS permite a los Diputados asistir a las sesiones del Pleno que no sean secretas «sin voz, ni voto» (art. 83.2), ni los Senadores forman parte del Pleno del Congreso, ni los Diputados forman parte del Pleno del Senado. Pero volviendo al número singular del Pleno, es obvio que, formado por todos los miembros de la Cámara, el Pleno no puede ser sino único. En cambio, **el funcionamiento de las Cámaras por Comisión es en plural**: por «Comisiones», dice el art. 75.1 CE:

a) El hecho de que las Comisiones aparezcan en plural obliga a suponer que **las Comisiones tienen una composición más reducida que el Pleno**, pues no pudiendo tenerla ma-

yor al estar formado el Pleno por la totalidad de miembros de la Cámara, tampoco puede tener la misma, salvo artificios ajenos a nuestro ordenamiento como el *Committee of the Whole House* (VILA RAMOS, 2004, 57). Se trata de «órganos colegiados menores» (PUNSET BLANCO, 1995, I, 1145), no necesariamente en significación, pero sí en tamaño. El art. 75.1 CE no predetermina el número de miembros de cada Comisión: «Es el órgano intraparlamentario a quien se le confiere tal facultad en el Reglamento de la Cámara quien ha de decidir el número de miembros de las Comisiones», ha señalado el Tribunal Constitucional (ATC 262/2002, FJ 7, de 9 de diciembre, recurso de amparo 6523/2001). Ese órgano intraparlamentario es, tanto en el Congreso como en el Senado, la Mesa de la Cámara oída la Junta de Portavoces (arts. 40.1 RCD, 51.2 RS), cuya intervención, la de la Junta de Portavoces, es de carácter meramente «consultivo», por lo que las eventuales objeciones que el número de miembros de las Comisiones suscite han de dirigirse a la Mesa (STC 214/1990, de 20 de diciembre, FJ 4, recurso de amparo núm. 827/1988, Ponente: De la Vega Benayas). El número de miembros puede variar de una legislatura a otra y de una Comisión a otra (así, en la Cámara Baja, en la XII legislatura en curso, por ejemplo, la Comisión del Estatuto de los Diputados cuenta con nueve miembros y la de Reglamento, con cuarenta y ocho) y aún antes: el RS ordena fijar el número de miembros al inicio de cada período de sesiones (art. 51.2). El Tribunal Constitucional tiene dicho que la composición de las Comisiones parlamentarias ha de ser proporcional a la importancia numérica de los Grupos Parlamentarios, que, tanto en el Congreso como en el Senado, son quienes designan a los comisionados en el número que les corresponda (arts. 40.1 RCD, 51.2 RS). La exigencia de proporcionalidad la establecen el RCD (art. 40.1) y el RS (art. 51.2), pero el Tribunal Constitucional, a pesar de la falta de predeterminación expresa en el texto constitucional, afirma que «la proporcionalidad en la composición de las Comisiones viene exigida por la propia Constitución» (STC 93/1998,

de 4 de mayo, FJ 3, recurso de amparo núm. 3022/1994, Ponente: García-Mon y González-Regueral). La conclusión, inicialmente acuñada para las comisiones informativas municipales (STC 32/1985, de 6 de marzo, FJ 2, recurso de amparo núm. 573/1984, Ponente: Rubio Llorente), por un camino, que su Ponente calificaría después como «un poco retorcido» (RUBIO LLORENTE, 1994, 216), y exportada luego a las Comisiones parlamentarias, la alcanza el Tribunal Constitucional a partir de la constatación de que «la inclusión del pluralismo político como un valor jurídico fundamental (art. 1.1 CE) y la consagración constitucional de los partidos políticos como expresión de tal pluralismo (...), dotan de relevancia jurídica (y no solo política) a la adscripción política de los representantes y que, en consecuencia, esa adscripción no puede ser ignorada, ni por las normas infraconstitucionales que regulen la estructura interna del órgano en que tales representantes se integran, ni por el órgano mismo» (STC 93/1998, FJ 3, cit.). Con todo, el propio Tribunal Constitucional ha advertido que no se trata de «una proporción rígida que haya de llevar necesariamente y como imposición constitucional, a una exactitud matemática» (*ibidem*), sino que, a lo que el texto constitucional cierra el paso, es «a una situación notablemente desventajosa y a la ausencia de todo criterio objetivo o razonamiento que la justifique» (STC 36/1990, de 1 de marzo, FJ 2, recurso de amparo núm. 1063/1987, Ponente: Gimeno Sendra). Y, de ese modo, el Tribunal ha permitido diversas desviaciones porcentuales: del 4,92% (STC 36/1990, cit.) o del 3,1% (ATC 262/2002, cit.). Por otro lado, los miembros de las Comisiones pueden ser sustituidos sin tasa y de manera permanente o incidental, con una simple «comunicación» (arts. 40.2 RCD, 62.1 RS), un «acto de trámite (...) cuya eventual inobservancia solo podría alcanzar relevancia constitucional cuando (...) altere de modo sustancial el proceso de formación de voluntad de una Cámara» (STC 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 10, cit.). No es, en fin, ser miembro, titular o por sustitución, de una Comisión requisito imprescindible para asis-

tir a sus sesiones, aunque sí para hacer quórum y poder votar: en el Congreso, está previsto que, sin voto, puede asistir cualquier Diputado (art. 6.1 RCD) y, en el Senado, está previsto que, como, según se dejó más arriba señalado, a las sesiones del Pleno, también a las que celebren las Comisiones que no sean secretas puedan asistir los Diputados (art. 83.2 RS), y, asimismo, y específicamente, que a las sesiones de la Comisión General de las Comunidades Autónomas puedan asistir, también sin voto, los Senadores de designación autonómica que no formen parte de ella (art. 56 bis 1 RS).

b) El plural de las Comisiones no está cuantificado en el art. 75.1 CE, que no fija el **número de Comisiones**: el art. 75.2 CE alude, sí, a las «Comisiones Legislativas Permanentes, pero no dice cuántas ha de haber; el art. 76.1 CE prevé que pueda haber «Comisiones de investigación», y el art. 151.2.2.º CE presupone también la existencia de una «Comisión Constitucional» en el Congreso. Para concretar el plural del art. 75.1 CE, hay que cuantificar en cada momento las Comisiones que crean los reglamentos parlamentarios, las Comisiones que los reglamentos autorizan a crear y las Comisiones que crean las leyes:

1.º Comisiones creadas por los reglamentos de las Cámaras. En su redacción vigente, el RCD tiene creadas diecinueve Comisiones «Permanentes Legislativas» (que, de estar a la letra del art. 75.2 CE, deberían haberse denominado Comisiones «Legislativas Permanentes») y tres «Permanentes no Legislativas» (art. 46), y el RS, veintiuna (incluida la Comisión General de Comunidades Autónomas) y siete, respectivamente (art. 49). A las Comisiones que crean los reglamentos parlamentarios, estos las revisten de su estabilidad, pues la supresión de tales Comisiones requiere la modificación del reglamento, pero también de su rigidez, y la rigidez no es precisamente una cualidad en el ámbito organizativo, por lo que acaso fuera conveniente permitir a la Mesa que, oída la Junta de Portavoces, o con su previa conformidad, pudiera, moti-

vadamente, modificar el número y la denominación de las Comisiones permanentes, cuando menos de las permanentes legislativas, que tienen una clara vocación de comisiones departamentales para mejor control de los distintos Ministerios, cuyo número y denominación no son, como es notorio, inmutables.

2.º Comisiones que los reglamentos parlamentarios autorizan a crear. El RCD autoriza al Pleno a crear Comisiones de legislatura, que se disuelven al término de esta, así como Comisiones de investigación (art. 52), que se disuelven al concluir su trabajo y, aunque no fuese así, al terminar la legislatura en la que se hayan creado (art. 51), y a la Mesa a crear otras Comisiones no permanentes, de las mismas características que las de investigación en cuanto a su duración, pero desprovistas de sus poderes cualificados (art. 53). Por su parte, el RS autoriza al Pleno a crear Comisiones de investigación y especiales (art. 59), sin establecer regla alguna sobre su duración. Útil será recordar en este punto que el Tribunal Constitucional entiende que la disolución anticipada de Comisiones no permanentes, esto es, la disolución antes de que hayan concluido sus trabajos (por ejemplo, por quedar políticamente bloqueada) ha de estar expresamente prevista en el correspondiente reglamento parlamentario, lo que no es el caso ni en el Congreso ni en el Senado, debiendo entenderse la omisión reglamentaria como prohibición que no puede obviarse por medio de una resolución supletoria (STC 226/2004, FJ 5, recurso de amparo núm. 3795/2003, Ponente: Casas Baamonde). El número de las Comisiones de «creación potestativa», por emplear la terminología del Tribunal Constitucional (*ibidem*, FJ 3), depende, pues, de los acuerdos que en cada momento adopten el órgano competente para hacerlo en cada Cámara, en cuanto «forma parte de su esfera de decisión propia por ser una de aquellas facultades que integran la autonomía parlamentaria» (ATC 141/2016, de 19 de julio, FJ 5, impugnación de disposiciones autonómicas núm. 6330/2015), y perteneciendo igualmente al «núcleo de la función represen-

tativa parlamentaria» el derecho a solicitar que se creen en los términos previstos reglamentariamente (STC 88/2012, de 7 de mayo, FJ 3, recurso de amparo núm. 6976/2006, Ponente: Delgado Barrio).

3.º **Comisiones de creación legal.** Por lo que se refiere a las Comisiones que se crean por ley, su número, abierto hasta donde el legislador desee, no ha dejado de crecer (*ad exemplum*, Comisiones del Congreso de los créditos destinados a gastos reservados o de Cooperación Internacional al Desarrollo, creadas, respectivamente, por las Leyes 11/1995, de 11 de mayo, y 23/1998, de 7 de julio). La penetración de la ley en el funcionamiento de las Cámaras ha sido vista siempre con recelo desde la perspectiva de la autonomía parlamentaria, y, a propósito del RCD y del RS, el Tribunal Constitucional ha señalado que es «contenido propio de tales normas el de regular, con sujeción a la Constitución, su propia organización y funcionamiento» [STC 101/1983, FJ 3. A), recurso de amparo núm. 164/1983, Ponente: Gómez-Ferrer Morant]. Eso no quiere decir, sin embargo, que toda medida organizativa deba ser adoptada *en* el reglamento parlamentario, sino, más bien, que toda medida organizativa debe ser adoptada *según* el reglamento. En punto a creación de Comisiones, la reserva reglamentaria no cubre el *acto* mismo de la creación, de modo que todas las Comisiones deban ser creadas en y por el reglamento, sino únicamente el *régimen* de creación, de modo que todas las Comisiones se creen según y de acuerdo con los procedimientos fijados en el reglamento. De hecho, el RCD y el RS no crean por sí mismos, según se ha visto, Comisiones no permanentes, sino que se limitan a autorizar su creación por los procedimientos que ambos establecen. Pues bien, nada impide que, al determinar los procedimientos de creación de las Comisiones, el reglamento parlamentario seleccione entre ellos o haga hábil a ese efecto al procedimiento legislativo. La elección del reglamento parlamentario por el procedimiento legislativo es libre, puede seleccionarlo o no, o solo para unas Comi-

siones y no para otras. Lo importante es que el procedimiento legislativo como procedimiento de creación de las Comisiones venga contemplado por el propio reglamento parlamentario. Como señala JIMÉNEZ CAMPO (1987, 491), el supuesto de creación reglamentaria de Comisiones «puede verse excepcionado por obra misma de los reglamentos parlamentarios, en el caso de que estos prevean la obligación para una y otra Cámara de constituir una Comisión cuando así lo disponga una ley. En este caso nos hallamos ya ante un reenvío del reglamento a la ley, ante una remisión en cuya virtud la norma reglamentaria asume el mandato incorporado en la ley y, por tanto, la autonomía parlamentaria queda a salvo, porque el deber de constituir la Comisión nace inmediatamente del reglamento, aunque mediadamente de la ley a la que el mismo remite». Será, en definitiva, legítima la creación de Comisiones parlamentarias por ley si los reglamentos de las Cámaras la prevén y en los términos en que la prevean. Tanto el RCD (art. 46.2) como el RS (art. 49.2) lo hacen, limitando, no obstante, la creación por ley a Comisiones permanentes —lo que parece coherente con la estabilidad de la ley— no legislativas, esto último seguramente porque, cuando el RCD y el RS se aprueban, eran de esa clase las Comisiones de creación legal entonces existentes que venían así a quedar «validadas» (VILA RAMOS, 2004, 271).

II. LA DELEGACIÓN DE COMPETENCIA LEGISLATIVA POR EL PLENO EN LAS COMISIONES: EL ARTÍCULO 75.2 Y 3

1. Según el art. 75.2 CE, con arreglo al cual «Las Cámaras pueden delegar en las Comisiones Legislativas Permanentes la aprobación de proyectos y proposiciones de ley», delegan «Las Cámaras», no, pues, «Las Cortes Generales», por lo que las **Cámaras delegan autónomamente**, el Congreso por su lado, y el Senado, por el suyo (RECODER DE CASSO, GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ, 2001, 1284), sin que el hecho de que el Congreso delegue obligue al

Senado a delegar, ni a la inversa en el raro caso de que el procedimiento se sustancie antes en el Senado (Fondo de Compensación Interterritorial: art. 140 RS). El art. 149.2 RCD previene, sin embargo, que los proyectos o proposiciones de ley vetados o enmendados por el Senado no pueden ser, a su vuelta al Congreso, examinados únicamente en Comisión (incluso a pesar de que antes de remitirlos al Senado hubiesen sido aprobados en la Cámara Baja por Comisión delegada) cuando el veto o las enmiendas hayan sido aprobadas por el Pleno del Senado, lo que sucederá siempre en el caso del veto, ya que, según el art. 131 RS, aun cuando la aprobación de un texto legislativo haya sido delegada por el Pleno de la Cámara Alta en una de sus Comisiones, si, presentada alguna propuesta de veto, la Comisión la aprueba, para su ratificación (o rechazo) tendrá que ser convocado el Pleno del Senado, pero no necesariamente en el de las enmiendas, respecto de las cuales el RS no contiene una regla similar a la del veto. La equiparación de veto y enmiendas del Senado por parte del art. 149.2 RCD quizá sea un tanto drástica, no solo porque, como acaba de verse, el propio art. 131 RS los diferencia, sino, además, porque, en caso de veto senatorial, el Congreso solo puede superarlo en primera votación por mayoría absoluta (art. 90.2 CE), circunstancia que contribuiría a justificar la previsión del art. 149.2 RCD, lo que no sucede, sin embargo, en el supuesto de las enmiendas, respecto de las que basta la mayoría simple (art. 90.2 CE).

2. Según el art. 75.2 CE, quien delega es el Pleno, la Cámara, lo que implica que **la aprobación de proyectos y proposiciones de ley es competencia propia del Pleno, aunque delegable en Comisión**, o, dicho con la terminología del art. 75.1 CE, que para aprobar proyectos y proposiciones de ley las Cámaras han de funcionar en Pleno, aunque el Pleno pueda delegar, y pasar, entonces, a funcionar «por» Comisión, de manera que la delegación es una posibilidad que necesita del Pleno para hacerse realidad: «el órgano competente para resolver en cada caso habrá

de ser el Pleno» (RECODER DE CASSO, GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, 2001, 1283). No muy coherente con lo uno y lo otro es el RCD cuando, a diferencia del RS (art. 130.1), establece que la delegación se presumirá para todos los proyectos y proposiciones de ley que sean constitucionalmente delegables» (art. 148.1). Semejante presunción, que parece retrotraerse a los orígenes de las leyes de Comisión bajo el fascismo italiano y en el régimen franquista, favorecedores ambos de la aprobación legislativa en Comisión antes que en Pleno (FERNÁNDEZ SEGADO, 2001, 61-65), viene siendo, con razón, objeto de crítica doctrinal generalizada, aunque no faltan autores que relativizan los reproches por lo funcional que la presunción resulta (VILLACORTA MANCEBO, 1989, 416) o trayendo a colación la rigidez de las Cámaras actuales, en las que los parlamentarios obedecen sin fisuras la férrea disciplina de sus respectivos grupos políticos lo mismo en Pleno que en Comisión (RUIZ ROBLEDO, 1994, 475). Ciertamente lo uno y lo otro, pero la presunción del art. 148.1 RCD invierte el modelo constitucional de procedimiento legislativo común, que deja de ser el procedimiento en el que el Pleno aprueba o rechaza, de suerte que, de hecho, el procedimiento especial se convierte en el ordinario (PANIAGUA SOTO, 1986, 137; RECODER DE CASSO, GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, 2001, 1285), y la delegación deja de necesitar al Pleno para pasar de potencia a acto.

3. De acuerdo con el art. 75.2 CE, lo que a su amparo puede tener lugar es **delegación de una competencia propia del Pleno**. Dice el Tribunal Constitucional que «si bien es cierto que la que podríamos denominar como competencia originaria, propia y universal para aprobar un proyecto o proposición de ley corresponde al Pleno de las Cámaras, como lo pone de manifiesto la potestad que les atribuye el texto Constitucional para “delegar en las comisiones legislativas permanentes” dicha aprobación (art. 75.2 CE), cuando la delegación prevista se produzca, las comisiones permanentes ostentarán la que puede denominarse competencia delegada» (STC 136/2011,

FJ 10, cit.). Es, no obstante, de señalar, que, si del diseño más generalizado de la delegación forman parte en nuestro ordenamiento la obligación para el órgano delegante de acordar la delegación de forma expresa y la facultad que el delegante tiene de revocar en cualquier momento, como en esta materia recuerda FERNÁNDEZ SEGADO (2001, 75), la delegación mediante un acuerdo de la misma naturaleza que el adoptado para delegar y siempre por un mismo y único procedimiento (estas notas aparecen claras, por ejemplo, en el art. 9 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Sector Público), el RCD se aleja, sin embargo, de este modelo. En primer lugar, la delegación no se decide en acuerdo expreso por mor de la referida presunción del art. 148.1 RCD. En segundo término, la revocación propiamente dicha requeriría derogar el art. 148.1 RCD (en la medida en que es el propio precepto el que, bajo la apariencia de la presunción que establece, en realidad lleva a cabo por sí mismo una delegación *sui generis*), para lo cual es necesaria la mayoría absoluta del Pleno (RCD: disposición final segunda) y no bastará la mayoría simple, suficiente, sin embargo, para otorgar la delegación: de hecho, lo que el art. 149.1 RCD únicamente contempla es la avocación, la cual, como es sabido, opera *ad cassum* y no comporta la revocación de la delegación (art. 10 de la citada Ley 40/2015). Y, en tercer lugar, la reasignación del asunto al Pleno no es en el Congreso siempre de la misma manera y en cualquier momento (antes, claro está, de la resolución final), como es propio de la revocación e incluso de la avocación y como dice textualmente el art. 75.2 CE y reproduce fielmente el RS (art. 131): el art. 149.1 RCD fija dos momentos y distingue dos procedimientos en función de cada uno de esos dos momentos: uno de los momentos hábiles para la reasignación a Pleno es el debate y votación de las enmiendas de totalidad en el caso de que se hayan presentado, en cuyo supuesto la reasignación la acuerda directamente el propio Pleno (a continuación, cabalmente, del debate de totalidad); y el otro lapso hábil para la reasignación es «antes de iniciarse el debate en Comisión» —desde la IX Legislatura,

basta, según parece, con que la Ponencia esté convocada para que se entienda que ya no cabe solicitar la avocación (I. GUTIÉRREZ CASILLAS, 2012, 1062)—, acotación temporal que doctrinalmente ha sido tachada de poco respetuosa con el texto constitucional, que habla de «cualquier momento» (NAVAS CASTILLO, 2000, 111), y en cuyo caso la reasignación requiere propuesta de la Mesa, oída la Junta de Portavoces, y ulterior votación plenaria de la misma; las votaciones en el Pleno tienen lugar en ambos casos sin debate previo y no es infrecuente que la avocación se acuerde por asentimiento (I. GUTIÉRREZ CASILLAS, 2012, 1063).

4. De acuerdo también con el art. 75.2 CE, **la delegación solo puede hacerse en Comisiones Legislativas Permanentes**, o Comisiones Permanentes Legislativas, según las han rebautizado el RCD y el RS, cuya existencia deviene así necesaria para poder hacer realidad la posibilidad de la delegación (NAVAS CASTILLO, 2000, 102). Delegación, pues, solo en ese tipo de Comisiones, aunque en cualquiera de las Comisiones de ese tipo. No pueden, pues, recibir la delegación Comisiones que, aun siendo Permanentes, no sean legislativas, ni Comisiones que no sean permanentes, lo que, de acuerdo con el RCD y el RS, deja fuera a las que se creen por ley o por órganos parlamentarios e incluye únicamente a las comisiones que los reglamentos parlamentarios tengan creadas con ese carácter de permanentes legislativas. Se trata de Comisiones que, de no mediar la delegación, actúan en el procedimiento legislativo como Comisiones dictaminadoras, «para» las Cámaras, y que, la delegación mediante, pasan a actuar «por» las Cámaras. No prevén ni el RCD ni el RS que las Comisiones puedan rechazar la delegación, cuya eficacia no aparece tampoco condicionada a su aceptación.

5. Según el art. 75.2 CE, **lo que se delega es la aprobación de proyectos y proposiciones de ley:**

a) **No se delega todo el procedimiento legislativo.** Tratándose de proyectos de ley, el

Pleno retiene, aunque haya delegación, el debate y votación de las enmiendas de totalidad, y tratándose de proposiciones de ley, el debate y votación de la toma en consideración (art. 148.1 RCD). Lo único que se delega es la lectura que el Pleno del Congreso hace antes de enviar el texto al Senado y/o la del Pleno del Senado con la que concluye el procedimiento o vuelve el texto al Congreso. Al debate y votación en Comisión precede, al igual que sucede cuando las Comisiones únicamente dictaminan, la fase de Ponencia, y el debate y votación en la Comisión se desarrolla de la misma forma que se desarrollan cuando la Comisión dictamina, y no, pues, en los términos en que debate y vota el Pleno, a pesar de que, actuando en su lugar, acaso fuese más coherente estar a las reglas de Pleno (SENÉN HERNÁNDEZ, 1998, 563), como sería propio de la delegación, en la que el delegado ejerce la competencia sujetándose a las reglas que obligan al delegante. Pero es que, en el fondo, de lo que se trata únicamente es de agilizar el procedimiento eliminando una lectura, suprimiendo una lectura, o si se quiere de un «cambio de procedimiento» (BASTERRA MONTSERRAT, 1997, 91). Lo refleja bien el RS cuando, refiriendo la facultad del Pleno de recabar para sí la aprobación del proyecto o proposición de ley delegada, dice que el Pleno podrá decidir en cualquier momento «la observancia del procedimiento ordinario» (art. 130.2).

b) **Son delegables tanto proyectos de ley gubernamentales como proposiciones de ley**, y estas cualquiera que sea su origen, ya sean de iniciativa parlamentaria, popular o de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, **pero no en todas las mate-**

rias es constitucional delegar. Según el art. 75.3 CE, no lo es en las siguientes: *la reforma constitucional*, toda reforma constitucional, lo mismo la simple que la agravada, porque en ambos casos hacen falta mayorías cualificadas que se calculan sobre el número total de miembros de cada Cámara (arts. 167.1 y 2 y 168.2 CE); *las cuestiones internacionales*, expresión imprecisa, que no se repite, además, en ningún otro lugar del texto constitucional, y de la que solo es segura la exclusión de la ejecución del Derecho comunitario, por ser, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, cuestión «interna» y no «internacional» (RUIZ ROBLEDO, 1994, 473): la única autorización de tratados internacionales que requiere ley es la del art. 93 CE (el art. 94.1 CE no dice que la autorización de los tratados que relaciona haya de hacerse por ley), que, al exigir ley orgánica, entra dentro de la prohibición específica de delegación de proyectos y proposiciones de ley orgánica; las *leyes orgánicas*, como acaba de decirse, cuya aprobación requiere, de acuerdo con el art. 81.2 CE, mayoría absoluta del Congreso en una votación final de totalidad; las *leyes de bases*, porque con ellas se delega en un sujeto extraparlamentario, el Gobierno, la potestad legislativa de las Cortes Generales (art. 82.1 CE), si bien nada impide que un proyecto o proposición respecto del que la Comisión actué con competencia legislativa plena incluya una cláusula de autorización al Gobierno para aprobar textos refundidos (I. GUTIÉRREZ CASILLAS, 2012, 1054), y, finalmente, *los Presupuestos Generales del Estado*, por su relevancia, cabe pensar, como eje de la política económica. En todos estos casos, puede hablarse de «reservas de Pleno» (RUIZ ROBLEDO, 1994, 470).

BIBLIOGRAFÍA

ARCE JANÁRIZ, A., «Creación, composición y órganos directivos de las comisiones parlamentarias», en DA SILVA OCHOA, J. C. (Coord.), *Las comisiones parlamentarias*, Parlamento Vasco, Vitoria-Gasteiz, 1994, págs. 225-360.

BASTERRA MONTSERRAT, D., *Las comisiones legislativas con delegación plena*, Comares, Granada, 1997.

FERNÁNDEZ SEGADO, F., «La delegación de la competencia legislativa en las Comisiones», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 53, 2001, págs. 53-109.

GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ, P., «El Pleno de las Cámaras: notas, funcionamiento y competencias», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 64, 2005, págs. 91-109.

GUTIÉRREZ CASILLAS, I., «Artículo 148», en RIPOLLÉS SERRANO, M.^a R. (Coord.), *Comentarios al Reglamento del Congreso de los Diputados*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2012, págs. 1044-1063.

NAVAS CASTILLO, F., *La función legislativa y de control en comisión parlamentaria: comisiones de investigación y comisiones legislativas permanentes con competencia legislativa plena*, Colex, Madrid, 2000.

PANIAGUA SOTO, J. L., «El sistema de Comisiones en el Parlamento español», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 10, 1986, págs. 111-142.

PUNSET BLANCO, R., «Comisiones de las Cámaras», *Enciclopedia Jurídica Básica*, I, Civitas, Madrid, 1995, págs. 1145-1147.

— «El Pleno de las Cámaras», *Enciclopedia Jurídica Básica*, III, Civitas, Madrid, 1995, págs. 4906-4907.

RECODER DE CASSO, E. y GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ, P., «Artículo 75», en GARRIDO FALLA, F. (Dir.), *Comentarios a la Constitución*, 3.^a ed., Civitas, Madrid, 2001, págs. 1279-1286.

RUBIO LLORENTE, «Las comisiones parlamentarias», en DA SILVA OCHOA, J. C. (Coord.), *Las comisiones parlamentarias*, Parlamento Vasco, Vitoria-Gasteiz, 1994, págs. 205-223.

RUIZ ROBLEDO, A., «La delegación legislativa en las comisiones», en DA SILVA OCHOA, J. C. (Coord.), *Las comisiones parlamentarias*, Parlamento Vasco, Vitoria-Gasteiz, 1994, págs. 457-492.

SÁNCHEZ AGESTA, L., «Comisiones parlamentarias», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, IV, Seix, Barcelona, 1952, págs. 453-454.

SENÉN HERNÁNDEZ, M., «Artículo 75. El Pleno y las Comisiones», en ALZAGA VILLAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española*, VI, Edersa, Madrid, 1998, págs. 533-567.

VILA RAMOS, B., *Los sistemas de comisiones parlamentarias*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004.

VILLACORTA MANCEBO, L., *Hacia el equilibrio de poderes: Comisiones legislativas y robustecimiento de las Cortes*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valladolid, Valladolid, 1989.

Artículo 76

1. *El Congreso y el Senado, y, en su caso, ambas Cámaras conjuntamente, podrán nombrar Comisiones de investigación sobre cualquier asunto de interés público. Sus conclusiones no serán vinculantes para los Tribunales, ni afectarán a las resoluciones judiciales, sin perjuicio de que el resultado de la investigación sea comunicado al Ministerio Fiscal para el ejercicio, cuando proceda, de las acciones oportunas.*

2. *Será obligatorio comparecer a requerimiento de las Cámaras. La ley regulará las sanciones que puedan imponerse por incumplimiento de esta obligación.*

LAS COMISIONES PARLAMENTARIAS DE INVESTIGACIÓN

Sumario: I. Introducción. Naturaleza de las comisiones parlamentarias de investigación. II. Creación. III. Composición. IV. El objeto de la investigación y sus límites. V. Los poderes de las comisiones. Convocatoria de personas. Consulta de documentos. Procedimiento de actuación. VI. Final de la investigación. El dictamen. Disolución. VII. Conclusiones.

FABIO PASCUA MATEO

PROFESOR TITULAR DE LA UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
LETRADO DE LAS CORTES GENERALES

I. INTRODUCCIÓN. NATURALEZA DE LAS COMISIONES PARLAMENTARIAS DE INVESTIGACIÓN

Las comisiones parlamentarias de investigación representan un fenómeno curioso en el Derecho público: pocos órganos se habrán revelado en la práctica tan decepcionantes a la hora de alcanzar los objetivos que teóricamente persiguen, pocos presentan tantos riesgos para la correcta sujeción al sistema de distribución de poderes constitucionalmente establecido y a la vez pocos han recibido tan entusiastas elogios por parte de una doctrina habitualmente preocupada por faci-

litar su creación a instancias de la mayoría y de reforzar sus ya de por sí importantes poderes. Seguramente la diversión política que despiertan, en términos fundamentalmente periodísticos, no sea ajena a ello. Sin desdeñar el valor de dicha diversión (ya BENTHAM nos advertía en sus *Tácticas Parlamentarias* de la que podía obtenerse gracias a la publicidad de las sesiones parlamentarias), es preciso reconducir esta institución a sus justos límites, de manera que, manteniendo su vigencia constitucional e incluso algunos aspectos positivos que indudablemente presentan, no excedan de lo que es aceptable en un Estado de derecho.

Sobre su **naturaleza jurídica**, lo primero que debe recordarse, aun siendo obvio, es que las comisiones de investigación son órganos parlamentarios, bien del Congreso de los Diputados, bien del Senado o incluso, supuesto inédito hasta la fecha desde la aprobación de la Constitución, de ambas Cámaras. Y dentro de los órganos parlamentarios son, como el resto de las comisiones (STC 32/1985, de 6 de marzo, interpretada *a contrario sensu*) órganos de trabajo, dotados de competencias propias, además de subdivisiones del pleno que, por lo mismo, deberán guardar en su composición, como luego reiteraremos, una cierta proporción en cuanto a la importancia numérica de cada grupo parlamentario. Por esta razón, las comisiones de investigación son, además, órganos políticos en sentido estricto, de forma que pueden tomar decisiones basadas en el principio de oportunidad —muy relevantes en materias como la solicitud de comparecencias o de documentación—, a diferencia de los órganos rectores como la mesa, que han de limitarse a funciones de calificación formal, con las excepciones que puedan expresamente prever los reglamentos parlamentarios. Tampoco ofrece la menor duda el carácter temporal y extraordinario de las comisiones de investigación, que, entre otras cuestiones, determina su extinción en todo caso al final de la legislatura en la que se han constituido, sin que puedan revivir, salvo, claro es, que se constituya una nueva con el mismo objeto, al inicio de la siguiente.

Por último, en cuanto a su finalidad, se ha hablado de instrumentos de obtención de información (SANTAOLALLA), o de control. Sin embargo, sus funciones son más amplias, pues no solo obtienen datos para el conocimiento de la Cámara, ni se dedican meramente a controlar al Gobierno, sino que además presentan conclusiones que, de ser aprobadas por el pleno, participarán de la función de dirección política (ASTARLOA). En fin, en todo caso son un cauce para el debate público, como ha puesto de manifiesto la STC 226/2004, de 29 de noviembre, FJ 6. Precisamente este carácter político determina su separación de lo que

constituye la investigación judicial por muy fundamentadas que aparezcan las conclusiones adoptadas (SSTC 46/2001, de 15 de febrero, FJ 12 y STC 39/2008, de 10 de marzo, FJ 7). Tales conclusiones no van a presentar, por tanto, la «convicción de certeza que solo el proceso judicial garantiza». El problema, seguramente, es que la apariencia de «judicialidad» con la que en ocasiones se reviste la actuación de las comisiones de investigación, combinada con la lógica libertad para la emisión de juicios políticos, puede generar confusión en la opinión pública y afectar negativamente a los derechos de los ciudadanos. Por esta razón, es preciso regular convenientemente su funcionamiento para que, sin merma de la discusión parlamentaria, se asegure la indemnidad tanto de la auténtica investigación judicial, que no debe verse sometida a la presión de los juicios paralelos, así como de los derechos de los particulares que pudieran resultar afectados.

II. CREACIÓN

Habitualmente la creación de las comisiones de investigación es uno de sus puntos más debatidos. En particular, **se discute si la decisión ha de corresponder a la mayoría parlamentaria o a una minoría** que cuente, no obstante, con una fuerza significativa. En las Cortes Generales, sus reglamentos desarrollan parcialmente lo previsto en el art. 76 CE (arts. 52.1 RC y 59.1 RS), de manera tal que es el pleno de cada Cámara, por mayoría simple, el que resuelve, a propuesta del Gobierno, de la mesa, de dos grupos parlamentarios o de la quinta parte de sus miembros en el Congreso, y del Gobierno o de veinticinco senadores que no pertenezcan al mismo grupo parlamentario en la Cámara Alta.

El Derecho parlamentario autonómico es crecientemente innovador en esta cuestión. Así, junto a ejemplos que siguen la regulación estatal (Asamblea de Extremadura) o producen efectos equivalentes (Parlamento de Andalucía, en el que, presentada la iniciativa, si exis-

te un grupo parlamentario que manifieste su oposición, decide el pleno por mayoría simple), se han introducido procedimientos que limitan las facultades de la mayoría. En Castilla y León, por ejemplo, la confirmación por el pleno del rechazo expresado por un grupo parlamentario ha de ser por mayoría absoluta. Tampoco faltan casos en los que una minoría reforzada puede acordar la creación de la comisión de investigación. Es el caso de Madrid, donde esta es automática si la iniciativa la presentan al menos dos quintos de los diputados (art. 75 de su Reglamento), y de Cataluña donde, junto al sistema «común», se permite presentar «propuestas vinculantes» —no más de una al año— por parte de tres grupos parlamentarios o de la tercera parte de los miembros de la Cámara (art. 66).

En general, suelen valorarse muy negativamente los procedimientos que fían a la mayoría la decisión, elogiándose consecuentemente los que permiten comisiones de minoría, por tratarse de órganos de control. Al mismo tiempo se ofrecen los correspondientes ejemplos de Derecho comparado, por supuesto convenientemente seleccionados, aunque esta es una práctica en la que todos hemos caído alguna vez. A estos efectos, Alemania, Grecia y Portugal ofrecen perspectivas halagüeñas, así como Francia, si bien en este caso la petición vinculante de cada grupo parlamentario tiene serios límites temporales, y se ve además sometida a la aplicación general de la *sub iudice rule* a la que luego aludiremos. En cambio, el Parlamento Europeo, así como la Cámara de los Diputados y el Senado italianos, mantienen el principio de decisión de la mayoría. En este grupo debe también incluirse la Cámara de los Comunes, donde, aunque la investigación parlamentaria está confiada habitualmente a las *Departmental Select Committees*, que tienen carácter permanente, sus líneas concretas se deciden por la mayoría de los miembros de estas.

En realidad, la posición que ha de tomarse al respecto ha de matizarse mucho más. No solo porque no estamos ante una historia de bue-

nos (la oposición) y malos (el gobierno), puesto que ambas son posiciones contingentes e intercambiables en la lucha política, sino sobre todo porque los poderes de las comisiones de investigación van a afectar, como ya hemos apuntado, a los derechos fundamentales de quienes ostentan o han ostentado cargos públicos, y también, potencialmente, a los de cualquier persona. La creación por minorías puede ser una decisión correcta siempre que se establezcan unos límites adecuados, que no tienen por qué ser necesariamente solo el número de diputados. En este sentido, dejar la decisión, por ejemplo, al primer grupo de la oposición (que bien puede disponer de un tercio o incluso dos quintos de los miembros de la cámara) no deja de ser tan arbitrario como hacerlo en el grupo mayoritario. Aquí podrían estudiarse, en efecto, cupos por grupo parlamentario —siempre que superen un mínimo de miembros, debido a la laxitud con la que en España se constituyen estas agrupaciones— que podrían utilizarse un número máximo de veces por legislatura. Sin embargo, tampoco sería dramático que la decisión de rechazo correspondiera a una mayoría cualificada de, por ejemplo, la mayoría absoluta, con la posibilidad de exigir que dicha mayoría se conforme con al menos dos grupos parlamentarios. Fórmulas hay que permitan compaginar los intereses en juego, recordando que, en cualquier caso, la oposición cuenta con otras formas poderosas de promover el debate parlamentario y que, incluso el acto de rechazo de la creación de una comisión, que habrá de estar precedido del debate correspondiente en el pleno, supone ya un coste político para la mayoría. Y este coste no va a ser necesariamente muy distinto del que supone el funcionamiento de una comisión de investigación, pues, fuera del acto de creación, no se pone en cuestión que el resto de las actuaciones va a estar precisamente en manos de la mayoría, como sucede, según veremos, con las comparecencias que se acuerden o con las conclusiones adoptadas.

De cualquier modo, y más aún si la decisión queda en manos de la minoría, la creación de

una comisión de investigación debe someterse a *controles adicionales*. En primer término, el objeto ha de incardinarse en los límites establecidos para el objeto de las comisiones, sobre el que volveremos más adelante.

Pero, sobre todo, merece mención la creación de comisiones de investigación sobre asuntos sobre los que esté abierta una investigación judicial. Ciertamente, la Constitución nada dice al respecto en su exiguo art. 76, más allá de la afirmación, obvia, de que sus conclusiones no vincularán a los Tribunales. Sin embargo, de la previsión de la independencia judicial, sometida exclusivamente al imperio de la ley (art. 117.1 CE), así como de la garantía de los derechos inherentes a la tutela judicial efectiva del art. 24.2 CE, se deduce sin dificultad una cautela elemental para estos supuestos. En este sentido, la previsión reglamentaria que estableciera la prohibición de crear tales comisiones con investigaciones judiciales abiertas (conocida como *sub iudice rule*) no violentaría en absoluto el texto constitucional y resolvería con sencillez los problemas que la coexistencia de ambas plantea en la actualidad. Piénsese, por ejemplo, en la inutilidad de una comparecencia de quien se encuentra en situación de investigado, que, como poco, se negará a declarar ante la comisión, no aportando información alguna. O en la posibilidad de conducir juicios paralelos por parte de los miembros de la comisión, que afectarían al correcto desarrollo de la instrucción y podrían buscar presionar indebidamente al juez encargado de ella. O en la quiebra del ya muy debilitado secreto judicial que se produciría por la filtración interesada de datos obtenidos en la comisión. Seguramente pueda alegarse que tales cuestiones pueden ir arreglándose con regulaciones concretas, sin establecer de plano esta prohibición, pero su eficacia hasta la fecha ha sido muy escasa, de modo que es lícito ser escépticos para el futuro. En cuanto a la consabida aportación del Derecho comparado, los casos de la Asamblea Nacional francesa o del Parlamento Europeo, son bien ilustrativos. A ellos puede añadirse Portugal, donde la presencia de un

procedimiento judicial en curso, del que ha de informar el Fiscal General de la República, puede suponer la suspensión de una comisión de investigación —incluidas las de constitución obligatoria a instancias de la minoría— si así lo decide la Asamblea (art. 5 de la Ley 5/1993, de 1 de marzo; hasta 1997 la suspensión hasta que se dictara sentencia era automática).

III. COMPOSICIÓN

La composición de las comisiones de investigación no genera demasiados problemas. En principio se aplican las reglas generales para todo tipo de comisiones, que prevén que se determine un reparto para cada grupo parlamentario en proporción a su importancia numérica y que estos designen a los integrantes. Por supuesto, la proporcionalidad no podrá nunca ser absoluta, como ha recordado el Tribunal Constitucional en repetidas ocasiones (SSTC 32/1985, 36/1990, 214/1990 y 93/1998, entre otras). En otras ocasiones se ha optado por una composición cuasi paritaria de los grupos, corregida por el establecimiento de la regla del voto ponderado a la hora de adoptar acuerdos (art. 52.3 RCD). Se trata de una solución práctica que no suele funcionar mal, pero que puede plantear algún problema con el grupo mixto, por cuanto el art. 88 RCD exige que para aplicar el voto ponderado hayan votado en el mismo sentido todos los miembros de cada grupo. Dada la composición heterogénea de aquel, no es impensable que, en el caso de disponer de más de un representante en la comisión, estos voten en sentido distinto, impidiendo así la aplicación de la regla del voto ponderado y alterando así el régimen de mayorías del pleno.

En fin, cabe también destacar cómo el Tribunal Constitucional ha tenido que entrar en un aspecto muy específico de la composición de las comisiones de investigación, al ratificar la decisión de los órganos de dirección de la Asamblea de Madrid de **excluir a dos parlamentarios del Grupo Mixto, cuya conduc-**

ta estaba siendo investigada, de la composición de la correspondiente comisión (STC 39/2008, de 10 de marzo).

IV. EL OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN Y SUS LÍMITES

De acuerdo con el art. 76 CE, las comisiones parlamentarias de investigación pueden analizar **cualquier asunto de interés público**, fórmula que, procedente seguramente del art. 82 de la Constitución italiana de 1947, no aclara mucho sobre sus posibles límites. Sin embargo, precisar estos es imprescindible para que las comisiones de investigación, debido a la intensidad de sus facultades, no sirvan para alterar ni la distribución de poderes ni el régimen de libertades diseñados por la CE. Así, por de pronto, es obvio que el interés público habrá de ser, además, objeto de las potestades de las Cámaras, definidas con carácter general en el art. 66 CE, esto es, legislación, presupuestos y control de la acción del Gobierno. Por ello, parece que, salvo en algún supuesto excepcional, quedan excluidas las investigaciones sobre el funcionamiento de otros órganos constitucionales del Estado, distintos del Gobierno (CGPJ, Tribunal Constitucional, Jefatura del Estado, o la otra Cámara colegisladora), ni sobre el de órganos de relevancia constitucional (Tribunal de Cuentas, por ejemplo).

Es discutible que puedan extender sus facultades más allá de las competencias reservadas al Estado. Su ámbito, por ello (GARCÍA MORILLO), parece estar limitado por el sujeto (solo órganos sometidos a su control) y el objeto (debe quedar incluido en su ámbito competencial). No obstante, podría esgrimirse para justificar una cierta incidencia sobre competencias autonómicas, la obligación que la Constitución establece (art. 109) para que sus autoridades faciliten a las comisiones parlamentarias la información y ayuda que precisen. Sin olvidar tampoco la posible concurrencia de competencias estatales horizontales que justifiquen la actuación parla-

mentaria incluso cuando concorra una competencia exclusiva autonómica. Esta restricción, por supuesto, opera con toda claridad en el sentido contrario, de forma que las Asambleas autonómicas no podrán constituir comisiones de investigación sobre ámbitos competenciales del Estado, ni controlar a sus autoridades. Así se reconoce en varios reglamentos parlamentarios autonómicos, que aclaran que el interés público lo ha de ser para la Comunidad afectada o, con más corrección, incardinarse en su ámbito competencial (p. ej., el art. 75 del Reglamento de la Asamblea de Madrid).

Llama negativamente la atención, en este sentido, el desfile de algunas autoridades (como es el caso de varios antiguos presidentes de la CNMV con relación a la venta de participaciones preferentes y deuda subordinada entre inversores minoristas) por comisiones de investigación de Asambleas autonómicas, que se han vivido entre 2013 y hasta prácticamente los momentos en que se redactan estas líneas, sin que el Estado haya interpuesto conflicto de competencias o, subsidiariamente, del Título V LOTC. La sorpresa es tanto mayor cuanto que en buena parte de los casos tales comparecientes no van a quedar exentos de su deber de secreto profesional, que solo encuentra excepción, como veremos, en el caso de las comisiones de investigación estatales. Esta línea argumental parece encontrar acomodo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que ha señalado que las comisiones de investigación son órganos del Parlamento, por lo que es «acorde con su naturaleza» que el reglamento limite «su ámbito de actuación» a asuntos que son de interés para la comunidad representada en la Cámara (STC 88/2012, de 7 de mayo, FJ 4). Bien es verdad que en la misma resolución ha señalado que, en principio, la mesa carece de potestad para valorar discrecionalmente la concurrencia de un interés público en el ámbito de competencias de la Comunidad Autónoma a la que pertenezca la Asamblea en la que pretende constituirse la comisión de investigación.

En cuanto a **las relaciones con el Poder Judicial**, más allá de lo expuesto respecto de la intervención de las comisiones de investigación en asuntos objeto de una investigación judicial, el principio de división de poderes les impone límites adicionales. De esta manera, la STC 191/2016, de 15 de noviembre, FJ 6. C.c), rechaza cualquier posibilidad de control ordinario por parte de las Cortes Generales sobre otro órgano constitucional (en este caso el CGPJ) ni aun a partir del deber de facilitar información y ayuda del art. 109. Ello no es incompatible, sin embargo, con los deberes de sus integrantes individuales ante un requerimiento para comparecer en una comisión de investigación (FJ 6. C.c). Según este principio, es inadmisibles tanto la intervención en un procedimiento abierto, como convertir en objeto de la investigación una determinada decisión judicial.

Finalmente, quedan las investigaciones relativas a **sujetos privados**. El Tribunal Constitucional ha señalado que la mesa, además de verificar la concurrencia de los requisitos formales, puede valorar si concurre «interés público», en el sentido de poder excluir «asuntos de estricto interés particular, por más que puedan ser de interés del público, sin transcendencia en cuestiones que puedan ser de interés para la ciudadanía en cuanto a tal» (STC 88/2012, FJ 5). Ello podría justificar una aproximación restrictiva para este tipo de objetos de investigación, si bien la fórmula resulta un tanto vaga. En todo caso, nos permite rechazar aquellas comisiones creadas sobre materias en las que no solo se da un ataque directo a los derechos fundamentales (intimidad, pero también cualquier otro de los enumerados en la declaración de derechos de la Constitución), sino también a aquellas que versen sobre cuestiones en las que el interés público, aun pudiendo presentarse, sea de menor entidad que los derechos fundamentales afectados, amén de las que recaigan sobre conductas que nada tengan que ver ni siquiera remotamente con temas de interés general, esto es (ARÉVALO I), cuestiones estrictamente privadas concernientes a la esfera personal de los individuos.

V. LOS PODERES DE LAS COMISIONES. CONVOCATORIA DE PERSONAS. CONSULTA DE DOCUMENTOS. PROCEDIMIENTO DE ACTUACIÓN

Las facultades tradicionales de las comisiones de investigación suelen resumirse con un viejo aforismo británico de la Cámara de los Comunes aún en uso, conforme al cual gozan de las potestades para *send for persons, papers and records*. La CE establece las bases para dichas facultades al prever las comparecencias de personas (art. 76.2), así como para solicitar la información y ayuda necesarias del Gobierno y de cualesquiera autoridades del Estado y de las Comunidades Autónomas (art. 109, ya aludido).

Son **elementos comunes a estas facultades**, por de pronto, que deben en todo caso respetarse los derechos fundamentales de los ciudadanos, con mayor razón en tanto que el debate político presenta una dureza —por lo demás no solo lógica sino también incluso deseable— que no tiene por qué afectar a quienes no ejerzan cargos públicos. Así lo prevé, en principio, el art. 1.2 de la Ley Orgánica 5/1984, que dispone que «Las Mesas de las Cámaras velarán por que ante las Comisiones de Investigación queden salvaguardados el respeto a la intimidad y el honor de las personas, el secreto profesional, la cláusula de conciencia y los demás derechos constitucionales». En segundo lugar, que la competencia para ejercerlas corresponde a la comisión, como se pone de manifiesto, por ejemplo, en el art. 44 RCD. Por tanto, ha de ser la mayoría la que adopte las decisiones respecto de la aceptación o rechazo de las propuestas de comparecencia y solicitudes de información, sin que quepan fórmulas como los cupos por grupo parlamentario. En este caso, las demandas a favor de fórmulas de este tipo, que permitan a la minoría imponer tales comparecencias, además de chocar con el tenor literal de las normas en vigor, olvidan que la imposición de un deber tan reforzado como el de comparecer ante una comisión de investigación, o en-

tregar documentación, ha de reservarse a una voluntad imputable a la Cámara, o a un órgano de esta, lo que requiere de un acuerdo mayoritario. Naturalmente, la minoría contará con los instrumentos del debate para hacer constar su posición.

La competencia que suele generar más expectación es la de **convocar, para que declaren, a quienes puedan aportar datos que lleven al esclarecimiento de los hechos** de los que se ocupan. Ya hemos hecho referencia a su tratamiento constitucional, que se complementa con el de la LO 5/1984, de 24 de mayo, de comparecencia ante las comisiones de investigación del Congreso y del Senado o de ambas Cámaras. El deber de comparecer vincula a todos los ciudadanos españoles, y los extranjeros que residan en España, lo que se ha interpretado en la práctica con amplitud, exigiendo, por ejemplo, la presencia de ciudadanos en prisión. Los detalles del requerimiento se regulan en el art. 2 de la LO citada, y el desarrollo de la comparecencia en el art. 3, en el que se reconoce la posibilidad de asesoramiento para el compareciente. Ha de destacarse, no obstante, que las aparentes garantías para el compareciente no lo son tanto. Por ejemplo, un modelo de desarrollo de la comparecencia, bastante extendido en la actualidad, es el de pregunta-respuesta entre los portavoces y el compareciente, con tiempos tasados para los grupos. Semejante fórmula ha llevado con demasiada frecuencia a intervenciones muy desafortunadas en las que se busca la encerrona de un compareciente a quien se interrumpe constantemente con la excusa del tiempo y de quien no se pretenden respuestas, sino simplemente hacerle objeto de reproches o acusaciones. Además, la presencia del asistente se convierte en meramente ritual, puesto que, a diferencia de los interrogatorios en las instrucciones penales, no existe un órgano imparcial como el juez que se pronuncie acerca de la pertinencia o no de una pregunta a instancias del abogado. En estas condiciones, las comparecencias suelen tener más de espectáculo que de instrumento para conocer información alguna, eso sí, ro-

deado de un ritual pseudojudicial, que ofrece la impresión de que el compareciente puede haber cometido cualquier irregularidad imaginable. Dicho efecto se multiplica por la retransmisión en directo de la sesión de la comisión, que, desde la reforma del art. 64 RCD de 1994 es, en general, accesible a los representantes de los medios. Una forma de evitar los principales defectos señalados sería la de volver al modelo de debate propio de las comparecencias del art. 203 RCD, con un turno potestativo para el compareciente, sucesivas intervenciones de los grupos por el tiempo que se determine, contestación del compareciente sin límite de tiempo y posibilidad de un turno adicional para aclaraciones o repreguntas. En cualquier caso, ha de reiterarse el deber de la mesa de la comisión de proteger los derechos del compareciente.

Además, es muy relevante el art. 502 CP, que tipifica como delitos la incomparecencia, así como la falta a la verdad en las declaraciones, quedando como conducta no punible la negativa a declarar. Se trata de una norma un tanto desafortunada, no solo por incluir, seguramente de manera indebida, a las Asambleas autonómicas, sino también por la criminalización de quienes falten a la verdad sin mayores matices. Por esta razón ha de interpretarse que no incurrir en tal delito, en la medida en que están ejerciendo un derecho fundamental (art. 24.2 CE), quienes no digan la verdad en la comisión y ostenten la condición de investigado en una causa penal (STC 142/2009, que solo limita la inmunidad en caso de faltar a la verdad en el caso de procedimientos disciplinarios dentro de una relación de sujeción especial). En cuanto a las facultades para calificar las propuestas de comparecencia, el Tribunal Constitucional ha aceptado como no arbitrario el uso parlamentario de que sea la mesa de la comisión y no, como ocurre con carácter general, la de la Cámara —en este caso la Junta General del Principado de Asturias— quien lleve a cabo esta tarea, calificando la cuestión como de mera legalidad parlamentaria, que no permite un pronunciamiento de fondo del Tribunal (ATC 181/2003, de 2 de junio).

Una última cuestión que quizá requiera cierta atención es la posibilidad de requerir nuevamente la presencia de un compareciente en la comisión parlamentaria. Es verdad que la normativa no establece límites al respecto, pero no cabe duda de que, sobre todo en el caso de los ciudadanos y entidades privados, con esta práctica fácilmente puede estar causándose una perturbación que no tienen por qué asumir. Por tanto, solo en circunstancias excepcionales, como la aparición de nuevos hechos de especial trascendencia para la investigación, que deberán ser cuidadosamente motivados, podrá considerarse la nueva llamada a comparecer.

Por su parte, la **consulta de documentos** aparece regulada, como para el resto de las comisiones, en los arts. 44 RCD y 67 RS. De manera específica, debe mencionarse además el Real Decreto-Ley, el 5/1994, de 29 de abril, que facilita que los datos o documentos que obren en poder de la Administración Tributaria puedan ser trasladados al ámbito parlamentario cuando una comisión de investigación lo requiera respecto a quienes desempeñen o hubieren desempeñado, por elección o nombramiento, cargos públicos, siempre que el objeto de la investigación tenga relación con su función. Este precepto ha venido a abrir un camino por el que la legislación sectorial excepcional en muchos casos el deber de secreto cuando se trata de colaborar con las comisiones de investigación, eso sí, exclusivamente las del Congreso y el Senado, no las autonómicas. Así, sin movernos del ámbito tributario, el art. 95.1.e) LGT prevé también que los datos obtenidos por la Administración tributaria puedan ser cedidos, cuando se trate de la colaboración con las comisiones parlamentarias de investigación en el marco legalmente establecido. Por su parte, el art. 81.3.1) de la Ley 10/2014, de 26 de junio, exceptúa en términos similares dicho deber de secreto para el Banco de España, si bien se mantienen algunas reservas en el caso de datos facilitados por otros supervisores europeos. Otro tanto sucede respecto de la CNMV a tenor del art. 248, aps. 2 y 4.h), LMV. Se mantienen, en cam-

bio, diversas cautelas cuando se trata de secretos oficiales, respecto de los que la regla es que el acceso de las Cámaras ha de hacerse a través de la Comisión de Secretos Oficiales del Congreso de los Diputados. La jurisdicción contencioso-administrativa ha excluido una interpretación excesivamente amplia del carácter secreto de un documento, al señalar que, cuando de su propia naturaleza —en este caso contratos públicos— se derive necesariamente su carácter público, no podrá alegarse el secreto de unas investigaciones penales a las que se hayan incorporado para no facilitarlos (STS, Sala 3.ª, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª, de 25 de febrero de 2013).

Por el contrario, dado el silencio de la normativa, ha de descartarse la capacidad de requerir con carácter vinculante la entrega de documentos por parte de sujetos privados. Más aún, en casos como las entidades de crédito (respecto de las que se han planteado repetidamente estas cuestiones en los últimos años), ni siquiera por razones de cortesía van a poder atenderse muchas veces estos requerimientos, dados los deberes de secreto al que están vinculadas en numerosas materias (ARÉVALO, ii). A este respecto conviene recordar, en previsión de eventuales reformas reglamentarias, que el reglamento parlamentario es una norma muy relevante, sí, pero limitada a las relaciones internas de la Cámara, por lo que no es apta para imponer deberes a los particulares, que solo podrían derivar de la ley (PASCUA).

En cuanto al **procedimiento de actuación** de estas comisiones, podemos limitarnos a recordar la necesidad de que elaboren un plan de trabajo, de cuya realización habrán de rendir cuenta a los órganos rectores de la Cámara (arts. 52.2 RC y 60.1 RS). Sus actuaciones, por lo demás, se regirán por el criterio del voto ponderado, al que ya hemos hecho referencia, mientras que corresponderá al presidente la dirección de los debates durante las sesiones parlamentarias, singularmente las comparecencias, sin perjuicio de la ya

apuntada responsabilidad de la mesa en asegurar las garantías del compareciente y el respeto a sus deberes de secreto.

VI. EL FINAL DE LA INVESTIGACIÓN. EL DICTAMEN. DISOLUCIÓN

El fin normal de las comisiones es la presentación de un dictamen (Congreso) o informe (Senado), en el que se recogen sus conclusiones. De acuerdo con el art. 76 CE, estos no vinculan a los Tribunales, sin perjuicio de su posible comunicación al Ministerio Fiscal, para que ejerza las acciones oportunas. El dictamen/informe se somete a debate y votación en el Pleno y es posteriormente publicado junto con los votos particulares, si los hubiera, en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*.

Sin embargo, existen **otras formas de terminación** de la vida de la Comisión. En primer lugar, como es obvio, por finalización del plazo previsto para su funcionamiento en el acuerdo de creación sin haber concluido el informe. Es verdad que tales plazos pueden ampliarse por el pleno, pero es perfectamente posible que el acuerdo para crear la comisión no se extienda a la prórroga de sus tareas en el caso de que alguna fuerza parlamentaria entienda que esta no tiene sentido político. Por supuesto, no puede extenderse este efecto a la finalización del plan de trabajo previsto en el art. 52.2 RCD, que tampoco podrá ampliar el tiempo concedido, en su caso, en el acuerdo de creación.

De cualquier forma, la caducidad del mandato parlamentario o la disolución de las Cámaras ponen fin a la actuación de la comisión, que no revivirá automáticamente en la siguiente legislatura, debido a su carácter de órgano no permanente. Más discutible es el acuerdo de disolución de las comisiones antes de que finalicen sus trabajos. No cabe duda de que esta es una fórmula lícita si está así prevista en el reglamento. En cambio, no lo es si se intenta regular por normas de ran-

go inferior. Así lo ha declarado el Tribunal Constitucional con sus SSTC 226 y 227/2004, de 29 de noviembre, en las que, entre otras cosas, afirmó (FJ 4) que las comisiones únicamente pueden disolverse en los casos expresamente previstos por el reglamento parlamentario y en ningún otro, por más que puedan imaginarse supuestos que merecerían el mismo tratamiento, aun en el caso de que la minoría haya decidido no acudir a los trabajos de la comisión, lo que para el Tribunal es, con buen criterio, una forma más de llevar a cabo el debate político.

VII. CONCLUSIONES

Recapitulando lo ya señalado anteriormente, las comisiones de investigación son hoy un instrumento que, si bien sirve para articular el debate político, así como para controlar la acción del gobierno de una manera más intensa que de ordinario, lo hace en muchos casos con un gran sacrificio tanto de los derechos de los ciudadanos como de la adecuada articulación de poderes según el modelo constitucional vigente. Por ello, y una vez que la justicia constitucional y la legislación han asentado convenientemente la extensión de sus facultades, de modo que no se conviertan en órganos hueros, seguramente sea preciso encauzar algunos excesos. Así, sería conveniente incorporar la limitación a la creación de comisiones cuando su objeto lo sea a su vez de un proceso judicial penal. Asimismo, ha de asegurarse que su creación no exceda los límites competenciales del Estado o Comunidad Autónoma al que pertenezca la Cámara que la crea y, por supuesto, vincular la capacidad de solicitar la comparecencia de personas y la solicitud de documentos a esos únicos efectos. El debate debiera encauzarse de manera que ni los grupos queden constreñidos en exceso a unos tiempos exiguos, ni el compareciente pueda ser interrumpido en su contestación, facilitando, además, la intervención de su asistente en el caso de que deba objetar alguna pregunta por impertinente, contraria a los derechos del comparecien-

te o referida a materia reservada, debiendo subrayarse el deber de la mesa de velar por el cumplimiento de estos extremos.

En definitiva, como señaló el autor de este comentario en la edición anterior de esta obra, «hay que tomarse en serio, cosa que no se ha hecho hasta ahora, las comisiones de investigación, que pueden convertirse en un instrumento importante para mejorar el rendimien-

to de nuestro sistema constitucional, dinamizando el debate político, y haciendo que los ciudadanos tengan aún más fuentes de información con las cuáles formarse su criterio respecto a los problemas que afectan al país» (TORRES MUÑOZ). Pero hay que hacerlo sin matar moscas a cañonazos o, dicho de manera más académica, de forma que no altere sustancialmente el resto de las garantías y reglas del sistema constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

ARÉVALO GUTIÉRREZ, A., (i) «Las Comisiones de investigación de las Cortes Generales y de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 43, 1995.

- (ii) «Las entidades privadas como sujetos destinatarios del control parlamentario desarrollado por las Comisiones de Investigación», *Asamblea. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 30, 2014.

ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, I. y CAVERO GÓMEZ, M., «Artículo 76. Comisiones de investigación», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, tomo VI, arts. 66 a 80, Cortes Generales-Edersa, Madrid, 1998.

BENTHAM, J., *Tácticas parlamentarias*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1991.

GARCÍA MAHAMUT, R., *Las Comisiones Parlamentarias de Investigación en el Derecho Constitucional Español*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.

GUDE FERNÁNDEZ, A., *Las Comisiones parlamentarias de investigación*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2000.

JIMÉNEZ DÍAZ, A., «Artículo 52», en RIPOLLÉS SERRANO, M.^ª R. (Coord.), *Comentarios al Reglamento del Congreso de los Diputados*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2012.

LAVILLA RUBIRA, J. J., «Congreso de los Diputados y demás poderes públicos: información, control y responsabilidad», en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., *Estudios sobre la Constitución española: Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Vol. 3, Civitas, Madrid, 1991.

MASSÓ GARROTE, M. F., *Poderes y límites de la investigación parlamentaria en el Derecho Constitucional español*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2001.

MEDINA RUBIO, R., *La función constitucional de las Comisiones parlamentarias de investigación*, Universidad de Alicante-Civitas, Madrid, 1994.

PASCUA MATEO, F., *Fuentes y control del derecho parlamentario y del derecho de la Administración Parlamentaria*, Tribunal Constitucional-CEPC, Madrid, 2014.

SANTAOLALLA, F., (i) *Derecho parlamentario español*, Dykinson, Madrid, 2013.

- (ii) *El Parlamento y sus instrumentos de información (preguntas, interpelaciones y comisiones de investigación)*, Edersa, Madrid, 1982.

TORRES BONET, M., *Las comisiones de investigación, instrumentos de control parlamentario del gobierno*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1998.

TORRES MURO, I., (i) «Artículo 76: Las comisiones parlamentarias de investigación», en CASAS BAAMONDE, M.^a E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (Dir.), *Comentarios a la Constitución española*, Fundación Wolters Kluwer, Las Rozas, 2008.

- (ii) *Las comisiones parlamentarias de investigación*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.

Artículo 77

1. Las Cámaras pueden recibir peticiones individuales y colectivas, siempre por escrito, quedando prohibida la presentación directa por manifestaciones ciudadanas.

2. Las Cámaras pueden remitir al Gobierno las peticiones que reciban. El Gobierno está obligado a explicarse sobre su contenido, siempre que las Cámaras lo exijan.

PETICIONES A LAS CÁMARAS

Sumario: I. El significado del art. 77.1 CE. 1. Consideraciones generales. 2. Regulación por los Reglamentos Parlamentarios. II. Régimen jurídico de las peticiones en los reglamentos parlamentarios. III. Los reglamentos de las asambleas legislativas autonómicas. IV. Peticiones a las cámaras e iniciativa legislativa popular. V. Garantía o protección jurisdiccional. VI. Relaciones entre cámaras y gobierno.

PABLO GARCÍA MANZANO

MAGISTRADO DEL TRIBUNAL SUPREMO JUBILADO

MAGISTRADO EMÉRITO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. EL SIGNIFICADO DEL ARTÍCULO 77.1 CE

1. Consideraciones generales

El precepto dice así:

«Las Cámaras pueden recibir peticiones individuales y colectivas, siempre por escrito, quedando prohibida la presentación directa por manifestaciones ciudadanas».

Los autores concuerdan en considerar **en cierto modo superfluo este enunciado constitucional**, dado que su contenido está comprendido en el art. 29 al regular o reconocer el derecho fundamental de petición.

Por ello, P. CRUZ VILLALÓN (1999, págs. 284 y ss.) lo explica en función de los dos siguientes apartados del precepto, suprimidos en el trámite parlamentario. Según este autor el artículo pretendía constitucionalizar en los dos desaparecidos apartados 3 y 4 la práctica política norteamericana del *lobbying* o grupos de presión.

Estos dos apartados suprimidos establecían que las Comisiones podrán recibir delegaciones de grupos legítimos de intereses en sesiones públicas, y que una ley orgánica regulará un sistema de control y registro para los grupos de intereses que actúen de modo permanente.

En relación con el art. 29 CE, la perspectiva aquí adoptada por el constituyente no es la

subjetiva, de conferimiento de un derecho a las Cámaras, sino la de precisar que éstas pueden ser destinatarias específicas de peticiones.

Por ello, la fórmula verbal «pueden» de este apartado 1 tiene diverso significado que la del apartado 2, pues en esta última sí se confiere una habilitación a las Cámaras para que remitan al Gobierno las peticiones y, si así lo exigen, se explique sobre su contenido.

Pues bien, atendido lo expuesto, la pregunta es si el derecho de petición, al ser ejercitado ante las Cámaras y las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, reviste alguna especificidad que lo singularice respecto del régimen común contenido en el art. 29 y en su desarrollo por Ley Orgánica 4/2001.

En principio, el derecho fundamental no experimenta modulación en su contenido que derive del dato de que **el destinatario de la petición sea la representación nacional, las Cámaras de las Cortes Generales, o las Asambleas Legislativas autonómicas**. Así, como elementos comunes, los sujetos ejercientes no sólo pueden ser los españoles sino también los extranjeros y las personas jurídicas (*vid.* sobre esta extensión del derecho por Ley 4/2001, el comentario al art. 29 de este mismo autor); las modalidades son la presentación individual y la colectiva, salvo para esta última, la prohibición concerniente a los militares y su forma escrita.

Para acomodar a este régimen común, por ser contenido esencial subjetivo del derecho, el art. 192 del Reglamento del Senado, Texto Refundido de 3 de mayo de 1994 (en adelante, citando como RS), que lo limita a «los españoles», ha de entenderse ampliado a los extranjeros. El dato empírico de admisión de peticiones formuladas por los no nacionales confirma esta ampliación subjetiva.

El único elemento singular del art. 77.1, por referencia al art. 29, es el de **la prohibición de «la presentación directa por manifestaciones ciudadanas»**. Esta fórmula conjuga, según

advierte P. CRUZ VILLALÓN (1999), dos cuestiones diversas: la presentación directa o «en persona» de la petición ante las Cámaras, y el que la presentación vaya precedida de manifestaciones ante la sede de la representación nacional. La primera concierne a la interdicción de la presentación en persona de las peticiones, con antecedentes en nuestro constitucionalismo histórico a partir de la Constitución de 1869, tratando de impedir lo que se llamó presentación *a la barre*, en la tribuna de oradores. La segunda se enmarca, como señala el mismo autor, en el ámbito de la protección de la sede de la representación nacional, al evitar eventuales coacciones procedentes de cierto número de ciudadanos congregados ante la misma. Esta protección la dispensa actualmente el Código Penal en su art. 495, encuadrado entre los delitos contra las Instituciones del Estado.

Al lado o junto a esta singularidad, recogida por el constituyente en el texto del art. 77, podríamos señalar otra de carácter omisivo; a diferencia de lo normado en el art. 29.1, que reenvía a la ley (la de desarrollo del derecho fundamental) la forma y los efectos del derecho de petición, el art. 77.1 guarda silencio sobre la regulación del ejercicio de este derecho fundamental cuando tiene por destinatario a las Cámaras.

Pues bien, como ha precisado la Ley Orgánica 4/2001, esta última modalidad de petición se configura como «régimen especial»; y en la Disposición Adicional 1.^a, apartado 1, de dicha Ley se remite a los respectivos Reglamentos del Congreso, del Senado y de las Asambleas Legislativas Autonómicas lo relativo a la tramitación de peticiones ante las mismas, lo que se justifica por el «reconocimiento obligado a la autonomía organizativa y regulatoria» de estos órganos del Poder Legislativo, tal como señala la Exposición de Motivos de la referida Ley Orgánica.

2. Regulación por los Reglamentos Parlamentarios

Parece, en principio, dada la autonomía organizativa de las Cámaras, que sean los Reglamen-

tos emanados de éstas (art. 72.1 CE) las normas que regulen lo concerniente al derecho de petición a ellas dirigido, en sus aspectos formales o procedimentales, sin que la Ley Orgánica de desarrollo (Ley Orgánica 4/2001) pueda sustituirles en esta normación, salvo que aquellos Reglamentos se remitan expresamente a la Ley reguladora en determinados aspectos, como acontece con el RS, art. 192, al disponer: «Las peticiones... se atenderán a la forma y demás requisitos que establezca la ley».

Dos cuestiones pueden plantearse al respecto, a saber: si **la autonomía parlamentaria** es respetada por la Disposición Adicional 1.^a de la Ley Orgánica 4/2001, que impone a los Reglamentos el deber de recoger en su normación la posibilidad de la audiencia especial de los peticionarios; y, de otra parte, si la regulación contenida en los Reglamentos del Congreso y del Senado, al no contener el deber de «contestación», como contenido del derecho de petición, vulnera o no éste.

A) La Ley Orgánica 4/2001, reguladora del derecho de petición (LODP) no se ha limitado a la remisión a los Reglamentos de las Cámaras y de las Asambleas Legislativas autonómicas, sino que impone cierto contenido a estas normas, al decir: «en sus respectivos Reglamentos, que deberán recoger la posibilidad de convocar en audiencia especial a los peticionarios, si así se considerara oportuno».

Esta posibilidad de la audiencia especial de los peticionarios, como previsión relativa al trámite o procedimiento seguido ante las Cámaras y su Comisión de Peticiones, pugna, en principio, con la autonomía organizativa y regulatoria de los Reglamentos Parlamentarios que el legislador de la Ley Orgánica 4/2001 dice respetar en su Exposición de Motivos, en cuanto impone a éstos un determinado contenido procedimental como es el de conferir un eventual trámite de audiencia de los peticionarios.

No nos parece suficiente, para salvar la constitucionalidad del precepto, la interpretación que realiza algún autor como F. PASCUA MATEO

(2006, pág. 562), al decir que al añadir la cautela de «si así se considerara oportuno» se remite en último término al Reglamento la puesta en práctica o no de esta previsión. Entendemos que el sentido correcto gramatical es el de imponer un trámite que habrá de aplicarse —el trámite, no el contenido reglamentario— por las respectivas Cámaras o Asambleas si se considerara oportuno el hacer dicha convocatoria a los peticionarios: es decir, se impone un trámite no preceptivo sino potestativo. Hay, por tanto, elementos suficientes para poner en tela de juicio este deber de normación contenido en la referida Adicional de la Ley reguladora del derecho de petición, en tanto atentatorio a la autonomía reglamentaria de las Cámaras del art. 72.1 CE.

B) Como ha puesto de relieve en la doctrina I. FERNÁNDEZ SARASOLA (2002, págs. 197 y ss.), **el legislador orgánico ha acabado por configurar el derecho de petición como un derecho de contenido prestacional**, al imponer la obligación de contestar y notificar la contestación en plazo máximo de tres meses, y, además, si la petición se estima fundada (?) «vendrá obligado a atenderla y a adoptar las medidas que estime oportunas a fin de lograr su plena efectividad» según indica el art. 11.2 de la referida Ley Orgánica 4/2001. Al no prever los Reglamentos del Congreso y del Senado este contenido prestacional, pues tan sólo imponen a las Cámaras la obligación de acusar recibo de la petición y comunicar al peticionario el acuerdo adoptado (art. 49 RC y art. 194 RS), se ha afirmado por el citado autor que el Reglamento Parlamentario no puede eliminar o excepcionar lo que la Ley, en su configuración legal del derecho, declara como parte del contenido subjetivo del mismo, de tal suerte que parece trasladar a las Cortes y a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas el contenido prestacional antes aludido: contestar y atender, en su caso, la petición mediante la adopción de concretas medidas.

No obstante la correcta construcción teórica de la tesis mencionada, entendemos objeta-

ble la misma desde dos argumentos, de menor a mayor fuerza suasoria: i) que en un sentido amplio pertenece también al procedimiento o tramitación —de pleno dominio de la norma parlamentaria— la forma de resolución o las modalidades de ésta, de tal manera que los Reglamentos parlamentarios deciden sobre cuál ha de ser la resolución que recaiga a la petición y su alcance; y (ii) que, en todo caso, la LODP ha dejado fuera de su ámbito de desarrollo, como régimen especial, las peticiones de las Cámaras, y este régimen singular no se compadece con el contenido prestacional aludido, que es propio de peticiones dirigidas a las Administraciones o Instituciones públicas con competencias concretas y consiguiente posibilidad de atender la petición, a diferencia de las Cámaras, como órgano de representación (art. 66 CE) y a quienes se confiere la potestad legislativa para normar en función del interés general y no de concretas y específicas competencias.

En función de esta última diferencia puede afirmarse una cierta especificidad en el hecho de que sean las Asambleas Legislativas las destinatarias de peticiones, lo que justifica el que la Comisión de Peticiones de cada una de ellas tenga como esencial, aunque no único, cometido el trasladar o remitir la petición a otros órganos sean éstos intra o extraparlamentarios: art. 49.2 RC y art. 193.1 del RS.

II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS PETICIONES EN LOS REGLAMENTOS PARLAMENTARIOS

El RC dedica un único artículo, el 49, a regular la función de la Comisión de Peticiones. La alternativa que establece en orden a las peticiones dirigidas a esta Cámara es la de remisión a otras Comisiones de la misma, al Senado, o bien a órganos o instituciones extraparlamentarias, entre las que se incluye el Defensor del Pueblo, el Gobierno, y Administraciones públicas autonómicas y locales, así como a los Tribunales y al Ministerio Fiscal, o bien el archivo de la petición sin más trámi-

tes. No se concreta los supuestos de archivo y se impone a la Comisión el acuse de recibo y la comunicación del acuerdo adoptado.

El RS ofrece una regulación más amplia y detallada, en sus arts. 192 a 195, dentro del Título XI «De las peticiones» de la norma parlamentaria.

En cuanto a forma y requisitos de las peticiones reenvía a la ley, es decir, a los exigidos hoy por la Ley Orgánica 4/2001.

La Comisión de peticiones, examinada la dirigida al Senado en forma individual o colectiva y previa deliberación, adoptará alguno de estos tres tipos de acuerdo: Traslado a otra Comisión competente o a los Grupos Parlamentarios y remisión a otros órganos, incluida la otra Cámara y el Gobierno; asunción por la Comisión de peticiones o por un Grupo Parlamentario del contenido de la petición para elevar moción al Pleno, y archivo sin más trámite.

Del resto de la regulación se infiere que existe un trámite de admisión no formalizado, y que las admitidas han de ser objeto de dictamen que se publicará en algún diario o periódico oficial de la Cámara; en todo caso se impone el deber de acusar recibo y de comunicar al peticionario el acuerdo que se adopte.

Los informes de esta Comisión sobre las peticiones recibidas, de las decisiones adoptadas así como de las resoluciones que hayan dictado las autoridades a que se remitieron, referidas a cada período ordinario de sesiones, han de publicarse en algunas de las publicaciones de la Cámara Alta y se considerarán en sesión del Pleno.

Estos informes son de utilidad no sólo para conocer los asuntos que preocupan a los ciudadanos, trascendiendo a veces de su interés exclusivo, sino que también detallan la causa del archivo: por no tener carácter de petición, faltarles las indicaciones indispensables para conocer su objeto, no tener otra finalidad que la de su conocimiento por la Comisión o ser

reiterativas (Informe relativo al período de sesiones febrero-junio de 1999, de la VI Legislatura, publicado en *BOCGS* de 19 de noviembre de 1999).

De la regulación expuesta se deduce que, excluida la función de traslado o remisión a otras Instituciones, la Comisión de Peticiones tan sólo se pronuncia sobre el contenido de la petición cuando, haciéndola suya, la eleva al Pleno del Senado como moción, art. 193.2 RS.

Ello ha suscitado la cuestión de si podía la Comisión de peticiones, al amparo del art. 193 RS, efectuar **algún tipo de investigación o encuesta sobre el objeto de la petición**. La interpretación negativa se contiene en la Norma Interpretativa de la Presidencia del Senado, sobre el art. 193, de 10 de octubre de 1984, a salvo la facultad del apartado 2 del precepto de la elevación al Pleno de la moción asumiendo el contenido de la petición y que, desde luego, «habría de ser aprobada por la Cámara», según señala dicha Norma Interpretativa. No es obstáculo, se añade, a esta interpretación, lo dispuesto para las Comisiones en el art. 67 RS, en orden a la facultad de éstas de realizar encuestas o estudios, siempre que no esté constituida una Comisión Especial o de Investigación sobre la materia, así como la de solicitar la comparecencia de otras personas para una adecuada información. Se trata, aclara la Norma Interpretativa mencionada, de un precepto (el art. 67) de carácter general que no puede prevalecer sobre la *lex specialis* del art. 193 RS en materia de peticiones, precepto este «que establece de forma clara, terminante y taxativa las funciones y competencias de la Comisión de Peticiones y al que hay que estar en todo caso».

De la regulación parlamentaria en ambos Reglamentos llama la atención **la inexistencia de plazos para pronunciarse** sobre admisión o inadmisión, archivo, acuse de recibo y notificación del acuerdo adoptado. Por ello, y como afirma I. Fernández Sarasola (op. cit.) «el peticionario se encontrará siempre en una

situación más endeble que si la petición se tramitase ante cualquier otra instancia».

III. LOS REGLAMENTOS DE LAS ASAMBLEAS LEGISLATIVAS AUTÓNOMICAS

La extensión a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, de lo dispuesto para las Cámaras de las Cortes Generales por el art. 77 CE, ya la hizo la jurisprudencia constitucional (STC 242/1993). Hoy se recoge, según ya vimos, en la Disposición Adicional 1.^a de la LODP.

La regulación está inspirada en la pauta de las peticiones dirigidas al Congreso y al Senado, y a tal efecto los Reglamentos parlamentarios autonómicos constituyen Comisiones con diversas denominaciones: de Peticiones y Defensa del Ciudadano, de Peticiones y Derechos Humanos, etcétera.

Quizás el Reglamento autonómico que contiene la más completa regulación es el de Murcia, de 14 de junio de 2002, y así lo considera L. MARTÍNEZ ELIPE (2007).

En el aspecto subjetivo, lo limita a las personas residentes en la Región de Murcia y a quienes, sin serlo, ostenten titularidad de derechos o intereses radicados en ella. Objetivamente lo acota a las materias que sean competencia de la Administración autonómica.

Respecto del procedimiento introduce un trámite de admisibilidad, y contra la inadmisión prevé el que llama «recurso» de reconsideración ante la Mesa de la Asamblea. Si lo considera oportuno puede acordar la comparecencia del peticionario. La Comisión puede, bien archivar la petición, bien trasladarla a diversas instituciones, o adoptar determinados acuerdos: proponer al Pleno la creación de una Comisión especial, o también presentar a título colectivo las preguntas, mociones, proposiciones de ley y «demás instrumentos que juzgue adecuados al caso».

La Comisión elevará un Informe anual al Pleno, que será publicado en el Boletín de la Asamblea Regional. Finalmente, al término de cada legislatura, la Comisión ha de fijar los asuntos que quedan pendientes para la siguiente legislatura.

Precisamente, las Sentencias del Tribunal Constitucional resolviendo amparos sobre el derecho de petición se han referido a peticiones a las Cámaras y, más singularmente, a sendas Asambleas legislativas autonómicas.

La primera, **STC 161/1988**, decidió, estimándolo, un amparo de Diputados de las Cortes de Castilla-La Mancha que recabaron información del Consejo de Gobierno. La sentencia entiende que no promovieron petición del art. 29 CE, dado que actuaron no en su condición genérica de ciudadanos sino en ejercicio de su *estatus* de diputados autonómicos, y por ello se causó vulneración del art. 23.2 CE. La **STC 242/1993** concierne a una petición dirigida al Parlamento de Canarias y respecto de la que la Comisión de Peticiones de ésta guardó absoluta pasividad, por lo que estimó el amparo.

IV. PETICIONES A LAS CÁMARAS E INICIATIVA LEGISLATIVA POPULAR

Este último mecanismo de iniciativa legislativa, aunque para algunos autores no es tal propiamente, se halla entroncado con el derecho de petición. Así lo ponen de manifiesto en la doctrina, entre otros, F. PASCUA MATEO (2006) y P. CRUZ VILLALÓN (1999). Este último afirma que el derecho de petición a las Cámaras podría ser el cauce complementario de la iniciativa popular prevista en el art. 87.3 CE, a través de diversas formas: iniciativa popular «no formulada», la presentada sobre materias excluidas por el art. 87.3 CE, la que no alcance el mínimo de quinientas mil firmas, etcétera.

La actual regulación de la iniciativa contenida en la Ley Orgánica 3/1984, modificada por Ley Orgánica 4/2006, de 26 de mayo, revela algu-

nos puntos de conexión entre ambos institutos de participación política. Así, la garantía del amparo ante el Tribunal Constitucional (art. 6 de la Ley Orgánica de Iniciativa y Disposición Adicional 1.^a, 1 de la LODP), y la no caducidad de proposiciones y peticiones en caso de disolución de las Cámaras.

En términos de no fungibilidad pero sí de cierta alternatividad, la LODP ha considerado la posibilidad de «convertir» la iniciativa legislativa popular en petición, a solicitud de los firmantes, caso de que aquélla haya sido inadmitida a trámite por la Mesa del Congreso por incumplimiento de requisitos insubsanables.

Esta previsión normativa exige, por respeto a la autonomía parlamentaria, el que los Reglamentos de las Cámaras la hayan recogido, tal como dispone el inciso final de la Adicional comentada: «en los términos establecidos en sus Respectivos Reglamentos». La inadmisión por la Mesa puede dar lugar bien a su impugnación por la vía del amparo constitucional (art. 6 Ley Orgánica 3/1984 en relación con el art. 42 LOTC), o bien a su conversión en petición a la Cámara si existe previsión reglamentaria al respecto. Esta posibilidad conlleva encomendarla no tanto a los firmantes de la frustrada proposición, en cuanto personas individuales, como a la Comisión Promotora al efecto constituida.

V. GARANTÍA O PROTECCIÓN JURISDICCIONAL

En tanto que las peticiones a las Cámaras de las Cortes Generales o a las Asambleas Legislativas autonómicas pueden dar lugar, obviamente, a decisiones de dichos Órganos parlamentarios de inadmisión, de archivo o de cualquiera otro signo que haga inviable la petición (o el no acceder a lo pedido, que es por sí mismo infiscalizable), así como las omisiones o pasividad en acusar recibo o en comunicar la decisión adoptada, o la infracción de trámites cuando éstos se contienen en los reglamentos parlamentarios (*vid.* el ya citado

Reglamento de la Asamblea Regional de Murcia de 14 de junio de 2002, arts. 205 y 206), cuando todo ello, decimos, puede desembocar en actos parlamentarios o decisiones sin valor de ley susceptibles de vulnerar el art. 29 CE, la garantía del recurso de amparo constitucional se halla contenida en el art. 42 LOTC.

Y así como frente a peticiones con resultado lesivo del mencionado derecho fundamental, dirigidas a Instituciones, Administraciones y Órganos extraparlamentarios, el legislador orgánico de desarrollo (art. 12 de la LODP) ha arbitrado el cauce, previo al amparo constitucional, del **contencioso de protección de derechos fundamentales de la persona**, de los arts. 114 y ss. de la LJCA, cuando se trata de peticiones a las Cámaras, a sus órganos, tanto estatales como autonómicas, dicho legislador ha recogido esta garantía del amparo constitucional, al disponer en su Disposición Adicional 1.^a, 1, *in fine*: «quedando sujetas —las peticiones a las Cámaras—, en todo caso, las decisiones que adopten al régimen de garantías fijado en el art. 42 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional».

Así, pues, esta modalidad del **amparo constitucional «parlamentario»** está abierta para los sujetos peticionarios que, por acciones u omisiones (más propiamente éstas) producidas en relación con el ejercicio de su derecho de petición (vía arts. 29 y 77 CE) ven menoscabado este derecho fundamental de participación política.

La firmeza del acto parlamentario, a efectos de cómputo del plazo de tres meses para promover el amparo, estará en función de que la norma reglamentaria correspondiente de la Cámara haya o no previsto el llamado «recurso de reconsideración» frente al acto de la Mesa o del Órgano que resuelva sobre la petición. A este propósito, como ha recordado A. Arce Janáriz (2001), la doble instancia en la vía parlamentaria no es una exigencia constitucional, con cita del ATC 52/1994, de 16 de febrero, que remite a lo dispuesto a este respecto en el Reglamento de la Cámara.

VI. RELACIONES ENTRE CÁMARAS Y GOBIERNO

El art. 77.2 CE establece:

«Las Cámaras pueden remitir al Gobierno las peticiones que reciban. El Gobierno está obligado a explicarse sobre su contenido, siempre que las Cámaras lo exijan».

Los comentaristas de este precepto encuentran alguna dificultad para justificar su inserción en el texto constitucional. P. CRUZ VILLALÓN (1999) ha explicado detalladamente el origen constitucional del mismo, si bien no responde a los antecedentes históricos del constitucionalismo español. Viene a ser en su origen, según este autor, un equivalente del derecho de interpelación al Gobierno mediante el expediente de las peticiones que los ciudadanos dirigían al Parlamento, en la Francia de 1814-1830. Su consolidación se logra mediante su inclusión en la Constitución belga de 1831.

El transcrito enunciado constitucional engloba dos derechos de las Cámaras: el de remitir al Gobierno las peticiones que reciban, y el de exigir explicaciones acerca de algunas de las remitidas.

Por su parte, F. SANTAOLALLA LÓPEZ (1984, págs. 408 y ss.), lo tacha de redundante, por cuanto se halla implícito en el sistema parlamentario y está ya recogido en el art. 109 CE. Añade que es susceptible de crítica en tanto viene a reducir el campo de los posibles órganos e instituciones a los que las Cámaras pueden trasladar las peticiones.

No compartimos esta última objeción, pues como el propio autor viene a reconocer seguidamente, lo relevante no es el designio de que el Gobierno pueda ser destinatario de la petición (en rigor, uno de ellos), sino cabalmente el **imponer al Gobierno, si así lo exigieran las Cámaras, la obligación jurídica de informar sobre las peticiones trasladadas.**

El núcleo del precepto se encuadra en las relaciones Gobierno-Cortes Generales, relaciones estas que tienen su sede constitucional en el Título V de la Constitución (arts. 108 a 116), y por eso el derecho de las Cámaras del art. 77.2 es un supuesto, fuera de dicha sede sistemática, de los que requieren «la respuesta organizada del Gobierno», en expresión de J. GARCÍA FERNÁNDEZ (2007).

Desde esta misma dimensión de cauce de comunicación política y de control del Gobierno por las Cámaras atribuido al precepto, se ha encontrado en él el origen de las preguntas e interpelaciones parlamentarias. En este sentido se pronuncia F. J. JIMÉNEZ DE CISNEROS (1980), para quien «las peticiones a las Cámaras se convierten, cuando así lo quieren ellas, en el vehículo de control sobre una determinada cuestión (pregunta) o sobre aspectos de la política del Gobierno (interpelación)».

Por lo que concierne a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, las relaciones entre éstas y los Consejos de Gobierno autonómicos está contenida en las normas —modificadas frecuentemente, incluso dentro de una misma legislatura, según señala la doctrina que se ha ocupado del tema— que establecen las reglas orgánicas y procedimentales de aquella relación.

Como ha puesto de relieve la doctrina, **las fuentes que disciplinan las relaciones Gobierno-Parlamento autonómico son diversas**, y van desde los Estatutos de Autonomía a las normas reglamentarias, estando también contenidas en el Reglamento de la Asamblea Legislativa y en las correspondientes Leyes de Gobierno.

La relación entre los Ejecutivos autonómicos y los Parlamentos regionales se articula, funcionalmente, sobre bases y prescripciones muy semejantes, con independencia de la mayor diversidad organizativa, a los órganos estatales.

A título ejemplificativo, haremos alusión a algunas Comunidades Autónomas.

En Andalucía, la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno, establece la obligación del Presidente del mismo de facilitar al Parlamento la información que éste recabe del Consejo de Gobierno.

En Canarias, la Ley 1/1983, de 14 de abril, de Normas Regulatoras del Gobierno de Canarias, aborda ya en su Exposición de Motivos, epígrafe V, las Relaciones Gobierno-Parlamento. y destaca que se prevé expresamente el compromiso del Gobierno de prestar al Parlamento cuanta ayuda e información precise éste.

Por lo que atañe a Cataluña, la reciente reforma de su Estatuto de Autonomía por Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, señala en su art. 73.2: «El Parlamento puede requerir al Gobierno y a sus miembros la información que considere necesaria para el ejercicio de sus funciones».

Finalmente, Galicia lo regula por Ley 1/1983, de 22 de febrero, de la Xunta de Galicia y su Presidente, cuyo art. 26 impone a éste «facilitar al Parlamento la información y documentación que éste recabe de la Xunta». Esta norma, en su breve Preámbulo, reconoce que quizás fuera aconsejable la regulación por una Ley específica del Parlamento que regule con precisión las relaciones de la Cámara con el Gobierno, para así alcanzar —se dice— «la debida plenitud de la autonomía de Galicia».

En cualquier caso, lo significativo desde la perspectiva analizada, no es tanto la articulación de mecanismos jurídico-públicos para que los Parlamentos autonómicos puedan recabar y obtener la información en poder de los correspondientes Consejos de Gobierno, sino la posibilidad de poner en marcha esta facultad con ocasión del ejercicio por los ciudadanos del derecho fundamental de petición.

BIBLIOGRAFÍA

ARCE JANÁRIZ, A., «Artículo 42» VV. AA.: *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid, 2001.

CRUZ VILLALÓN, P., «Artículo 77. Las peticiones a las Cámaras», en *Comentarios a la Constitución Española de 1978* (Dir. ALZAGA, Ó.), t. VI, Madrid, 1998.

— *La curiosidad del jurista persa y otros estudios sobre la Constitución*, 1999.

FERNÁNDEZ SARASOLA, I., «Comentario a la Ley 4/2001 reguladora del Derecho de Petición», *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 65, mayo-agosto 2002.

GARCÍA FERNÁNDEZ, J., «La Secretaría de Estado de Relaciones con las Cortes», VVAA: *La coordinación de las relaciones entre el Gobierno y el Parlamento; una mirada*. Madrid, 2007.

JIMÉNEZ DE CISNEROS, F. J., *El derecho de petición y la iniciativa legislativa*, Madrid, 1980.

MARTÍNEZ ELIPE, L., *Tratado de Derecho Parlamentario*, vol. 3.º, 2007.

PASCUA MATEO, F., *Fuerzas Armadas y Derechos Políticos*, 2006.

SÁNCHEZ FERRIZ, «El Derecho de petición y su ejercicio ante las Cámaras», en *Las Cortes Generales*, t. III, Madrid, 1987.

SANTAOLALLA LÓPEZ, F., *Derecho Parlamentario Español*, 1984.

SUBIRATS y VINTRO, «El derecho de petición ante las Cámaras parlamentarias», *Anuari de Dret Politic*, Barcelona, 1983.

Artículo 78

1. *En cada Cámara habrá una Diputación Permanente compuesta por un mínimo de veintinueve miembros, que representarán a los grupos parlamentarios, en proporción a su importancia numérica.*

2. *Las Diputaciones Permanentes estarán presididas por el Presidente de la Cámara respectiva y tendrán como funciones la prevista en el art. 73, la de asumir las facultades que correspondan a las Cámaras, de acuerdo con los arts. 86 y 116, en caso en que estas hubieren sido disueltas o hubiere expirado su mandato y la de velar por los poderes de las Cámaras cuando estas no estén reunidas.*

3. *Expirado el mandato o en caso de disolución, las Diputaciones Permanentes seguirán ejerciendo sus funciones hasta la constitución de las nuevas Cortes Generales.*

4. *Reunida la Cámara correspondiente, la Diputación Permanente dará cuenta de los asuntos tratados y de sus decisiones.*

Sumario: I. Introducción. II. Composición. III. Funciones. 1. Las funciones de las Diputaciones Permanentes en los supuestos de disolución anticipada o expiración del mandato de las Cámaras. 2. La función de las Diputaciones Permanentes fuera de los períodos de sesiones. 3. La función de velar por los poderes de la Cámara. IV. Funcionamiento.

MARKUS GONZÁLEZ BEILFUSS

PROFESOR TITULAR DE DERECHO CONSTITUCIONAL
UNIVERSIDAD DE BARCELONA

I. INTRODUCCIÓN

El precepto objeto de comentario contiene la regulación constitucional básica del órgano que **garantiza la continuidad del Congreso de los Diputados y del Senado** y, por lo tanto, de la representación política de los ciudadanos en los momentos en que las Cámaras no están reunidas: la Diputación Permanente. En el Derecho comparado existen diversos mecanismos que pretenden armonizar la renova-

ción periódica de la representación parlamentaria con la continuidad de las Asambleas legislativas: la *prorogatio* de los poderes de las Cámaras (prevista en el art. 61 de la Constitución italiana de 1947), la posible celebración de sesiones extraordinarias del Parlamento o, en situaciones excepcionales, la convocatoria automática del mismo (contempladas en los arts. 29 y 16 de la Constitución francesa de 1958). La Constitución Española opta, en cambio, por un modelo distinto, pre-

visto en el constitucionalismo histórico español (en concreto, en los textos constitucionales de 1812 y de 1931), y basado en la **creación de un órgano parlamentario específico**, denominado Diputación Permanente.

Este órgano garantiza la continuidad parlamentaria y ejerce sus funciones en los momentos en que las Cámaras han finalizado su mandato, han sido disueltas de forma anticipada o no están reunidas. El art. 78 CE no solo prevé, sino que impone la existencia de este órgano en cada una de las Cámaras que integran las Cortes Generales y regula los aspectos básicos de su composición, funciones y funcionamiento. Aunque esta regulación apenas experimentó cambios durante el proceso constituyente, su contenido plantea, como se verá, algunos problemas. Los Reglamentos del Congreso de los Diputados (arts. 56-59) y del Senado (arts. 45-48) han desarrollado en cierta medida el régimen jurídico de estos órganos, aunque no de forma exhaustiva. El régimen jurídico de las Diputaciones Permanentes de ambas Cámaras está lejos, pues, de ser completo y plantea no pocas dudas interpretativas. Hasta la fecha, sin embargo, la jurisprudencia constitucional no ha contribuido a clarificarlo por la sencilla razón de que apenas **existen pronunciamientos jurisprudenciales sobre el art. 78 CE**. Diversas sentencias han tenido por objeto acuerdos de la Mesa de algunas Diputaciones Parlamentarias, pero ninguna de ellas se ha detenido en la interpretación del art. 78 CE. El recurso de amparo que dio origen a la STC 98/2009, de 27 de abril, podría haber sido sin duda una buena ocasión para ello, puesto que tenía por objeto la inadmisión a trámite de una solicitud de comparecencia del Presidente del Gobierno ante la Diputación Permanente. Pero la Sentencia inadmitió el recurso por falta de legitimación de los recurrentes aduciendo para ello no solo que no todos los diputados que habían realizado dicha solicitud recurrieron en amparo su inadmisión, sino que la facultad de solicitar la convocatoria de la Diputación Permanente no integra el

ius in officium de los parlamentarios, es decir, el estatus constitucionalmente relevante que puede ser tutelado a través del recurso de amparo. Por todo ello, el presente comentario abordará sin apenas referencias jurisprudenciales las principales cuestiones que plantea el art. 78 CE y que afectan a la composición, las funciones y el modo de funcionamiento de la Diputación Permanente.

Aunque el art. 78 se integra en el Título III CE, que es el que regula las Cortes Generales, debe tenerse en cuenta que este precepto **ha inspirado en muy buena medida la regulación de las Diputaciones Permanentes de los Parlamentos autonómicos**. La regulación estatutaria y reglamentaria de estos órganos se basa, en efecto, de forma muy clara en dicho precepto, por lo que mucho de cuanto seguirá es aplicable a los mismos, aunque en este caso ello derive del respectivo Estatuto de Autonomía. Cabe destacar, sin embargo, que algunas Comunidades Autónomas han concretado algo más algunas de las funciones del órgano que garantiza la continuidad de los Parlamentos autonómicos.

II. COMPOSICIÓN

La regulación constitucional de la composición de las Diputaciones Permanentes del Congreso de los Diputados y del Senado es clara y no plantea excesivos problemas. Al establecerse un número mínimo de miembros (veintiuno, cifra que coincide con la prevista en la Constitución de 1931) son las Cámaras las que determinan su tamaño concreto al inicio de cada Legislatura, en aplicación de las previsiones de sus respectivos Reglamentos. Tanto el del Congreso como el del Senado prevén la existencia de miembros titulares y de suplentes, así como la regla de la proporcionalidad entre el tamaño de los grupos parlamentarios y los representantes en la Diputación Permanente. Tratándose de un número elevado de miembros y habida cuenta de este criterio de proporcionalidad, las Diputacio-

nes Permanentes no solo **representan la correlación de fuerzas** que existe en las Cámaras, sino que tienen entidad suficiente para **reproducir a pequeña escala el Pleno** de las Cámaras.

Como es lógico, la referencia contenida en el ap. 1.º del art. 78 CE a que los miembros de la Diputación Permanente «representan» a los grupos parlamentarios no puede interpretarse de forma literal, puesto que desde una perspectiva jurídico-constitucional los miembros de las Cortes —y los de la Diputación Permanente lo son antes que nada— representan al pueblo español (art. 66.1 CE) y no están sometidos a ningún tipo de mandato imperativo (art. 67.2 CE). En todo caso, lo que se deriva de dicha expresión poco afortunada y resulta corroborado por los Reglamentos del Congreso de los Diputados (art. 56.2) y del Senado (art. 45.1) es que son los grupos parlamentarios lo que designan materialmente a los miembros de las Diputaciones Permanentes. En la medida en que se trata de órganos que garantizan la continuidad de las Cámaras en los momentos en que estas han finalizado su mandato o han sido disueltas, los integrantes de las Diputaciones Permanente tienen prorrogadas sus funciones y prerrogativas hasta la constitución de las nuevas Cámaras (arts. 22.3 RCD y 45.3 RS).

Por lo que se refiere a la **organización interna** de las Diputaciones Permanentes, el art. 78 CE solo dispone que su presidencia debe recaer en el Presidente de la Cámara. De nuevo aquí subyace la idea de que se trata de un órgano que da continuidad a la institución parlamentaria y viene a reproducir en pequeña escala el Pleno. Los Reglamentos del Congreso y del Senado corroboran esta idea al prever la existencia de una Mesa de la Diputación Permanente integrada por dos Vicepresidentes y dos Secretarios (arts. 56.3 RCD y 47.1 RS), esto es, la mitad de los integrantes de las Mesas del Congreso y del Senado. La idea de sustitución de la Cámara también inspira, por último, las previsiones reglamentarias que disponen que a las Diputaciones Per-

manentes les sean aplicables las normas que rigen el Pleno del Congreso (art. 58 RCD) o la Cámara Alta (art. 47.2 RS).

III. FUNCIONES

El ap. 2.º del art. 78 CE recoge, no sin alguna confusión, las competencias de las Diputaciones Permanentes. Por de pronto, cabe señalar que **la enumeración de dichas funciones no impide que otras normas les atribuyan otras** competencias diferentes, siempre que estas no restrinjan o resulten incompatibles con los cometidos constitucionales de estos órganos. A título de ejemplo, cabe recordar la posibilidad contemplada en el art. 32.2 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, de que esta institución presente informes monográficos ante las Diputaciones Permanentes del Congreso y del Senado si estas Cámaras no estuviesen reunidas y la gravedad o urgencia de los hechos lo aconsejen.

En este mismo sentido, y aunque sea en el ámbito autonómico, también cabe señalar que la mayor parte de Comunidades Autónomas atribuyen a las Diputaciones Permanentes de sus respectivos Parlamentos diversas competencias que cada vez se van concretando más. Así, en algunos Reglamentos Parlamentarios autonómicos se atribuye a la Diputación Permanente la competencia de convocar al Pleno fuera de los períodos ordinarios de sesiones (este es el caso, por ejemplo, de Asturias, Andalucía, Cantabria, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Extremadura, Comunidad Valenciana, Murcia y Galicia), de autorizar créditos y suplementos de créditos en supuestos de extraordinaria y urgente necesidad (este es el caso, por ejemplo, de Cantabria, Canarias, Aragón, Castilla-La Mancha, Comunidad Valenciana, Extremadura, Galicia, La Rioja y Murcia), de realizar nombramientos y designaciones en tales supuestos (así, en el caso de la Comunidad de Madrid y en La Rioja), de conocer de las delegaciones temporales de funciones ejecutivas por parte

del Presidente autonómico (este es el caso de la Comunidad Valenciana, Extremadura, Galicia, Canarias, Aragón, Castilla-La Mancha, Andalucía), de controlar la legislación delegada (así, en el caso de Extremadura, Galicia, Canarias, Aragón, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Comunidad de Madrid, Murcia, La Rioja, Cantabria, y la Comunidad Valenciana), de resolver las cuestiones relacionadas con las prerrogativas parlamentarias (así, en el caso de Aragón, Canarias, Castilla-La Mancha, Comunidad Valenciana, Extremadura, Galicia, Murcia y Madrid), de interponer recursos ante el Tribunal Constitucional (Aragón, Canarias, Castilla-La Mancha, Murcia y Madrid) o, en algún caso concreto como el de Cataluña, de celebrar comparecencias de miembros del Gobierno en el caso de hechos importantes acaecidos tras la disolución del Parlamento. Aunque todas estas funciones están de alguna manera relacionadas con lo que la Constitución denomina «velar por los poderes de las Cámaras», los Reglamentos de los Parlamentos autonómicos la concretan en mayor medida que las Cortes Generales en facultades cada vez más específicas.

Más allá de esta posibilidad, también cabe señalar que, aunque el art. 78 CE se refiera de manera indistinta a ambas Cámaras, **las funciones que desempeñan las Diputaciones Permanentes del Congreso de los Diputados y del Senado no son siempre las mismas.** En un sistema bicameral imperfecto como el de las Cortes Generales ello es lógico, habida cuenta que dichos órganos vienen a dar continuidad a las Cámaras. Pero con independencia de que los Reglamentos del Congreso y del Senado sí reconozcan esta circunstancia de manera expresa, el plural que se emplea en el ap. 2.º del art. 78 CE no permite atribuir a la Diputación Permanente del Senado competencias de las que no dispone esta Cámara.

Por último y con carácter todavía general, cabe advertir que **las funciones de las Diputaciones Permanentes tampoco son exactamente las mismas en todos los mo-**

mentos en que las Cámaras no están reunidas, sino que cabe distinguir dos supuestos. Por un lado, el período en que las Cámaras no están constituidas por haber expirado su mandato o haber sido disueltas de forma anticipada, período en que el único órgano parlamentario que sigue ejerciendo sus funciones es la Diputación Permanente. Y por otro lado, el tiempo en que las Cámaras están fuera del período ordinario de sesiones (los meses de enero, julio y agosto, de acuerdo con lo que prevé el art. 73.1 CE), en los que siempre es posible convocar una sesión extraordinaria de las mismas (art. 73.2 CE). Aunque una interpretación sistemática del art. 78 CE permite diferenciar ambos supuestos y, lo que es más importante, las funciones que ostentan las Diputaciones Permanentes en cada uno de ellos, la redacción del precepto no resulta muy afortunada. Por ello, el análisis concreto de dichas funciones se realizará distinguiendo ambos momentos y dejando para el final la que, sin duda, constituye su función genérica más destacada, la de «velar por los poderes de las Cámaras», que debe ejercerse en todo momento o, como señala el propio art. 78.1 CE, cuando las Cámaras «no estén reunidas».

1. Las funciones de las Diputaciones Permanentes en los supuestos de disolución anticipada o expiración del mandato de las Cámaras

El art. 78.2 CE atribuye a las Diputaciones Permanentes la función de «asumir las facultades que correspondan a las Cámaras, de acuerdo con los arts. 86 y 116, en caso que estas hubieren sido disueltas o hubiere expirado su mandato». A través de la referencia explícita a estos dos preceptos constitucionales el precepto que comentamos atribuye a las Diputaciones Permanentes **funciones concretas que afectan a los Decretos-Leyes y a los estados excepcionales.** Como se ha apuntado antes, el que la Constitución solo contemple la intervención del Congreso de los Diputados en ambos ámbitos obliga a re-

chazar una interpretación literal del plural que emplea el precepto constitucional y, por lo tanto, a descartar cualquier intervención de la Diputación Permanente del Senado en estos casos. Más allá de ello, el único problema interpretativo que se plantea en relación con esta función es el de delimitar cuáles son las facultades parlamentarias que pueden ser asumidas por la Diputación Permanente del Congreso de los Diputados en cada supuesto.

En el caso de los **Decretos-Leyes**, resulta evidente que el trámite de **convalidación forma parte de tales facultades**. Estando disuelto el Pleno y siendo constitucionalmente preceptivo poner fin a la provisionalidad de esta fuente del Derecho en un plazo de treinta días, corresponde a la Diputación Permanente del Congreso pronunciarse sobre la convalidación o derogación de los Decretos-Leyes. No parece que suceda lo mismo, en cambio, con la posibilidad prevista en el art. 86.3 CE de introducir cambios en el Decreto-Ley a través de su tramitación como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia. Aunque se trata de una facultad que también se encuentra prevista en el art. 86 CE, su evidente vinculación con la potestad legislativa ordinaria de las Cortes (art. 66.2 CE) —de la que solo constituye una manifestación— no parece que permita extender las competencias de la Diputación Permanente a este ámbito. Máxime teniendo en cuenta que es difícil imaginar supuestos en que la modificación de un Decreto-Ley deba realizarse necesariamente antes de la constitución de las nuevas Cortes, sin que, aunque el Gobierno esté en funciones, resulte posible acudir a la figura del Decreto-Ley con este propósito.

Menos problemas se plantean en relación con los **estados excepcionales** previstos en el art. 116 CE. Por indicación expresa del art. 78.2 CE, reiterada en el art. 116.5 CE, la Diputación Permanente del Congreso de los Diputados asume en este caso las competencias que, de hallarse en ejercicio de sus funciones, corresponderían a la Cámara en cada

uno de dichos estados: la dación de cuentas por parte del Gobierno respecto de la proclamación de estado de alarma y la autorización de su prórroga, la autorización del estado de excepción, y la declaración del estado de sitio. El concreto régimen jurídico de cada uno de estos actos plantea problemas que no pueden ser ignorados, pero en la medida en que no tienen su origen en la intervención de la Diputación Permanente, sino en la propia competencia del Congreso de los Diputados, tampoco corresponde abordar aquí.

2. La función de las Diputaciones Permanentes fuera de los períodos de sesiones

Como se ha señalado antes, el segundo gran momento en que las Diputaciones Permanentes actúan es el de las vacaciones parlamentarias, esto es, los períodos en que las Cámaras no están reunidas en períodos ordinarios de sesiones. Durante los meses de enero, julio y agosto (art. 73.1 CE) la necesidad de garantizar la continuidad parlamentaria se logra a través de una actuación mucho más discreta de las Diputaciones Permanentes tanto del Congreso como del Senado. Como se deriva de la remisión del art. 78.1 al art. 73 CE (y, en concreto al ap. 2.º de este precepto), en este caso la función de las Diputaciones Permanentes se limita a poder **convocar la reunión extraordinaria** de la respectiva Cámara, que será la competente para tratar el tema propuesto en el orden del día.

3. La función de velar por los poderes de la Cámara

Al margen de las competencias que se acaban de señalar, la función que resulta sin duda más definitiva y, a la vez, más indeterminada de las Diputaciones Permanentes es la de «velar por los poderes de las Cámaras cuando estas no estén reunidas». Se trata, por un lado, de una atribución que puede ejercerse

tanto en períodos de vacaciones parlamentarias como de disolución de las Cámaras o expiración de su mandato, puesto que en ninguno de estos momentos las mismas pueden considerarse reunidas. Por otro lado, la literalidad tanto del art. 78 CE como del art. 56.1 RCD pone de relieve que se trata de una **función general** que puede actuar como cláusula de cierre o como norma introductoria y que, en todo caso, tiene un carácter genérico que plantea notables problemas interpretativos a la hora de delimitar su concreto contenido y alcance. Esta tarea interpretativa, que todavía no ha sido abordada por el Tribunal Constitucional, podría tener en cuenta las siguientes consideraciones.

Por un lado, aunque la función de velar por los poderes de las Cámaras ha sido reconocida por vez primera en la Constitución de 1978, su carácter abierto y su evidente relación con el fundamento tradicional de estos órganos —la garantía de la continuidad parlamentaria— permiten partir de una **indeterminación y apertura constitucionales intrínsecas** de esta función. El proceso de elaboración del art. 78 CE confirma este hecho, puesto que la función de velar por los poderes de la Cámara ya figuraba en estos mismos términos en el art. 68 del Anteproyecto de Constitución, no sufrió ninguna modificación durante los debates constituyentes, y tampoco se pretendió concretar en ningún momento. Por todo ello, se trata de una función que denota una indeterminación y apertura deliberadas que impiden cualquier intento de enumeración cerrada de los supuestos en que puede activarse. Estamos, pues, ante una función constitucional genérica que pretende dar cobertura a un conjunto de supuestos que no pueden ser previstos *a priori*.

Junto a su carácter genérico, una segunda característica de esta función preservadora de los poderes de la Cámara es la de su **carácter excepcional**. Los propios términos empleados para definirla y la simultánea constitucionalización de las funciones que se han señala-

do antes impiden, en efecto, hacer una interpretación expansiva de la misma que, entre otras cosas, dé cobertura al ejercicio ordinario de los poderes de las Cámaras por parte de la Diputación Permanente. Pero al mismo tiempo, el carácter excepcional de esta función no hace más que confirmar su indeterminación y apertura intrínsecas.

Las normas que desarrollan el régimen jurídico de las Diputaciones Permanentes de las Cortes Generales y de los Parlamentos autonómicos no han seguido los mismos criterios al referirse a esta función. Así, en el caso del Reglamento del Congreso de los Diputados su art. 57 se limita a emplear los mismos términos que el art. 78 CE para describir esta función preservadora, admitiendo solo de forma implícita que su ejercicio puede producirse tanto en supuestos de vacaciones parlamentarias como de disolución o expiración del mandato del Congreso. Frente a este hecho, la regulación aplicable a los Parlamentos autonómicos ha tendido de manera paulatina a concretar en cierta medida dicha función a través de fórmulas de diversa índole, que van desde la previsión de que los órganos de continuidad parlamentaria pueden ejercer las funciones de la Cámara que no admiten aplazamiento (art. 41.2 del Reglamento del Parlamento vasco) o en las que concurra una situación de extraordinaria y urgente necesidad (art. 67.1 del Reglamento del Parlamento Foral de Navarra y art. 80 del Reglamento de la Junta General del Principado de Asturias), hasta la regulación del Reglamento del Parlamento de Cataluña, que prevé de manera expresa que su Diputación Permanente acuerde la comparecencia del Gobierno para informar sobre sus actuaciones en relación con hechos de especial importancia sucedidos tras la disolución del Parlamento. En todo caso, y a pesar de esta tendencia, la propia indeterminación y apertura de dicha función **impiden prever con detalle todos los supuestos en que puede resultar activada**, porque, por definición, se trata de casos extraordinarios y, por tanto, imprevisibles.

En este contexto, si bien es cierto que la función de velar por los poderes de las Cámaras **no puede amparar el ejercicio ordinario** de los mismos, su carácter indeterminado y excepcional tampoco permiten descartar de modo absoluto que la preservación de tales poderes **pueda requerir en determinados supuestos actuaciones singulares, relacionadas con las funciones propias de las Cámaras, que no pueden ser postergadas en el tiempo y que no cuenten con cauces alternativos para llevarlas a cabo**. Así, por ejemplo, en determinadas circunstancias la preservación de los poderes de las Cámaras podría requerir la activación de instrumentos de control del Gobierno —tales como las comparecencias parlamentarias— en los momentos en que las Cortes están disueltas. La trascendencia constitucional de esta función definidora de las Cortes para el funcionamiento del sistema parlamentario y la relevancia constitucional de tales comparecencias (art. 110.1 CE) no permiten descartar tal posibilidad, sobre todo si se trata de un control puntual y especialmente justificado, que no puede realizarse a través de otros mecanismos.

Ciertamente, **la práctica parlamentaria** seguida hasta ahora en las Cortes Generales no corrobora la interpretación que acaba de defenderse. En todos los supuestos en que se ha solicitado la comparecencia de miembros del Gobierno ante la Diputación Permanente del Congreso en períodos de disolución parlamentaria la decisión de la Mesa ha sido, en efecto, la de inadmitir dicha solicitud por exceder las competencias de la Diputación Permanente y por no existir precedentes parlamentarios en este sentido. Pero desde una perspectiva constitucional, una decisión de

inadmisión de este tipo, desvinculada de cualquier referencia a las circunstancias que concurren en el caso concreto, podría considerarse vulneradora del art. 78.

IV. FUNCIONAMIENTO

El art. 78 CE también es parco en relación con el modo en que las Diputaciones Permanentes ejercen sus funciones. Solo prevé que su actividad se prolongará **hasta la constitución de las nuevas Cortes** —en el caso en que estas hayan sido disueltas— y que llevarán a cabo una **dación de cuentas** respecto de las decisiones adoptadas durante su período de actividad. Más allá de estas dos cuestiones, tratándose de un órgano parlamentario es evidente que el ejercicio de sus funciones debe ajustarse a las previsiones reglamentarias y a mandatos constitucionales como la prohibición de mandato imperativo (art. 67.2 CE) o el carácter representativo del mandato de sus miembros (art. 66.1 CE). La parquedad con que los Reglamentos del Congreso y del Senado regulan la actuación de sus Diputaciones Permanentes no deja de plantear algunos problemas en la práctica, que no siempre pueden ser resueltos mediante la aplicación supletoria de la normativa aplicable al Pleno del Congreso (art. 58 RCD) o a la Cámara Alta (art. 47.2 RS). Pero desde una perspectiva constitucional, solo si la actuación de la Diputación Permanente vulnera un derecho fundamental —lo cual, en el caso del art. 23.2 CE, se vincula, como es sabido, al *ius in officium* y, en concreto, al núcleo de la función representativa de los parlamentarios— sería posible acudir en amparo ante el Tribunal Constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO DE ANTONIO, A. L., *La Diputación Permanente en la Constitución Española de 1978*, Universidad Complutense, Madrid, 1992.

— *La Diputación Permanente de las Cortes en la historia constitucional española*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1991.

ALÓS MARTÍN, I., «La Diputación Permanente en la Constitución Española», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 18, 1989.

MELLADO PRADO, P., «El problema de la continuidad del Parlamento: la Diputación Permanente», *Revista de Derecho Político*, núm. 28, 1988.

Artículo 79

1. *Para adoptar acuerdos, las Cámaras deben estar reunidas reglamentariamente y con asistencia de la mayoría de sus miembros.*
2. *Dichos acuerdos, para ser válidos, deberán ser aprobados por la mayoría de los miembros presentes, sin perjuicio de las mayorías especiales que establezcan la Constitución o las leyes orgánicas y las que para elección de personas establezcan los Reglamentos de las Cámaras.*
3. *El voto de Senadores y Diputados es personal e indelegable.*

Sumario: I. El quórum parlamentario. II. Mayorías especiales. III. Elección de personas. IV. Naturaleza jurídica del voto parlamentario.

JUAN CARLOS DA SILVA OCHOA

LETRADO DEL PARLAMENTO VASCO (EN EXCEDENCIA)
MAGISTRADO

I. EL QUÓRUM PARLAMENTARIO

El art. 79 CE contiene reglas de clara naturaleza organizativa de las Cámaras. Conviene, de entrada, distinguir varios conceptos: a) Quórum de presencia, de constitución o de reunión, que es el número mínimo de miembros de un órgano que la norma aplicable exige para que se considere válidamente constituido; b) Quórum de votación, es decir, número mínimo de miembros para adoptar acuerdos mediante votación; c) Quórum de aprobación, o número mínimo de votos para considerar adoptado un acuerdo (según el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua*, este es el único sentido admitido para el término «quórum»). La Constitución no contiene previsión alguna sobre el quórum de presencia; el art. 82 RS expresamente advierte que tanto el Pleno como las Comisiones abrirán sus sesiones «cualquiera que sea el número de Senadores presentes».

Por tanto, la Constitución solo impone un quórum de votación y un quórum de aprobación, pero únicamente para las sesiones en las que se adopten acuerdos, como es lógico habida cuenta del significado de estos requisitos. Por tanto, para que el órgano parlamentario se constituya solo es requisito necesario el de «reunión reglamentaria», que es identificable con el de convocatoria reglamentaria, estudiada en el comentario al art. 67.3 (aunque la doctrina añade la exigencia de orden del día).

El quórum de votación de cada Cámara es la «mayoría de sus miembros», que a falta de otra especificación constitucional debe ser la mayoría simple, esto es, la mitad más uno de sus miembros de derecho, que en el Senado es un número indeterminado, ya que debido a las normas que rigen su composición (art. 69.5 CE), el número de Senadores designados por la Asamblea Legislativa autonómica puede va-

riar de una a otra legislatura como consecuencia de las fluctuaciones de población de cada Comunidad Autónoma. En el Congreso de los Diputados la mayoría simple son 176 votos, porque el art. 162.1 LOREG dispone que estará formado por 350 Diputados, especificando la cláusula abierta del art. 68.1 CE (que prevé un mínimo de 300 y un máximo de 400 Diputados). Por excepción, puede ser menor si hay Diputados que no perfeccionan su condición al incumplir los requisitos exigidos por el art. 20 RCD (presentar en la Secretaría General la credencial expedida por el correspondiente órgano de la Administración electoral, cumplimentar su declaración de actividades en los términos previstos en la Ley Orgánica del Régimen Electoral General y prestar, en la primera sesión del Pleno a que asista, la promesa o juramento de acatar la Constitución, requisito este último examinado y declarado conforme con la Constitución por la STC 101/1983, de 18 de noviembre); así en la III Legislatura hubo 345 Diputados, y en la VI, 348.

Como regla general, el quórum de aprobación o de adopción de acuerdos es «la mayoría de miembros presentes», que es la mayoría simple de los miembros presentes, según los arts. 79.1 RCD y 93.1 RS, lo que en la práctica parlamentaria se interpreta no contando las abstenciones, de manera que se aprueba lo que obtiene más votos a favor que en contra.

La STC 179/1989, de 2 de noviembre, declara que las normas de este artículo son de exclusiva aplicación a las Cortes Generales, pues «no es en modo alguno exigible, en virtud de los mandatos constitucionales, que las instituciones legislativas de las Comunidades Autónomas deban adecuar su estructura, funcionamiento y organización a las correspondientes de las Cortes Generales, ni que deban aplicarse a las Cámaras legislativas de las Comunidades Autónomas, en forma directa o supletoria, las normas constitucionales que regulen la organización y funcionamiento de las Cortes Generales, entre ellas el art. 79.2 CE». Esta interpretación es de todo punto razonable, como lo es que en la práctica los Estatutos de Autonomía

y los Reglamentos parlamentarios autonómicos hayan seguido, en este como en otros aspectos, las líneas maestras del Derecho parlamentario estatal.

II. MAYORÍAS ESPECIALES

La Constitución prevé que algunas votaciones se resuelvan por mayorías especiales, que establezcan la propia Norma Fundamental o las leyes orgánicas y, para la elección de personas, los propios Reglamentos de las Cámaras. La exigencia de una mayoría reforzada tiene como función la protección de las minorías, como declaró la STC núm. 44/1995 (Sala Primera), de 13 de febrero, al referirse a la que se exige para la aprobación del Reglamento: «Los Reglamentos parlamentarios cumplen una función de ordenación interna de la vida de las Cámaras íntimamente vinculada a la naturaleza representativa y al pluralismo político (arts. 66.1 y 1.1 CE) del que tales órganos son expresión y reflejo. Esto explica que la propia Constitución, para el caso de las Cortes Generales (art. 72.1) [...] requieran para su aprobación y modificación el voto favorable de la mayoría absoluta de sus miembros. Exigencia que se erige, así, en garantía de los derechos de las minorías».

La Constitución ha hecho una enumeración exhaustiva de los supuestos que deben ser objeto de acuerdos adoptados por estas mayorías especiales, en lo que constituye un elenco de aquellas materias en las que exige un grado de consenso entre los Parlamentarios que sirva de protección a las minorías, estableciendo un equilibrio entre la eficiencia del Parlamento y su carácter representativo e integrador. Como ha dicho el Alto Tribunal, bien que en una resolución referida al ámbito de la democracia local, la exigencia de mayorías especiales «entraña un cambio en la concepción de la organización democrática de la institución: implica pasar de una “democracia basada en el juego de las mayorías” a una “democracia de acuerdo”» (STC núm. 33/1993,

de 1 de febrero, que emplea las expresiones ya utilizadas anteriormente en la STC 5/1981).

Los supuestos constitucionales son los siguientes:

- a) votación final en el Congreso de los Diputados sobre el conjunto de los proyectos de ley orgánica (art. 81.2);
- b) aprobación de un veto por el Senado y ratificación del texto inicial por el Congreso de los Diputados (art. 90.2);
- c) aprobación por el Congreso de los Diputados cuando no se apruebe el texto de la Comisión Mixta prevista para dirimir las discrepancias entre ambas Cámaras en los supuestos de los arts. 94.1, 145.2 y 158.2 (art. 74.2);
- d) apreciación de la existencia de causa para dictar una ley de armonización (art. 150.3);
- e) aprobación por el Senado de la intervención autonómica (art. 155.1);
- f) aprobación de los Reglamentos de cada Cámara y de las Cortes Generales (art. 72.1 y 2); declaración de la sesión del Pleno como secreta (art. 80); petición de convocatoria de sesión extraordinaria (art. 73.2);
- g) elección de Magistrados del Tribunal Constitucional (art. 159.1), y de Vocales del Consejo General de Poder Judicial (art. 122.3);
- h) diversos acuerdos relativos a la reforma constitucional (arts. 167 y 168).

El quórum de aprobación en estos casos es la mayoría absoluta, es decir, la mayoría de miembros de derecho (de modo que se equipara con el quórum de votación), salvo en los supuestos de elección de miembros del Tribunal Constitucional y del Consejo General del Poder Judicial (mayoría de tres quintos de miembros de cada Cámara) y de la reforma constitucional (mayoría de dos tercios).

III. ELECCIÓN DE PERSONAS

Por lo que se refiere a la específica mención que el ap. 2 hace a la elección de personas, una interpretación literal lleva a pensar que en todas aquellas cuya mayoría no está fijada en la propia Constitución existe una reserva a favor de los Reglamentos de las Cámaras para su determinación. Es decir, que al prever la Constitución o la ley que la designación no corresponda al Gobierno, están destacando el perfil institucional y no partidista del cargo o función, lo que se debería corresponder con un acuerdo amplio que evite que el Gobierno, a través de su mayoría, haga ineficaz la prevención consistente en encomendar al Parlamento la elección, pues tal mayoría siempre conseguiría imponer su voluntad. El desarrollo de la Constitución, sin embargo, ha optado por otra interpretación bien distinta.

Por no citar sino algunos ejemplos, el art. 2 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, regula su designación por votación favorable de las tres quintas partes de los miembros del Congreso y posterior ratificación por esta misma mayoría del Senado (en segunda vuelta, bastará la mayoría de los tres quintos en el Congreso, y la mayoría absoluta del Senado). El art. 30.1 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, dispone que los Consejeros de Cuentas serán designados por las Cortes Generales, seis por el Congreso de los Diputados y seis por el Senado, mediante votación por mayoría de tres quintos de cada una de las Cámaras. Por su parte, la Ley 17/2006, de 5 de junio, de la radio y la televisión de titularidad estatal, establece en su art. 11 que los miembros de su Consejo de Administración serán elegidos por las Cortes Generales, a razón de ocho por el Congreso de los Diputados y cuatro por el Senado, por una mayoría de dos tercios de la Cámara correspondiente; el Congreso de los Diputados designa, de entre los doce consejeros electos, al que desempeñará el cargo de Presidente de la Corporación RTVE y del Consejo por mayoría de dos tercios de la Cámara. En cuanto a los vocales del

Consejo General del Poder Judicial, la ley se limita (tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio, de reforma del Consejo General del Poder Judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial), en su art. 567, a reiterar las mayorías ya fijadas por el art. 122 CE. En fin, aunque no se trata estrictamente de una elección parlamentaria, la Ley 5/1980, de 22 de abril, de Creación del Consejo de Seguridad Nuclear dispone en su art. 5 que si bien el nombramiento del Presidente y de los Consejeros se lleva a cabo por el Gobierno, esta función se ejerce previa aprobación o veto del Congreso de los Diputados a través de la Comisión competente, que decide por mayoría de tres quintos. Otros ejemplos se encuentran en la designación de un Miembro del Consejo Consultivo de la Agencia para la Protección de Datos (art. 38 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre), de vocales de la Junta Electoral Central (art. 9 de la LOREG), de miembros de la Comisión Nacional de la Energía (DA 11.ª de la Ley 34/1988, de 7 de octubre, de Hidrocarburos), de miembros de la Comisión Nacional del Mercado de las Telecomunicaciones (art. 48.5 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, de Telecomunicaciones, etc.).

Como se ve, son las leyes, y no los Reglamentos Parlamentarios, las que establecen las mayorías para la elección de estas personas por las Cámaras. Aunque también ha de notarse que las leyes han buscado mayorías reforzadas para estas elecciones, de manera que la salvaguarda de los intereses de las minorías, que no se realiza mediante reserva al Reglamento (norma que se aprueba por mayoría absoluta: art. 72.2 CE), se asegura por el legislador ordinario. Claro que del mismo modo queda a merced del legislador ordinario (es decir, de la mayoría simple) alterarla, salvo en los casos en los que se fijan en ley orgánica. En definitiva, la reserva reglamentaria se reduce a la fijación de la mayoría requerida para la elección de los cargos internos de las Cámaras (Presidentes de cada Cámara y miembros de sus Mesas, así como sus homónimos

de las Comisiones), pues el resto de normas reglamentarias sobre la elección de personas se limita a regular el procedimiento para la adopción del acuerdo, en lo que no haya sido ya regulado por la ley que contiene el régimen jurídico del órgano.

IV. NATURALEZA JURÍDICA DEL VOTO PARLAMENTARIO

Finalmente, el ap. 3 de este art. 79 se refiere a la naturaleza del voto emitido por los parlamentarios. Ya hemos dicho en el comentario al art. 67.3 que el voto es una de las funciones de los miembros del Parlamento; añadamos que es la forma a través de la cual participan, en última instancia, en la formación de la voluntad del órgano y por el que ejercen su función representativa. Según la STC núm. 361/2006 (Sala Segunda), de 18 de diciembre, «no parece que puedan plantearse dudas sobre el hecho de que el derecho al voto de los parlamentarios es uno de los que se integran en el *ius in officium* de los mismos. No ha habido, hasta ahora, un pronunciamiento claro al respecto, pero dicha pertenencia se deriva de la naturaleza misma de las cosas. Uno de los principales derechos/deberes de aquellos es la participación en las tareas de las Cámaras, y la forma más habitual de concretar la misma es el ejercicio de su derecho al voto, ejercicio con el que manifiestan su postura en los acuerdos de las Asambleas. Si, de acuerdo con el art. 11 del Reglamento del Parlamento Vasco, los parlamentarios tienen el derecho y el deber de asistir a las sesiones plenarias del Parlamento y a las de las comisiones de las que formen parte, así como a desempeñar las funciones a que reglamentariamente vengan obligados, y en el art. 70 del mismo Reglamento se determina que dicho Parlamento tomará sus acuerdos, bien por asentimiento a la propuesta presidencial, bien por alguno de los sistemas de votación previstos, no es posible discutir que en la configuración legal de los derechos de los parlamentarios vascos se incluye el de ejercer el derecho al voto en las comisiones de las que formen parte y en el Pleno (...)».

De esta manera, el derecho al voto del parlamentario está en directa conexión con el que la Constitución atribuye a los ciudadanos a participar en los asuntos públicos (art. 23.1 CE), pues «puede decirse que son primordialmente los representantes políticos de los ciudadanos quienes dan efectividad a su derecho a participar en los asuntos públicos, según hemos declarado también en la STC 107/2001, de 23 de abril» (STC 177/2002), de suerte que «el derecho del art. 23.2, así como, indirectamente, el que el art. 23.1 CE reconoce a los ciudadanos, quedaría vacío de contenido, o sería ineficaz, si el representante político se viese privado del mismo o perturbado en su ejercicio (SSTC 38/1999, de 22 de marzo; 107/2001, de 23 de abril; 203/2001, de 15 de octubre; 177/2002, de 14 de octubre)» (ATC 181/2003 y STC 361/2006, ya citada). De ahí que el Parlamentario tenga acceso al recurso de amparo contra las decisiones de las Cámaras que dificultan o impiden su derecho a participar en las votaciones, como hizo la Parlamentaria (en este caso del Parlamento Vasco) que interpuso el que dio lugar a la STC citada.

Pero también el voto tiene una dimensión institucional, es decir, también la Cámara tiene un interés en que las votaciones se desarrollen conforme a las previsiones del Derecho parlamentario. Cabe entonces preguntarse cuál es el mecanismo jurídico para hacerlo efectivo. Contra la supuesta votación de un Parlamentario por otro existe un precedente en el que se interpusieron diversas denuncias por delitos de falsedad en documento público, usurpación de funciones y falsificación de documentos, abriéndose actuaciones que la Sala Segunda del Tribunal Supremo terminó por archivar al no concurrir los elementos del tipo porque «el posible exceso numérico de votos en nada pudo influir en la decisión de lo sometido a debate y, además, al detectarse la anomalía, se repitió la votación con idénticos resultados mayoritarios». De esto cabría deducir que en caso contrario el delito se habría cometido, si bien el Tribunal Supremo parece excluir tal conclusión al añadir que «en todo caso es necesario resaltar que este tipo de anomalías [...]

deben estar sometidas de forma exclusiva a la competencia correctiva de las Cámaras en aplicación de sus normas reglamentarias internas» (Auto de 21 de septiembre de 1992, en la Causa Especial 690/1991).

Contra la resolución por la que se ejerce la disciplina parlamentaria contra el miembro de la Cámara que altera el procedimiento ejerciendo el voto por otro, cabe, nuevamente y por las mismas razones apuntadas, el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Precisamente en el seno de un proceso de esta naturaleza tuvo el Alto Tribunal la ocasión para hacer algunas precisiones sobre el voto de los Parlamentarios, al hilo de la generalización de los instrumentos electrónicos de emisión y recuento de votos [STC núm. 129/2006 (Sala 1.^a), de 24 de abril]. Distingue esta sentencia entre el voto *stricto sensu* (votar sí, no o abstenerse) y el voto *lato sensu* (haciéndose presente en el lugar de otro, alterando el número de Parlamentarios determinante del umbral de la mayoría decisoria). De todos modos, «en ningún caso resulta dudoso es que en ambas hipótesis el parlamentario, al pulsar el botón que no le corresponde, está suplantando la personalidad de otro parlamentario y con ello infringiendo el deber de respeto de los procesos y mecanismos de votación, que es en definitiva el fundamento de la subsunción de la conducta en la norma sancionadora», pues «activando el botón de presencia de otro parlamentario, además del suyo propio, el demandante de amparo modificó los términos de la votación en curso, toda vez que la mayoría necesaria para el éxito de la propuesta sometida a votación solo se determina por relación al número de parlamentarios presentes», por lo que en definitiva «no resulta baladí recordar que tanto el art. 79.3 CE, al que se refiere el acuerdo sancionador, como los usos parlamentarios determinan el carácter personal e indelegable del voto (...)». La conclusión es, por tanto, que «la conducta de pulsar el botón de presencia de otro parlamentario es una conducta sancionable por infringir los deberes del recto ejercicio del cargo de parlamentario».

Ahora bien, la claridad con la que aparece constitucionalmente definido el voto como personal e indelegable, y que destaca la sentencia citada, entra en tensión con una realidad que no debe ser olvidada: en el Estado de partidos, el parlamentarismo también es de partidos. Prácticamente toda la actividad de los miembros de las Cámaras está sometida a la disciplina del partido político, directamente o mediante el Grupo Parlamentario: formalmente, porque solo las preguntas e interpelaciones son de iniciativa individual (también las enmiendas, en el Senado); materialmente, porque incluso la iniciativa individual debe ajustarse, en algunos casos totalmente, a las directrices del Grupo o del partido. Esta disciplina comprende, por supuesto, el ejercicio del derecho del voto; con frecuencia, incluso la asistencia a las votaciones, cuyo incumplimiento es en ocasiones sancionado internamente por el propio Grupo.

Por último debe tenerse en cuenta el mecanismo del voto ponderado, que puede considerarse una suerte de delegación tácita del voto de los miembros del Grupo en el portavoz o representante del mismo en un órgano parlamentario, lo que claramente resulta una excepción al principio de personalidad del voto y de voto único por Parlamentario. Son ejemplos de voto ponderado los previstos para dirimir empates en las votaciones de las comisiones (ordinarias y de investigación: arts. 88.2 y 52.3 RCD), de la Ponencia conjunta Congreso-Parlamento autonómico para la redacción del texto definitivo de los estatutos de autonomía (art. 140.2 RCD) y de la Junta de Portavoces (art. 39.4 RCD). Frente a la crítica contra este sistema de votación se alega que no se usa en toda votación, sino solo en aquellas en las que se produce empate (aunque en ello radica precisamente su trascendencia) y que nunca alcanza a las decisiones del Pleno (aunque sí a las Comisiones con de-

legación legislativa plena, de suerte tal que una norma con rango de ley, producto parlamentario por excelencia, puede ser aprobada por voto ponderado). En todo caso es una manifestación más del predominio del Grupo sobre el Parlamentario individual en el parlamentarismo contemporáneo y responde a razones que, si aquel se mantiene dentro de los límites que lo justifican, pueden ser admitidas con naturalidad por el cuerpo electoral.

Finalmente, y en cuanto a la forma de emitir el voto se refiere, resulta interesante dejar constancia de la reforma del art. 82 del RCD en el año 2011, para permitir la emisión del voto por procedimiento telemático en los casos de embarazo, maternidad, paternidad o enfermedad grave en que, por impedir el desempeño de la función parlamentaria y atendidas las especiales circunstancias, se considere suficientemente justificado. La Mesa de la Cámara puede autorizar la emisión del voto telemático al realizar la calificación del escrito de solicitud en este sentido del Diputado o Diputada, especificando las votaciones y el periodo de tiempo en el que podrá votar mediante dicho procedimiento, regulado en la Resolución de la Mesa del Congreso de los Diputados, de 21 de mayo de 2012. La emisión del voto telemático se realiza a través de la intranet del Congreso de los Diputados y con comprobación telemática de la identidad del diputado autorizado mediante un certificado válido de firma digital. Finalmente, tras la emisión del voto, el sentido del mismo es comprobado telefónicamente con el Diputado autorizado por la Secretaría General del Congreso de los Diputados. En el mismo sentido, fue modificado el art. 92 del RS en 2013 y el procedimiento de voto telemático está regulado en la Resolución de la Mesa del Senado de 21 de noviembre de 2013, sobre desarrollo del procedimiento de votación telemática en las sesiones plenarias del Senado.

BIBLIOGRAFÍA

ARAUJO DÍAZ DE TERÁN, M., «Sinopsis del art. 79 CE», en <http://narros.congreso.es/constitucion>.

CÁMARA PUIG, M., «Concepto de “quórum” o ley de presencia en el art. 79 de la Constitución española de 1978», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 82, 1994.

DÍAZ LAGO, P., «El deber de asistencia de los parlamentarios a las sesiones y el derecho al ejercicio del cargo», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 23, 1991.

GARCÍA-ATANCE Y GARCÍA-MORA, M.^a V., «La indelegabilidad del voto y la Junta de Portavoces», *Revista de Derecho Político*, núm. 36, 1992.

GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., «¿Es posible repetir las votaciones parlamentarias? ¿Vota el Diputado o el Grupo Parlamentario?: a propósito de la STC 361/2006», *Teoría y realidad constitucional*, núm. 20, 2007.

PARDO FALCÓN, J., «Votaciones y grupos parlamentarios: comentario a la STC 361/2006, de 18 de diciembre», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 81, 2007.

PÉREZ ROYO, J., «El Parlamento contemporáneo y los medios de comunicación», en PAU VALL, F., *Parlamento y opinión pública*, Tecnos-Asociación Española de Letrados de Parlamentos, Madrid, 1995.

PÉREZ-SERRANO JÁUREGUI, N., *Los grupos parlamentarios*, Tecnos, Madrid, 1989.

RIPOLLÉS SERRANO, M.^a R., «Artículo 79. Las votaciones parlamentarias», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, tomo VI, Cortes Generales-Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1999, págs. 765 y ss.

SANTAOLALLA LÓPEZ, F., «Partido político, grupo parlamentario y diputado», en GONZÁLEZ ENCINAR, J. J. (Coord.), *Derecho de partidos*, Madrid, 1992, págs. 93 a 118.

VÍRGALA FORURIA, E., «Sobre el concepto de mayoría en el ordenamiento parlamentario español», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 37, 1996.

Artículo 80

Las sesiones plenarias de las Cámaras serán públicas, salvo acuerdo en contrario de cada Cámara, adoptado por mayoría absoluta o con arreglo al Reglamento.

Sumario: I. La publicidad como esencia de la función parlamentaria. II. Publicidad de las sesiones plenarias. III. Publicidad de las sesiones de las Comisiones y de otros órganos. IV. Publicaciones oficiales.

JUAN CARLOS DA SILVA OCHOA

LETRADO DEL PARLAMENTO VASCO (EN EXCEDENCIA)

MAGISTRADO

I. LA PUBLICIDAD COMO ESENCIA DE LA FUNCIÓN PARLAMENTARIA

Ha sido explicado reiteradamente por la doctrina cómo en el parlamentarismo contemporáneo la primacía política reside en el Gobierno. Probablemente esto ha sido siempre así en el constitucionalismo europeo, en el que las asambleas legislativas solo han dispuesto de la capacidad de liderar efectivamente la sociedad y de imponer su voluntad a los gobiernos en situaciones excepcionales y efímeras, coincidentes con grandes crisis. La regla general es que la potestad de marcar el rumbo de la organización social y de mantenerlo ha correspondido al ejecutivo, que ha sido más o menos fuerte en su relación con el Parlamento a tenor de las circunstancias coyunturales y de las características de cada comunidad nacional, pero que ha dispuesto de los mecanismos para conservar esa hegemonía.

Este fenómeno se explica en Europa por la relación que en el siglo XIX mantiene el Gobierno con la monarquía y las clases aristocráticas, frente a un Parlamento que representa cada vez con mayor fidelidad los intereses de la burguesía y de las clases popu-

lares. El Gobierno aparece así como un instrumento del Estado frente a la sociedad; esta acabará imponiéndose, pero sin que aquel pierda la posición preeminente, pues el propio Parlamento termina asegurándose en el nuevo paradigma de legitimación que es propio de la democracia. En este proceso resulta elemento esencial la extensión y generalización del sufragio, al que se incorporan sucesivamente colectivos cada vez más numerosos, hasta su definitiva ampliación, ya entrado el siglo XX, con el voto femenino. La consecuencia natural de tal proceso es el protagonismo de los partidos políticos en la dinámica política que, por su complejidad, requiere de organizaciones que canalicen las ideas y los intereses a través de agregados de personas unidos en torno a un principio organizativo que trasciende el plano individual y el viejo parlamentarismo de notables, de manera que la diversidad de expectativas se resume en programas políticos sometidos periódicamente al cuerpo electoral.

La proyección de este protagonismo de los partidos políticos en la dinámica institucional conlleva que la dialéctica política formalizada ya no se establezca entre el Poder ejecutivo y

el Poder legislativo, sino entre el compuesto que forman el Gobierno con su mayoría parlamentaria y la minoría. Por eso, el Parlamento ya no es el lugar en el que se adoptan las grandes decisiones de la vida política nacional, sino el momento de la publicidad de las opciones partidistas, en el que el Gobierno y la mayoría se justifican y la minoría plantea su alternativa: los verdaderos destinatarios del discurso parlamentario no son los Parlamentarios, sino los votantes. Por eso, el Parlamento tampoco es ya el agente decisivo del control del Ejecutivo, pues solo en situaciones anormales se rompe la solidaridad entre los dos componentes del binomio dominante.

Esta situación supone que, contrariamente a lo que sucede con el Gobierno, cuyos procesos de toma de decisiones son reservados (el art. 5.3 de la Ley del Gobierno dispone que las deliberaciones del Consejo de Ministros son secretas y el art. 417 del Código Penal castiga como delito revelar secretos que no deban ser divulgados), la esencia de la función parlamentaria consiste en la publicidad, porque la vocación del Parlamento es ser el momento de la publicidad del sistema democrático.

Frente a una tradición histórica en la que ha regido el principio del secreto de las deliberaciones parlamentarias, contra la que se alzaron de modo significativo en la historia del Derecho parlamentario primero BENTHAM y, un siglo más tarde, BAGEHOT, el parlamentarismo actual es esencialmente argumentativo y abierto, de tal modo que sin publicidad no es hoy concebible la democracia representativa. De ahí la trascendencia de la constitucionalización del principio de publicidad parlamentaria.

Hay que subrayar que la falta de publicidad de las sesiones parlamentarias aparece como excepción a una regla general, tanto por la regulación normativa que se expone a continuación como en virtud del principio que fundamenta este régimen. Por ello, mientras que el carácter público de la sesión no requiere especial fundamentación, ni siquiera acuerdo específico, la declaración como secreta de

una sesión exige que el órgano que la adopta se ampare en una razón suficiente, que esta razón se exprese y que se motive la concurrencia de las circunstancias que permiten ampararse en el régimen excepcional.

Como declara la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 136/1989 (Sala 1.^a), de 19 de julio, dictada en los recursos de amparo núms. 866/1988 y 867/1988 (acum.): «La publicidad de la actividad parlamentaria, que es una exigencia del carácter representativo de las Asambleas en un Estado democrático mediante la cual se hace posible el control político de los elegidos por los electores, ofrece dos vertientes: una, la publicidad de las sesiones; otra, la publicación de las deliberaciones y de los acuerdos adoptados».

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 161/2013, de 26 de septiembre, declara:

«La exigencia de publicidad de la actividad desarrollada por los órganos de carácter representativo se constituye como un instrumento que posibilita el control político de los elegidos por los electores y se proyecta en relación con la publicidad de sus sesiones, la publicación de las deliberaciones y los acuerdos adoptados, y el acceso a la documentación que los sirva de soporte. Esta exigencia de publicidad es, por tanto, no solo una genérica manifestación del principio democrático del Estado (art. 1.1 CE), sino también una manifestación del derecho de los ciudadanos a la participación directa en los asuntos públicos (art. 23.1 CE).»

A lo que cabe añadir que, como se ha dicho e incluso por encima de esa función de control político de los electores, la publicidad sirve a la esencia misma de la institución parlamentaria, cuya primordial función es precisamente la de esclarecer las opciones políticas y permitir a los ciudadanos la formación de una opinión pública informada y consciente.

II. PUBLICIDAD DE LAS SESIONES PLENARIAS

La Constitución distingue dos regímenes de publicidad parlamentaria, según se trate de las sesiones del Pleno o de la Comisiones. Para el primero, la regla general es que las sesiones son públicas, y la excepción, que no lo sean. El Anteproyecto de Constitución preveía que las sesiones de las Cámaras no fueran públicas si se adoptaba un acuerdo en tal sentido «por mayoría absoluta y con arreglo al Reglamento». El informe de la Ponencia del Congreso de los Diputados especificó que la regla era aplicable exclusivamente a la sesiones plenarias, y el dictamen de la Comisión cambió la expresión acumulativa por otra alternativa, que es la actualmente vigente (pues la Comisión Mixta no aceptó la redacción del Senado que excluía la posibilidad de que los reglamentos pudieran establecer supuestos de secreto y cambió el término «reuniones» por el de «sesiones»). Esto permite que el Reglamento de cada Cámara establezca supuestos en los que la decisión de declarar secreta una sesión requiere una mayoría distinta a la absoluta; en defecto de regulación reglamentaria, la mayoría es la establecida con carácter general por el precepto constitucional. Los Reglamentos, por tanto, pueden establecer mayorías inferiores a la absoluta, pero no superiores; y ello porque una lectura sistemática de la Constitución lleva a concluir que las mayorías especiales solo pueden imponerse en los Reglamentos para la votación de personas, correspondiendo a las leyes orgánicas y a la propia Norma Fundamental fijarlas en los demás casos, conforme al texto del art. 79.2.

Por tanto, las sesiones plenarias son secretas en los casos previstos en los reglamentos, que, por lo que respecta al Pleno del Congreso de los Diputados, son los siguientes (con la redacción del art. 63 del Reglamento tras la reforma de 16 de junio de 1994):

1.º Cuando se traten cuestiones concernientes al decoro de la Cámara o de sus miembros, o de la suspensión de un Diputado.

2.º Cuando se debatan propuestas, dictámenes, informes o conclusiones elaborados en el seno de la Comisión del estatuto de los Diputados.

Además, son secretas «cuando lo acuerde el Pleno por mayoría absoluta de sus miembros, a iniciativa de la Mesa del Congreso, del Gobierno, de dos Grupos Parlamentarios o de la quinta parte de los miembros de la Cámara. Planteada la solicitud de sesión secreta, se someterá a votación sin debate y la sesión continuará con el carácter que se hubiere acordado» (art. 63.3.º).

Por su parte, el Pleno del Senado se reúne en sesión secreta para:

1.º Ser informado del dictamen sobre el suplicatorio de un Senador (art. 22.3 de su Reglamento).

2.º Acordar privar de su asignación al Senador que reiteradamente dejare de asistir a las sesiones, sin haber obtenido licencia de la Mesa (art. 23.2).

3.º Acordar la suspensión de un Senador en los casos del art. 102.

Además, las sesiones plenarias del Senado serán secretas a petición razonada del Gobierno o de cincuenta Senadores y acuerdo por la mayoría absoluta de la Cámara (art. 72).

Como se ve, los Reglamentos han optado por no hacer uso de la posibilidad de reducir la mayoría necesaria para declarar secretas las sesiones, optando por la prevista con carácter general por el art. 80 de la Constitución, lo que refuerza el principio de publicidad.

La publicidad de las sesiones plenarias se asegura mediante su apertura al público, que tiene reservado un espacio en los salones de plenos de cada una de las Cámaras y, sobre todo, mediante la presencia de los medios de comunicación, a los que el Parlamento presta especial atención, facilitando su labor media-

dora respecto de la opinión pública permitiéndoles el acceso a las sedes parlamentarias, la grabación del sonido y de la imagen de las sesiones y poniendo a su disposición determinados medios materiales (así lo prevé, por ejemplo, el art. 98 RCD). Además, como se verá, a través de las publicaciones oficiales.

III. PUBLICIDAD DE LAS SESIONES DE LAS COMISIONES Y DE OTROS ÓRGANOS

Las sesiones de Comisión son, por definición reglamentaria, «no públicas», si bien está prevista la asistencia de los medios de comunicación, siempre que no tengan carácter secreto (arts. 64.1 RCD y 75.1 RS).

El Reglamento del Congreso de los Diputados no especifica los motivos para declarar secretas las sesiones de las Comisiones, pero debe entenderse que han de ser semejantes a los del Pleno. El procedimiento también es traspunto del plenario: acuerdo por mayoría absoluta de sus miembros, a iniciativa de su respectiva Mesa, del Gobierno, de dos Grupos Parlamentarios o de la quinta parte de sus componentes; son secretas, en todo caso, las sesiones y los trabajos de la Comisión del Estatuto de los Diputados (art. 64.2 y 3 RCD).

En el Senado son secretas las sesiones de las Comisiones o aquellos puntos de las mismas que tengan por objeto el estudio de incompatibilidades, suplicatorios y cuestiones personales que afecten a Senadores; además las Comisiones podrán celebrar reuniones a puerta cerrada cuando, sin afectar a los temas antes expuestos, sea acordado por la mayoría absoluta de sus miembros (art. 75.2 y 3 RS).

Las Comisiones de Investigación tienen un régimen específico en el Reglamento del Congreso de los Diputados: las sesiones preparatorias de su plan de trabajo o de las decisiones del Pleno, o de deliberación interna, o las reuniones de las Ponencias que se creen en su

seno, no son públicas. Son también secretos los datos, informes o documentos facilitados a estas Comisiones para el cumplimiento de sus funciones, cuando lo disponga una Ley o cuando así lo acuerde la propia Comisión. Por el contrario, se permite el acceso de los medios de comunicación a las sesiones que tengan por objeto la celebración de comparecencias informativas ante las Comisiones de Investigación, salvo que la comparecencia verse sobre materias que hayan sido declaradas reservadas o secretas conforme a la legislación vigente, y cuando a juicio de la Comisión los asuntos a tratar coincidan con actuaciones judiciales que hayan sido declaradas secretas (art. 64.4 RCD).

Por lo que se refiere a las sesiones de Comisión en las que el Gobierno facilita información sobre una materia clasificada, este puede pedir que sean secretas, con la especialidad de que solo pueden asistir los miembros de la Comisión en cuestión (contra la regla general que permite a cualquier Diputado, e incluso a los Senadores, acceder a las sesiones de las Comisiones del Congreso —art. 66 RCD, que tiene su correlato en el 83.2 RS—, según la resolución de la Presidencia del Congreso de los Diputados de 11 de mayo de 2004).

Las sesiones de las Ponencias no están abiertas al público ni a los representantes de los medios de comunicación. Esta limitación al principio de publicidad se justifica por el carácter funcional que estos órganos tienen en la preparación del trabajo de las Comisiones, y también porque son el espacio idóneo para alcanzar acuerdos a través de negociaciones técnicas y políticas que no se verían facilitadas por la presencia de los medios. En todo caso, la transparencia del procedimiento parlamentario queda asegurada porque las posiciones de los Parlamentarios y los Grupos se hacen públicas en los debates de Comisión y de Pleno.

Tampoco las sesiones de los órganos de dirección y programación del trabajo parlamentario (Mesas y Juntas de Portavoces)

están abiertas a los medios de comunicación, dada la naturaleza de los asuntos que en ellas se deliberan (programación y organización del trabajo parlamentario) y al carácter informal de dicho debate, quedando la publicidad encomendada al *Boletín Oficial de las Cortes Generales* y a las ruedas de prensa que suelen convocarse tras las reuniones de estos órganos.

IV. PUBLICACIONES OFICIALES

En todo caso, la publicidad del trabajo parlamentario en su conjunto se asegura finalmente por la existencia de publicaciones parlamentarias, principalmente por las publicaciones oficiales, que pueden ser de las Cortes Generales o de cada una de las dos Cámaras. Son publicaciones oficiales del Congreso de los Diputados el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, *Sección Congreso de los Diputados*, y el *Diario de Sesiones* del Pleno de la Cámara, de la Diputación Permanente y de las Comisiones. En el *Diario de Sesiones* se reproducen íntegramente, dejando constancia de los incidentes producidos, todas las intervenciones y acuerdos adoptados en sesiones del Pleno, de la Di-

putación Permanente y de las Comisiones que no tengan carácter secreto (arts. 95 y 96.1 RCD). De las sesiones secretas se levanta acta taquigráfica, cuyo único ejemplar se custodia en la Presidencia. Este ejemplar puede ser consultado por los Diputados, previo acuerdo de la Mesa. Los acuerdos adoptados se publican en el *Diario de Sesiones*, salvo que la Mesa de la Cámara decida el carácter reservado de los mismos (art. 96.2 RCD).

En el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, con una sección para cada Cámara, se publican los textos y documentos cuya publicación sea requerida por algún precepto del Reglamento, sea necesaria para su debido conocimiento y adecuada tramitación parlamentaria, o sea ordenada por la Presidencia (arts. 97.1 RCD y 191 y 192 RS).

El desarrollo de las disposiciones reglamentarias citadas se encuentra en el Acuerdo de las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado por el que se aprueban las Normas sobre publicaciones oficiales de las Cortes Generales, de 17 de enero de 1991, modificado por Acuerdo de las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado, de 19 de diciembre de 1996.

BIBLIOGRAFÍA

DA SILVA OCHOA, J. C., «Parlamento y opinión pública en el parlamentarismo británico clásico. La obra de Walter Bagehot», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 34, 1995.

DE VEGA GARCÍA, P., «Las sesiones plenarias de las Cámaras», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, tomo VI, Cortes Generales-Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1999, págs. 759 y ss.

GARCÍA PELAYO, M., *El Estado de partidos*, Alianza, Madrid, 1986.

LÓPEZ GARRIDO, D., «Los debates parlamentarios», en FIGUEROA LARAUDOGOITIA, A. y DA SILVA OCHOA, J. C. (Coords.), *Parlamento y Derecho*, Parlamento Vasco, Vitoria-Gasteiz, 1991, págs. 379 y ss.

PASCUA MATEO, F., «Sinopsis del art. 80 CE», en <http://narros.congreso.es/constitucion>.

DE LA ELABORACIÓN DE LAS LEYES [ARTS. 81 A 92]

Artículo 81

1. Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución.

2. La aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto.

LAS LEYES ORGÁNICAS

Sumario: I. Introducción. II. Las leyes orgánicas en la Constitución. 1. Las concepciones material y formal de la ley orgánica y su posición en el sistema de fuentes. 2. La delimitación del ámbito material de las leyes orgánicas en la doctrina constitucional: criterios restrictivos. 3. Relaciones entre ley orgánica, ley ordinaria y disposiciones de rango inferior. A) Leyes parcialmente orgánicas. B) Leyes ordinarias que regulan aspectos no nucleares de materias reservadas a las orgánicas y leyes ordinarias de desarrollo de las orgánicas. C) Disposiciones reglamentarias en el desarrollo de leyes orgánicas. III. Particularidades del desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas, de las leyes de aprobación de los Estatutos, de las de régimen electoral general y de las leyes específicamente previstas como orgánicas en la Constitución. 1. Desarrollo de derechos fundamentales y libertades públicas. 2. Leyes de aprobación de Estatutos de Autonomía. 3. Leyes orgánicas relativas al régimen electoral general. 4. Leyes específicamente previstas como orgánicas en la Constitución. IV. Reserva de ley orgánica y competencias legislativas de las Comunidades Autónomas. V. Epílogo.

PASCUAL SALA SÁNCHEZ

SOCIO CONSULTOR DE ROCA JUNYENT, S.L.P.

EXPRESIDENTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXPRESIDENTE DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

EXPRESIDENTE DEL TRIBUNAL DE CUENTAS

I. INTRODUCCIÓN

Las leyes orgánicas vienen tratadas en la Constitución dentro del Título relativo a las Cortes Generales (el III), en cuanto estas, entre otras esenciales funciones, ejercen la potestad legislativa (art. 66.2), y como primera referencia de

un Capítulo (el II de dicho Título) que lleva por rúbrica «De la elaboración de las leyes». Con ello, las leyes orgánicas constituyen la primera manifestación de la ley como fuente jurídica y, a la par, aun integrándose en la complejidad que caracteriza la estructuración del sistema de fuentes del Derecho en nuestro ordenamiento

jurídico, se singularizan ostensiblemente del resto de normas que conviven con las leyes y tienen equivalente fuerza normativa. Es significativo, al respecto, que inmediatamente después del precepto dedicado a las leyes orgánicas (art. 81), la Constitución regule la legislación delegada, sus formas, condiciones y límites (arts. 82 a 85, inclusive), las disposiciones legislativas provisionales del Gobierno —y también por habilitación estatutaria de los gobiernos de las Comunidades Autónomas en su ámbito competencial— a adoptar en casos de extraordinaria y urgente necesidad (los decretos-leyes, art. 86), y asimismo lo es que más adelante, dentro del Título relativo a la Organización territorial del Estado (el VIII), se prevea la potestad de las Comunidades Autónomas para legislar sobre materias de su competencia e incluso sobre las demás no atribuidas expresamente al Estado (art. 149.3), o sobre materias de competencia estatal en el marco de los principios, bases y directrices fijados por una ley estatal, o sobre materias de titularidad estatal que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación, en virtud de las correspondientes leyes marco (art. 150.1) o leyes orgánicas de transferencia o delegación (art. 150.2).

La categoría, pues, de las leyes ordinarias se inscribe en un marco complejo de instrumentos normativos con idéntico valor, producto de la crisis de la concepción unitaria de la ley como vertebradora de los sistemas jurídicos, que ha provocado la necesidad de resolver los problemas derivados de las relaciones entre dichos instrumentos y, en cuanto aquí interesa, el de la justificación misma de esta singularización de las leyes orgánicas respecto de las demás a que después, como elemento nuclear de este comentario, se aludirá.

La denominación de «leyes orgánicas» en el sistema normativo —no su contenido y régimen relacional con el resto de leyes— no fue una innovación de la Constitución de 1978. Por el contrario, nuestro no excesivamente alejado

Derecho histórico las tuvo presentes, pero más que nada para regular la organización de instituciones relevantes o, incluso, «poderes» del Estado. Recuérdese, por ejemplo, la Ley Orgánica del Consejo de Estado de 17 de agosto de 1860 y sobre todo la conocida como Ley Orgánica del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1870, que, pese a su calificativo oficial de «provisional» —Ley Provisional sobre la Organización del Poder Judicial—, fue con la que sentó las bases de la actual justicia en España el ilustre político y jurista Eugenio MONTERO RÍOS y que estuvo vigente, con múltiples modificaciones, hasta la Ley 6/1985, de 1 de julio, Orgánica del Poder Judicial, esta ya sí ajustada al nuevo estatus establecido para las leyes orgánicas por el art. 81 de la Constitución.

La inclusión como categoría independiente de las leyes orgánicas en un complejo sistema normativo como el acabado de apuntar, originó, ya de entrada, que un importante sector de la doctrina se manifestase críticamente respecto de esta modalidad legal. Generalmente se le atribuyó la falta de precisión del contorno material sobre el que debía operar —que ha sido ciertamente la principal dificultad que el Tribunal Constitucional ha encontrado a la hora de examinar los casos concretos sometidos a su decisión, como después se verá—; o bien la falta, o al menos la diversidad, de razones o fundamentos sobre los que descansan los casos en que la Constitución se remite a las leyes orgánicas para una concreta regulación, es decir, la inexistencia de un fundamento común que las justifique o, como se le ha llamado, de «un hilo conductor» que las hilvane, lo que podría suponer su carácter artificial y, por tanto, su innecesariedad; o, por último, y en razón de las condiciones exigidas para su aprobación, modificación o derogación, no ajustarse al principio democrático y romper el normal de las mayorías parlamentarias vigente en el funcionamiento de los órganos representativos de la soberanía popular, y quedar por ello convertidas poco menos que en normas excepcionales¹.

¹ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Las leyes orgánicas y el bloque de inconstitucionalidad*, Civitas, Madrid, 1981, págs. 19 y ss.

Es cierto, sin embargo, que también otro importante sector doctrinal ha destacado la procedencia de la singularización de las leyes orgánicas en la Constitución no solo porque siempre han supuesto un bloque normativo en nuestro Derecho destinado a significar las leyes que llevan a cabo un desarrollo inmediato de la Constitución y muchas veces con una perdurabilidad muy superior a ella —como ocurrió en el ejemplo, antes destacado, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870—, sino por estar previstas para regular materias de particular importancia, como ocurre con los derechos fundamentales y libertades públicas, con las instituciones básicas del Estado o, en suma, con la conveniencia de dotar de estabilidad a esas materias o partes sustanciales del ordenamiento jurídico. Inclusive pudo constituir una salida para deferir al futuro determinaciones regulatorias para las que no se encontró consenso al tiempo en que se llevó a cabo la elaboración y aprobación de la Constitución².

En definitiva, se trata de una discrepancia doctrinal o de principio que no puede aislarse de la concreta previsión constitucional que establece la categoría legislativa mencionada y que obliga a todos los estudiosos del tema al examen completo de su condicionamiento y viabilidad práctica.

II. LAS LEYES ORGÁNICAS EN LA CONSTITUCIÓN

1. Las concepciones material y formal de la ley orgánica y su posición en el sistema de fuentes

La realidad constitucional de las leyes orgánicas, como resulta claramente del texto al principio transcrito del art. 81 de la Constitución y como, independientemente de las posiciones críticas antes apuntadas, reconoce

con práctica unanimidad la doctrina, gira en derredor de dos principios: el material, según el cual las leyes orgánicas deben referirse a las materias a las que las circunscribe expresamente la Constitución, bien por expresa especificación de la misma, bien por remisión en los numerosos casos en que prevé esta modalidad legislativa; y el formal, referido a la exigencia para su aprobación de la «mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto» aparte de otras previsiones formales como la necesidad de calificar expresamente la ley como orgánica por la Mesa del Congreso, o que la mayoría absoluta de este se produzca tanto con ocasión de la remisión del proyecto al Senado como con la que ha de efectuarse cuando se reciba nuevamente en el Congreso con el veto o enmiendas de la otra Cámara, en los términos establecidos en los arts. 130 a 132 de su Reglamento, y como las de no caber leyes orgánicas de comisión (art. 75.3 CE), ni tampoco en materias propias de su ámbito de delegaciones legislativas (art. 82.1 CE), ni la iniciativa popular (art. 87.3 CE)³.

Según el art. 81 de la Constitución, pues, en sus dos apartados, el concepto de ley orgánica resulta de la concurrencia de un ámbito material concreto —el constituido por las leyes de desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, por las que aprueban los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y por las demás que estén previstas en la Constitución— y de un procedimiento específico de aprobación —carácter formal—, que las distingue del resto de las leyes por exigencia de la mayoría absoluta anteriormente puntualizada. De ello resulta con claridad que las concepciones materiales y formales de la ley orgánica, si se examinan por separado, conducen respectivamente a la conclusión de que las leyes orgánicas, en cuando están ligadas a legislar sobre determinadas materias a ellas expresamente

² ALZAGA VILLAAMIL, O., «En torno al concepto de Ley Orgánica en la Constitución», en *Teoría y Realidad Constitucional*. UNED, núm. 5, primer semestre, 2009, págs. 115 y ss.

³ FERNÁNDEZ FARRERES, G., *op. cit.*, págs. 413 y ss., apartado relativo a «La Ley Orgánica como canon de inconstitucionalidad».

reservadas en el art. 81 de la Constitución, responden al principio de competencia y no constituyen una entidad jerárquicamente superior a las leyes ordinarias, y en cuanto requieren una mayoría especial para su aprobación, modificación o derogación, con la finalidad de dotar de una protección y estabilidad especial a las materias a las mismas reservadas, responden al principio de jerarquía y resultan situadas en un rango intermedio entre la Constitución, como norma suprema del ordenamiento jurídico, y las leyes ordinarias, respecto de las que, por tanto, serían jerárquicamente superiores.

Legislativamente, la posición formal de las leyes orgánicas y la posibilidad de que, en función de la mayoría especialmente cualificada para su existencia, puedan ostentar un rango superior a las ordinarias en el sistema de fuentes, pudo apoyarse en un precepto anterior en el tiempo al examen por la jurisprudencia constitucional del problema, concretamente en el art. 28.2 de la Ley 2/1979, de 3 de octubre, Orgánica del Tribunal Constitucional. Este precepto, incluido en el Título de la Ley, referido a los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad (Título II, Capítulo I), en cuanto ahora importa, después de establecer que el Tribunal Constitucional «podrá declarar inconstitucionales por infracción del art. 81 de la Constitución los preceptos de un decreto-ley, decreto legislativo, ley que *no* haya sido aprobada con el carácter de orgánica o norma legislativa de una Comunidad Autónoma en el caso de que dichas disposiciones hubieran regulado materias reservadas a la ley orgánica o impliquen modificación o derogación de una ley aprobada con tal carácter», añade en el último inciso que dicha posibilidad resultará procedente «cualquiera que sea el contenido» de esa ley aprobada con el carácter de orgánica. Con ello podría interpretarse que leyes aprobadas con esta condición de «orgánicas» por la mayoría exigida en el art. 81.2 de la Constitución,

aunque no estuvieran ajustadas al contenido material determinado en el art. 81.1, se superpondrían a las ordinarias, con lo que se habría producido no solo una desvinculación del concepto de ley orgánica respecto de las materias que el tan citado precepto constitucional especifica, sino también, como se ha señalado⁴, que sea una ley orgánica, y no directamente la Constitución, el límite de la ley ordinaria y que aquella —la orgánica— se erija en canon de constitucionalidad de esta —de la ordinaria—.

Ciertamente, la aludida prevalencia jerárquica de las leyes orgánicas sobre las ordinarias no constituye solo una «posible» interpretación en función del precitado art. 28.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, sino porque, como también se ha señalado (4), se introdujo el mencionado inciso a consecuencia de una enmienda planteada en el Senado durante la discusión parlamentaria de la citada Ley, en la que se hacía constar expresamente que «con toda evidencia la ley orgánica tiene rango superior a la ley ordinaria», superioridad también afirmada en el Informe de la Ponencia de la Comisión Constitucional del Senado cuando sentó que «se atribuye a las leyes orgánicas, incluso a las que son tales por razones formales, un rango superior a todas las demás que no sean las contenidas en la Constitución, y se considere, por consiguiente, que tienen carácter semiconstitucional».

También podría atribuirse un efecto de prioridad jerárquica de las leyes orgánicas sobre las ordinarias al hecho de ligarse la exigencia de la mayoría cualificada del art. 81.2 de la Constitución a que se trata de leyes que suponen su desarrollo normativo inmediato en aspectos básicos o fundamentales del orden constitucional, hasta el punto de convertir «a las Cortes en constituyente permanente», como incluso llegó a declarar el Tribunal Constitucional en STC 6/1982, de 22 de febrero (FJ 6.º) y reiteró en las posteriores SSTC

4 PEMÁN GAVÍN, J., «Las Leyes Orgánicas: concepto y posición en el sistema de fuentes del derecho», en *Estudios sobre la Constitución Española*, Tomo I, Civitas, Madrid, 1991, págs. 135 y ss.

160/1987, de 27 de octubre (FJ 2.º), y 127/1994 de 5 de mayo (FJ 3.º), es decir, una suerte de leyes situadas entre la Constitución, a la que complementan directamente, y el resto de las leyes, aunque es preciso reconocer que, en estas sentencias, dichas declaraciones están directamente relacionadas con la necesidad de interpretar restrictivamente el ámbito material de las leyes orgánicas y su carácter excepcional y no con el tema del rango jerárquico de las leyes orgánicas respecto de las ordinarias.

Una concepción, que puede calificarse de intermedia entre las anteriores, parte de que el principio de reserva introduce un punto de inicio nuevo en el tema de las relaciones internas entre las normas reguladoras del ámbito al que aquella se refiere, que no es otro que el de atender a la «función» que la Constitución asigna a la reserva por ella establecida. Desde esta perspectiva, podrán distinguirse leyes cuya función es la de «desarrollo constitucional», leyes que «concretan» contenidos constitucionales y leyes que «integran» la Constitución en la medida en que no solo la completan, sino que incluso establecen regulaciones que deberían haber sido abordadas por la misma Constitución. Ejemplo de las propias de los dos primeros grupos serían las leyes de desarrollo de derechos (*v. gr.* los contenidos en la Sección 1.ª, Capítulo II, Título I CE), las electorales (art. 68 CE) o las previstas para resolver situaciones concretas (abdicación o renuncia a reinar, art. 57.5 CE). En el último grupo podrían integrarse las leyes que aprueban los Estatutos de Autonomía, que no solo desarrollan la Constitución, sino que completan el modelo territorial por ella establecido en un tema tan importante como es el reparto del poder político en ese modelo, y también las que, como la prevista en el art. 93 CE, atribuyen competencias constitucionales a organizaciones internacionales. En los dos primeros grupos, la función de las leyes orgánicas se concreta en la regu-

lación de materias centrales del orden constitucional, que se someten, por ello, a mayorías cualificadas y que, por tanto, no se sitúan respecto de las leyes ordinarias en posición de superioridad jerárquica. En el último, sin embargo, las leyes orgánicas integran la Constitución, bien porque la completan en ámbitos tan señalados como el de la distribución territorial del poder político, bien porque desplazan *ad extra* competencias constitucionales y, por ello, lógicamente, podría entenderse que son superiores a las leyes ordinarias⁵.

Un criterio también funcional para atribuir rango jerárquico superior a ciertas leyes orgánicas puede encontrarse en la determinación de si forman o no parte del conocido como «bloque de constitucionalidad». A este respecto, el art. 28.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOT) establece que «para apreciar la conformidad o disconformidad con la Constitución de una ley del Estado o de las Comunidades Autónomas, el Tribunal considerará, además de los preceptos constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hubieren dictado para delimitar las competencias del Estado y las diferentes Comunidades Autónomas o para regular o armonizar el ejercicio de las competencias de estas». Hay, por consiguiente, determinados tipos de leyes que, estando de acuerdo con la Constitución, desarrollan una «función» que las convierte en parámetro de constitucionalidad de las demás leyes y, por ende, las sitúa en un rango superior respecto de estas, en el bien entendido de que, como señaló la STC 66/1985, de 23 de mayo, FJ 1, el bloque de constitucionalidad hace referencia a un conjunto de disposiciones utilizables como parámetro de legitimidad constitucional de las leyes, no a contenidos normativos concretos que no puedan ser modificados de acuerdo con el procedimiento previsto según la naturaleza de cada disposición, y en el bien entendido también de que, aplicada esta doctrina a las

⁵ BARCELÓ I SERRAMALLERA, M., *La Ley orgánica, ámbito y posición en el sistema de fuentes*, Atelier, Barcelona, 2004; CASAS, M. E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. (Dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, Wolters-Kluwer, pág. 1471, en esp. pág. 1482.

leyes orgánicas, habrá que partir del criterio restrictivo que debe presidir la reserva de materias prevista en el art. 81.1 y en los distintos supuestos de previsión específica de ley orgánica, como puede ser el del art. 135 CE, después de la reforma de 2011, según declaró la STC 215/2014, de 18 de diciembre (FJ 3). En definitiva, pueden integrar el «bloque de constitucionalidad» las leyes orgánicas que delimitan, regulan o son armonizadoras de competencias, pero no las que aplican criterios de delimitación ya establecidos. Por ello, no podrían formar parte del indicado «bloque» las leyes básicas del Estado a que se refieren los distintos apartados del art. 149.1 CE⁶.

Sin embargo, en este punto de la posición de la ley orgánica en el sistema de fuentes, no puede afirmarse que exista un criterio doctrinal dominante a favor de la consideración de las leyes orgánicas como superiores en rango a las ordinarias en función exclusiva de un principio formal, como es el del procedimiento de aprobación, principalmente el de la mayoría exigida para producirla, o el de su ámbito material, o el de la función constitucional atribuida a la reserva. Más bien, en la aplicación concreta de los supuestos que en la práctica pueden darse y ante la realidad insoslayable que supone la existencia de esta categoría normativa y su concreto reconocimiento en la Constitución, puede adelantarse que podrán utilizarse, y se han utilizado, todos ellos para resolver los indudables problemas que supone la delimitación del ámbito y alcance correspondiente a los diferentes instrumentos normativos que con las leyes orgánicas coexisten. Y es que, como después se verá al tratar de la delimitación del ámbito material de las leyes orgánicas y de las relaciones entre leyes orgánicas y ordinarias, o incluso de rango inferior —reglamentario—, la jurisprudencia constitucional ha partido siempre, y desde el principio, de la prevalencia del aspecto material, sin olvidar, por supuesto, su subordina-

ción posterior al formal de la aprobación, por la sencilla razón de que así resulta del mismo orden de criterios que recoge el art. 81 CE, a saber: primero, el material y, en segundo lugar y como algo añadido al concepto ya establecido, el formal.

2. La delimitación del ámbito material de las leyes orgánicas en la doctrina constitucional: criterios restrictivos

El Tribunal Constitucional, como acaba de señalarse, en orden a la posición de la ley orgánica en el sistema de fuentes, se ajustó estrictamente a las previsiones constitucionales. Así, en su primera sentencia sobre la materia —la STC 5/1981, de 13 de febrero—, en que se trató de la constitucionalidad de determinados aspectos de la Ley Orgánica del Estatuto de Centros Escolares —Ley Orgánica 5/1980, de 19 de junio—, más que decantarse exclusivamente por alguno de los dos criterios desde los que podría contemplarse la singularidad de las leyes orgánicas en el aludido sistema, entendió que era preferente el material, porque el formal, aparte de una petrificación abusiva en el ordenamiento jurídico, podría conducir a la extensión de esa mayoría cualificada, solo prevista para «supuestos tasados y excepcionales en una democracia», a casos que redundarían en «detrimento del carácter democrático del Estado», y porque «la reserva de la ley orgánica no puede interpretarse en forma tal que cualquier materia ajena a dicha reserva, por el hecho de estar incluida en una ley orgánica, haya de gozar definitivamente del efecto de congelación de rango y de una necesidad de una mayoría cualificada para su ulterior modificación (art. 81.2 CE), pues tal efecto puede, y aún debe, ser excluido por la misma ley orgánica o por sentencia del Tribunal Constitucional que declaren cuáles de los preceptos de aquella no participan de tal naturaleza» [FJ 21.A)]. La misma necesidad de ca-

⁶ GÓMEZ FERRER MORANT, R., *Deconstrucción del sistema jurídico y reforma de la Constitución*, Discurso de ingreso en la RAJL de 12 de diciembre de 2016, Marcial Pons, 2016, págs. 78 y ss.

lificación de supuesto excepcional y de interpretación restrictiva de la reserva de ley orgánica se encuentra, entre otras muchas, en las SSTC 76/1983, de 5 de agosto (LOAPA), FJ 2.b), y 160 y 161/1987, de 27 de octubre, FJ 2.º, y 124/2003, de 19 de junio, FJ 11.

Por su parte, las SSTC 184 y 212/2012 (Pleno), de 17 de octubre y 24 de noviembre, con cita y reproducción de la doctrina sentada en la STC 124/2003, y a propósito de recursos de inconstitucionalidad de dos Comunidades Autónomas respecto de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de calidad de la educación, por constituir o no desarrollo directo del derecho a la educación (art. 27 CE), se refirieron sintéticamente a la doctrina constitucional sobre la reserva de ley orgánica en los siguientes términos: a) cuando en la Constitución se contiene una reserva de ley, tal reserva solo lo es a favor de la ley orgánica en los supuestos que de modo expreso se recogen en la norma fundamental (art. 81.1 y conexos); b) la reserva de ley orgánica no puede interpretarse en el sentido de que cualquier materia ajena a ella por estar incluida en una fuente de este tipo haya de gozar definitivamente del efecto de congelación de rango y de la necesidad de una mayoría cualificada para su modificación, debiendo ser excluido tal efecto por la misma ley orgánica o por sentencia de este Tribunal que declare cuáles de los preceptos de aquella no participen de tal naturaleza; c) cuando en una ley orgánica concurren materias estrictas y materias conexas, estas en principio quedan sujetas al régimen de congelación de rango del art. 81.2 CE, aunque este régimen puede ser excluido bien por la propia ley orgánica en relación con alguno de sus preceptos, indicando cuáles de ellos contienen solo materias conexas y pueden ser modificados por una ley ordinaria, bien por el Tribunal Constitucional en el correspondiente proceso constitucional en el que deberá indicar qué preceptos de los contenidos en una ley orgánica

pueden ser modificados por leyes ordinarias, contribuyendo de este modo a la depuración del ordenamiento jurídico, y, en fin, d) es necesario aplicar un criterio estricto o restrictivo para determinar el alcance de la reserva de ley orgánica, tanto en lo referente al término «desarrollar» como a «la materia» objeto de reserva (FF.JJ. 9 y 10, respectivamente)⁷.

Inclusive la naturaleza de diversos sectores de producción y su propensión a frecuentes cambios tecnológicos puede influir, como límite, en la reserva de ley orgánica, tal y como reconoció recientemente la STC 86/2017, de 4 de julio (Pleno), que, a propósito de un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 22/2005, de 29 de diciembre, de la Comunicación Audiovisual de Cataluña, y por alegarse que la misma era de desarrollo de las libertades de expresión e información [art. 20.1.a) y d) CE)] y por ello necesitada de ley orgánica, rechazó la pretensión de inconstitucionalidad ejercitada sobre la base de «una interpretación restrictiva y excepcional de la reserva de ley orgánica, tanto en lo concerniente a las materias sobre las que se proyecta como en lo relativo a la propia noción de “desarrollo” de derechos fundamentales contenida en el art. 81 CE, evitando de esta forma una petrificación abusiva del ordenamiento derivada de la especial resistencia pasiva de la ley orgánica, que resulta todavía más contraproducente en un sector, como el audiovisual, que experimenta frecuentes y profundos cambios tecnológicos que tienen incidencia en la forma de prestar servicio y, en ocasiones, sobre la propia regulación». Añade el TC que no debe confundirse la exigencia de reserva de ley orgánica con la exigencia de una ley básica estatal, pues el cambio de régimen en el acceso a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (liberalización de servicios) «no supone un desarrollo directo de los aspectos esenciales del derecho fundamental, sino una regulación atinente al modo

⁷ DUQUE VILLANUEVA, J. C., «Doctrina del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 97, enero-abril 2013, tercer trimestre de 2012, en pág. 264.

de ejercicio de dicha libertad (régimen de comunicación previa o de licencia), cuyas bases, ciertamente, se encuentran reservadas al Estado en virtud del art. 149.1.27.^a CE» [FJ 7.a)].

Conviene advertir, a modo de conclusión, que la delimitación que realiza la Constitución acerca del ámbito material de la ley orgánica tiene una vertiente positiva y otra negativa. Positiva, en cuanto especifica las materias a regular por ley orgánica, que son las determinadas expresamente en el art. 81.1 de la Constitución. Negativa, en cuanto «solo» esas materias pueden ser reguladas por ley orgánica. Así lo entendió también el Tribunal Constitucional desde la que antes ha sido calificada de primera sentencia sobre la materia, la antecitada STC 5/1981, de 13 de febrero, cuando en su FJ 21 declara algo tan elemental como «... que si es cierto que existen materias reservadas a leyes orgánicas (art. 81.1 CE), también lo es que las leyes orgánicas está reservadas a estas materias y que, por tanto, sería disconforme con la Constitución la ley orgánica que invadiera materias reservadas a la ley ordinaria».

Resulta claro, pues, que una ley ordinaria que contradijera los mandatos de una ley orgánica incurriría en un patente caso de inconstitucionalidad por vulneración del art. 81.1 de la Constitución. Del propio modo, una ley orgánica que traspasara el ámbito material previsto en el mismo precepto sería contraria a la Constitución, pero, en principio, solo en lo que respecta a su condición de ley orgánica, con lo que el efecto de la inconstitucionalidad sería la «descalificación» de su carácter, pudiendo, en consecuencia, conservar su valor como ley ordinaria, incluso con alcance derogatorio de otras anteriores de la misma condición⁸.

Lo que ocurre es que solo el Tribunal Constitucional puede decidir sobre la constitucionalidad de las leyes y disposiciones normativas

con fuerza de ley, conforme resulta del art. 161.1.a) CE y ha declarado, como se ha visto, repetidamente el citado Tribunal. No pueden hacerlo ni las Cortes Generales, que solo podrían aprobar una ley como orgánica y derogar la que consideraran que había traspasado su ámbito material, pero no pronunciarse sobre la inconstitucionalidad derivada de ese traspaso para después legislar con carácter ordinario, ni tampoco la justicia ordinaria puede inaplicar una ley orgánica o cualquier otra norma con rango de ley so pretexto de que ha rebasado su ámbito competencial. La posibilidad de hacerlo está supeditada, respecto de leyes posteriores a la Constitución, al planteamiento previo de la cuestión de inconstitucionalidad en los términos establecidos en los arts. 163 CE, 35.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y 5.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y a la resolución que al efecto dicte el referido Tribunal. Por ello, y dado que la ley orgánica puede ser enjuiciada de inconstitucionalidad en cualquier tiempo por el Tribunal Constitucional, incluso con ocasión del examen de la constitucionalidad de una ley ordinaria para resolver si es esta o la orgánica la que ha traspasado su ámbito competencial, no puede concluirse que sea la ley orgánica canon de constitucionalidad de la ordinaria⁹.

3. Relaciones entre ley orgánica, ley ordinaria y disposiciones de rango inferior

La aludida necesidad de interpretación restrictiva del contenido material reservado a una ley orgánica y el rechazo a la posibilidad de que cualquier materia, por el mero hecho de estar incluida en una ley aprobada con el carácter de orgánica, adquiera la congelación de rango que deriva de la mayoría cualificada exigida constitucionalmente para su aprobación, modificación o derogación, conduce directamente a la admisión de leyes parcial-

⁸ FERNÁNDEZ FARRERES, G., «Comentario...», *cit.*, pág. 424.

⁹ PEMÁN GAVÍN, J., «Las Leyes Orgánicas...», *cit.*, pág. 150.

mente orgánicas o a que las que propiamente pueden ser calificadas de orgánicas defieran a leyes ordinarias, o incluso a disposiciones reglamentarias, la regulación de aspectos no nucleares de la materia reservada.

Veamos estos supuestos.

A) *Leyes parcialmente orgánicas*

Se trata de lo que ha venido calificándose doctrinal y jurisprudencialmente de «materias conexas» con el núcleo de la reserva constitucionalmente asignada a la ley orgánica, pero no pertenecientes al mismo. La jurisprudencia constitucional ha admitido normalmente que las leyes orgánicas, en virtud de la interpretación restrictiva con que debe apreciarse su ámbito material y de la necesidad de evitar la petrificación del ordenamiento que se produciría con la posibilidad de que las leyes orgánicas pudieran atribuir a materias propias de las leyes ordinarias la exigencia de la mayoría cualificada prevista en el art. 81.2 de la Constitución, puedan contener preceptos no orgánicos y susceptibles, por tanto, de sujeción al régimen de regulación de las leyes ordinarias.

El Tribunal Constitucional, como se ha visto en el apartado relativo a la delimitación del ámbito material de las leyes orgánicas, ha admitido que la ley orgánica no solo puede, sino que debe, indicar qué preceptos contienen solo materias conexas, carecen por tanto de la condición de orgánicos y pueden ser modificados por una ley ordinaria. Lo ha hecho desde la primera sentencia sobre la materia —la STC 5/1981, de 13 de febrero— hasta las más recientes, entre las antes citadas, 124/2003, de 19 de junio, 184 y 212/2012, de 17 de octubre y 24 de noviembre, respectivamente.

Legislativamente también suele seguirse el mismo criterio en las leyes orgánicas que distinguen la naturaleza orgánica u ordinaria de sus preceptos. Así ocurre, *v. gr.* y entre otras

muchas, con las Leyes Orgánicas 7/1985, de 1 de julio, de derechos y libertades de los extranjeros en España; 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical; 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad; 2/1987, de 18 de mayo, de Conflictos Jurisdiccionales, y 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, cuyas disposiciones finales o adicionales determinaron puntualmente los preceptos que tenían naturaleza orgánica, con lo que relegaban los restantes a la condición de ordinarios o propios de leyes ordinarias.

Ahora bien, si la distribución entre preceptos ajustados a la reserva de la ley orgánica y otros que no reúnan esta condición es, con arreglo a las declaraciones al efecto del Tribunal Constitucional, una obligación del legislador orgánico, con el consiguiente efecto de favorecer la seguridad jurídica (art. 9.3 CE), no puede olvidarse que es al Tribunal Constitucional a quien, en último término, corresponde la competencia, como supremo intérprete de la Constitución (art. 1 LOTC), para determinar el carácter orgánico o no de un precepto incluido en una ley aprobada como orgánica. Así ocurrió, *v. gr.*, en las precitadas SSTC 184 y 212/2012 (del Pleno), de 17 de octubre y 24 de noviembre, respectivamente, en que, impugnados determinados contenidos de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de calidad de la educación, por constituir o no un desarrollo directo del derecho a la educación que reconoce el art. 27 de la Constitución, según las Comunidades Autónomas recurrentes de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional, después de concretar la doctrina elaborada en torno a la reserva de ley orgánica en los términos antes expuestos [ap. II.B)] y de confirmar la naturaleza orgánica de la regulación de los conciertos en el nivel de educación infantil, o las atribuciones de los distintos poderes públicos en el establecimiento del currículo de las distintas enseñanzas, o las previsiones referidas al órgano encargado de la selección del director de los centros docentes públicos, concluye que no la tienen las normas referidas a actividades ejecutivas relacionadas con la administración de la enseñanza al no constituir una regulación

directa del derecho a la educación encaminada a la delimitación y definición del mismo (STC 184/2012, FJ 9), y tampoco las que el legislador considera orgánicas y que no lo son por referirse a la regulación de la organización o estructuras concretas de las enseñanzas que conforman el contenido de alguna de las etapas que integran el sistema educativo (concretamente los arts. 16.3, 23.3 y 26.4 y 5 de la Ley mencionada), ya que «el modo concreto de organizar las diferentes enseñanzas escolares en los correspondientes niveles o etapas determinadas por la Ley Orgánica de Calidad de la Educación», constituye «una opción de política educativa que puede y aún debe ser susceptible de adaptación a la evaluación del conocimiento y a las cambiantes demandas de la realidad social, sin que exista un derecho constitucionalmente garantizado que pueda vincularse de forma directa a una u otra forma de organización concreta de las distintas enseñanzas que integran el sistema educativo», razones estas que determinaron la improcedencia de atribuir carácter orgánico a los preceptos reguladores de los aspectos indicados como hacía la ley de referencia (STC 212/2012, FJ 11).

En la antecitada sentencia, como se ha visto, el Tribunal Constitucional despoja de carácter orgánico a una serie de preceptos y, por tanto, los «descalifica» de tal condición. Pero también el mismo Tribunal ha reconocido el carácter orgánico a preceptos a los que una ley de tal naturaleza había privado expresamente de dicha cualidad, realizando así una suerte de «juicio de recalificación». Fue, *v. gr.*, el caso de la STC 131/2010 (Pleno), de 16 de diciembre, que, reproduciendo doctrina sentada en la STC 129/1999, de 1 de julio (FJ 2), sobre que «la garantía de libertad personal establecida en el art. 17.1 de la Constitución alcanza... a quienes son objeto de la decisión judicial de internamiento a que se refiere el art. 211 del Código Civil» y «en tanto que constitutiva de una privación de libertad, es obvio que... solo puede ser acordada judicialmente y... el precepto que la hace posible solo puede ser una ley orgánica, pues... concurre al desarrollo

del derecho fundamental garantizado en el art. 17.1», se pronuncia reconociendo la inconstitucionalidad y nulidad de la disposición final vigésimo tercera de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, que había privado de carácter orgánico al art. 211.1 del Código Civil, y también la inconstitucionalidad de este precepto por regular materia reservada a ley orgánica, pero excluyendo su declaración de nulidad para no crear un vacío normativo no deseable y menos aún cuando no se había cuestionado el contenido material del precepto y este había sido derogado por la disposición derogatoria única de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil. En esta sentencia también se declara que la reserva de ley orgánica no alcanza a la regulación de las reglas de procedimiento aplicables para la decisión judicial de internamiento, por cuanto no contienen una regulación directa del derecho a la libertad personal delimitándolo y definiéndolo, y se reitera la conocida doctrina según la cual se admite la constitucionalidad de que el legislador incluya en una ley orgánica preceptos que contengan «materias conexas», excluyéndolas del efecto de la especial rigidez de este tipo de fuente, y también, conforme ya se ha anticipado, el carácter revisable por el propio Tribunal de la calificación efectuada por el legislador, pues, como ya se señaló, un pronunciamiento definitivo e irrevisable acerca de la naturaleza orgánica u ordinaria de la materia afectada por un precepto calificado de orgánico «solo puede hacerlo... [el]... Tribunal Constitucional quien, como intérprete supremo de la Constitución, es el único competente para determinar, en última instancia, el alcance material de la reserva establecida en el art. 81.1 a favor de una determinada forma legislativa» (FJ 5).

B) *Leyes ordinarias que regulan aspectos no nucleares de materias reservadas a ley orgánica y leyes ordinarias de desarrollo de leyes orgánicas*

El primer supuesto es similar al planteado respecto de «materias conexas» a las reser-

vadas a leyes orgánicas, es decir, que lo mismo que está admitida la posibilidad de que una ley orgánica contenga preceptos relativos a la materia a ella reservada que no reúnan la condición de orgánicos por no constituir una regulación directa de la misma que la delimite o defina —como después se verá ocurre con el desarrollo de derechos fundamentales y libertades públicas—, puede admitirse igualmente la existencia de leyes ordinarias que regulen aspectos calificables de tangenciales de materias reservadas expresamente a leyes orgánicas.

El tema se planteó inicialmente, como ya se ha señalado (9), en la STC 67/1985, de 24 de mayo, FF.JJ. 3.º, 3.ºc) y 5.º, a propósito de la Ley 13/1980, de 31 de marzo, General de la Cultura Física y el Deporte, en la que se analizó la posibilidad de regular asociaciones o clubes deportivos en una ley ordinaria, pudiendo afectar al derecho de asociación (art. 22 CE). El TC resolvió que cabía por ley ordinaria incidir sobre modos específicos de asociación porque lo que exigía el art. 22 citado era el desarrollo general del derecho de asociación, que, además, aún no se había producido en la indicada fecha.

Más recientemente, y conectado también con el desarrollo del derecho a la educación (art. 27 CE) en relación con la enseñanza religiosa en los centros docentes públicos, se examina el problema en el ATC 109/2009 (Pleno), de 23 de junio, que inadmite una cuestión de inconstitucionalidad planteada porque la reserva de la ley orgánica podía «darse por cumplida... con el art. 2.3 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, que obliga a los poderes públicos a adoptar “las medidas necesarias para facilitar... la formación religiosa en centros docentes públicos”, correspondiendo a la ley ordinaria e, incluso, a la disciplina reglamentaria el “detalle del concreto régimen adoptado para cumplir con esa obligación de desarrollo del derecho”, en particular la regulación del régimen de contratación del profesorado no perteneciente a cuerpos de funcionarios docentes encargados

de la enseñanza de la religión católica en centros públicos, que queda fuera del ámbito de la reserva del art. 81.1 CE» (FJ 2).

También el caso resuelto por la STC 151/2014 (Pleno), de 25 de septiembre, aborda el tema de los límites de las leyes ordinarias que *per se*, esto es, sin ningún llamamiento de las orgánicas, regulan aspectos relacionados con la materia a estas reservada. Concretamente se trata en ella de la constitucionalidad de la Ley de la Comunidad Foral de Navarra 16/2010, de 8 de noviembre, que creó un registro de profesionales en relación con la interrupción voluntaria del embarazo a fin de que la referida Comunidad pudiera conocer, para una adecuada gestión de la prestación sanitaria mencionada, los profesionales que no podían prestarla por haber ejercitado su derecho a la objeción de conciencia al amparo del art. 16 CE. La sentencia entiende que la ley de referencia no está sometida a reserva de ley orgánica por cuanto su existencia no implica un límite al ejercicio del referido derecho fundamental, sino simplemente la regulación de un requisito necesario para la prestación de un servicio a cargo de la referida Comunidad.

El segundo supuesto —leyes ordinarias de desarrollo de las orgánicas— se da sobre todo en los casos en que la ley orgánica defiere expresamente a una ley ordinaria la regulación de aspectos o partes comprendidas en su ámbito material, como sucede con muchas leyes orgánicas de desarrollo de derechos fundamentales, según después se verá, y principalmente con las reguladoras de órganos constitucionales o de relevancia constitucional o de instituciones básicas del Estado.

Los límites de la remisión han sido reiteradamente señalados por el Tribunal Constitucional, inclusive generalmente a partir del examen de recursos de inconstitucionalidad presentados con ocasión de leyes ordinarias —estatales o autonómicas— que regulaban aspectos materiales integrados en la reserva del art. 81.1 de la Constitución. Así ocurre, *v. gr.*, con la STC 137/1986, de 6 de noviem-

bre, dictada a propósito de un recurso de inconstitucionalidad formulado contra la Ley 15/1986, de 27 de julio, del Parlamento Vasco, en que el TC (FJ 3), después de afirmar que «la reserva enunciada en el art. 81.1 de la Constitución para el desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas no es incompatible con la colaboración internormativa entre la fuente a favor de la cual la reserva se establece y otras fuentes de producción reconocidas en la Constitución, para alcanzar, de este modo, una disciplina integral y articulada del ámbito de que se trate», añade expresamente que «no existe, en principio, imposibilidad constitucional para que la ley orgánica llame a la ordinaria a integrar en algunos extremos sus disposiciones de desarrollo», pero teniendo en cuenta siempre que «habría de reputarse ilegítimo todo reenvío en blanco o con condiciones tan laxas que viniesen a defraudar la reserva constitucional en favor de la ley orgánica». Esta llamada a las leyes de desarrollo, en realidad y como reconoce la misma sentencia, puede ser «una técnica sustitutiva de la igualmente constitucional consistente en la inclusión en la propia ley orgánica de normaciones ajenas ya al ámbito reservado (“materias conexas”)».

El supuesto se da, conforme se anticipó e incluso con mayor frecuencia y amplitud, cuando se trata de leyes orgánicas referidas a órganos constitucionales o de relevancia constitucional. Así ocurre, *v. gr.*, con la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas —Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo—, cuya disposición final tercera establecía que «en el plazo de seis meses el Gobierno elevará a las Cortes Generales, a los efectos procedentes, un proyecto de ley para la ordenación del funcionamiento del Tribunal de Cuentas, con regulación de los distintos procedimientos y el estatuto de su personal», mandato que, si bien con notorio retraso, dio lugar a la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, ley esta que incluso no solo cumplió con la misión de desarrollo encomendada, sino que hubo de precisar los términos en que podía producirse la respon-

sabilidad contable —art. 49.1—, dada la extensión con que la definía el art. 38.1 de la Ley Orgánica y que, como se razona en el Preámbulo de la de Funcionamiento, afectaba directamente, invadiéndolo, al orden de distribución de competencias en la jurisdicción ordinaria. Así también sucede con la Ley Orgánica del Poder Judicial —Ley 6/1985, de 1 de julio— y las previstas en su disposición adicional primera, de planta y demarcación judicial, de reforma de la legislación tutelar de menores, del proceso contencioso-administrativo, de conflictos jurisdiccionales y del jurado, debiéndose tener presente que son múltiples las reformas, por ley orgánica, de la propia Ley Orgánica del Poder Judicial, que han determinado leyes ordinarias e incluso reglamentos de desarrollo que no pueden recogerse en un comentario como el presente. También, en cuanto afecta a instituciones básicas del Estado, puede citarse la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de competencia y organización de la jurisdicción militar, que llama expresamente a la Ley 9/1988, de 21 de abril, de Organización Territorial de la Jurisdicción Militar, y por supuesto la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (art. 165 CE).

El problema que pueden plantear estas leyes de desarrollo, previstas por las orgánicas que a ellas se refieren, es el de las contradicciones que respecto de estas pueden presentarse, esto es, el relativo a que, producto de ese desarrollo, pueda sobrepasarse el ámbito material previsto en la ley orgánica correspondiente, incluido el de las materias conexas, o entrarse en contradicción con esta última. Naturalmente este problema no puede resolverse por la justicia ordinaria conforme antes se advirtió y habrá de serlo por el Tribunal Constitucional mediante la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad. El Tribunal Constitucional no podrá examinar el caso como si se tratara de una discrepancia entre leyes de distinto rango, como ocurre para la justicia ordinaria con la relación ley-reglamento, y habrá de referirlo a la medida en que una u otra, o las dos, se hayan

adaptado al ámbito material previsto para las leyes orgánicas en el art. 81.1 de la Constitución y al aplicable a las leyes ordinarias respecto de «materias conexas» o no nucleares del mismo.

C) *Disposiciones reglamentarias en el desarrollo de leyes orgánicas*

Ya de cuanto se lleva dicho resulta la posibilidad de que, respecto de «materias conexas» o no constitutivas del núcleo de la asignada a las leyes orgánicas por el art. 81.1 de la Constitución, sea factible no solo la regulación o desarrollo por leyes ordinarias, sino incluso la habilitación de la vía reglamentaria para hacerlo siempre que no se trate del desarrollo directo de un derecho fundamental.

Así se hizo desde las primeras sentencias —*v. gr.* STC 6/1982, de 22 de febrero (FJ 6)— reconociendo que un real decreto, el RD 480/1981, de 6 de marzo, y una ley orgánica regularía un organismo relativo a la Alta Inspección del Estado en materia de enseñanza universitaria, porque en él no se desarrollaba el derecho fundamental reconocido en el art. 27 CE. Así también, como se ha visto al tratar de la delimitación del ámbito material de las leyes orgánicas y de su posición en el sistema de fuentes, se pronunció el ATC 190/2009 (Pleno), de 23 de junio, en relación con el régimen de contratación a cierto profesorado dentro del ámbito del derecho a la educación.

Igualmente, en materia de colaboración entre ley orgánica y reglamento, las SSTC 131/2013 (Pleno), de 5 de junio, y 134/2013 (Pleno), de 6 de junio, respecto de recursos de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, declaran que para que la remisión a la regulación reglamentaria de la materia reservada a ley orgánica sea constitucionalmente legítima, «es preciso que la delegación se formule en condiciones que no contraríen materialmente la finalidad de la re-

serva» y que la regulación reglamentaria sea «un complemento de la regulación legal indispensable por motivos técnicos de conexión de materias, de sus temas o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia ley». Por su parte, la STC 159/2013 (Pleno), de 26 de septiembre, habilita la potestad reglamentaria del Gobierno para fijar la normativa básica en materia de admisión de los estudiantes en las universidades, sin que ello suponga desconocimiento de la reserva del art. 81.1 CE, ya que se trata de una remisión que no es «incondicionada y genérica, toda vez que en el precepto se recogen los criterios y principios básicos que han de informar la regulación del procedimiento de admisión y que resultan ser los de igualdad, mérito, capacidad y movilidad» [FJ 7.b)]. El TC reitera en la STC 176/2015 (Pleno), de 22 de julio, su consolidada doctrina sobre la colaboración del reglamento para completar la regulación de materias reservadas a la ley, bien orgánica, bien ordinaria, siempre que las remisiones al mismo no desvirtúen la finalidad que se persigue con aquellas reservas.

Debe tenerse presente que, según el art. 106 de la Constitución, «los tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de esta a los fines que la justifican» y los Juzgados y Tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocen de las pretensiones que se deduzcan en relación, entre otros supuestos, «con las disposiciones generales de rango inferior a la ley» (arts. 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 1.1, 12.1 y 25 y ss. de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), por lo que habrá que entender que los Tribunales ordinarios, concretamente los del orden contencioso-administrativo, conocerán igualmente de la legalidad de los reglamentos aprobados en relación con leyes orgánicas u ordinarias que los hubieren previsto en desarrollo de materias reservadas, conexas o no nucleares, propias de las referidas leyes. No obstante, y de acuerdo con la jurisprudencia constitucional acaba-

da de exponer, habrá que entender también que si la pretensión impugnatoria del reglamento se basa no en su disconformidad con la ley que lo hubiere previsto, sino en que afecta a materias exclusivamente reservadas a las leyes orgánicas según el art. 81.1 de la Constitución y no susceptibles, por tanto, de regulación por otro tipo de norma, la competencia para decidirlo así, de acuerdo con los criterios antes expuestos, quedará residenciada en el Tribunal Constitucional vía cuestión de inconstitucionalidad.

III. PARTICULARIDADES DE LAS LEYES ORGÁNICAS DE DESARROLLO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS, DEL RÉGIMEN ELECTORAL GENERAL, DE APROBACIÓN DE LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA Y DE LAS DEMÁS PREVISTAS EN LA CONSTITUCIÓN

1. Desarrollo de derechos fundamentales y libertades públicas

Las leyes orgánicas relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas, como ya resulta de cuanto se ha expuesto a propósito de la delimitación de su ámbito material, constituyen el bloque normativo que más problemas ha suscitado tanto doctrinal como jurisprudencialmente¹⁰.

Como principio general, también antes destacado, es necesario partir de que el alcance de la reserva de ley orgánica ha de ser considerado restrictivamente, tanto en lo referente a lo que haya de entenderse por «desarrollo» como en lo que atañe a la «materia» objeto de la reserva (SSTC 5/1981, de 13 de febrero; 76/1983, de 5 de agosto; 160 y 161/1987, de 2 de octubre; 127/1994, de 5 de mayo; 124/2003, de 19 de junio, y 184 y 212/2012, de 17 de octu-

bre y 24 de noviembre, respectivamente, entre otras muchas).

Fruto de esa interpretación restrictiva es la primera limitación de desarrollo de los «derechos fundamentales y libertades públicas» a que el precepto constitucional se refiere, en el sentido de que solo tendrán dicha consideración los comprendidos en la Sección 1.^a del Capítulo II del Título I, que lleva por rúbrica, precisamente, «De los derechos fundamentales y de las libertades públicas», siempre que se trate de verdaderos derechos y libertades y no de exigencias o mandatos dirigidos al legislador. Así, la STC 76/1983, de 5 de agosto, FJ 2.a), declara que los derechos a cuyo desarrollo se refiere el art. 81.1 CE no pueden equipararse a los susceptibles de amparo (art. 53.2 CE), que, además de los de la Sección 1.^a mencionada, incluye el principio de igualdad (art. 14 CE), no susceptible de ser considerado derecho autónomo y siempre establecido respecto de relaciones jurídicas concretas, mientras que la reserva reconocida en el art. 81.1 coincide plenamente con la rúbrica de la mencionada Sección 1.^a del Capítulo II del Título I CE. Así también la STC 94/1983, de 14 de noviembre, sienta que el art. 16.3 de la Constitución regula un deber de cooperación de los poderes públicos con las confesiones religiosas, a propósito de la libertad ideológica, religiosa y de culto, pero no un derecho fundamental. Igualmente puede citarse el ejemplo de la STC 26/1987, de 27 de febrero [FJ 4.a)], que, en relación con el derecho a la educación (art. 27 CE), en su ap. 8 establece que «los poderes públicos inspeccionarán y homologarán el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las leyes», no consagrando, por tanto, ningún derecho fundamental, sino tan solo un mandato dirigido a los citados poderes.

La segunda concreción del significado del término «desarrollo» es que no puede identificarse con el de «interpretación», por cuanto, como declaró la STC 76/1983, de 5 de agosto,

¹⁰ PEMÁN GAVÍN, *op. cit.*, pág. 153. BARCELÓ I SERRAMALLERA, M., «Comentario al artículo 81 CE», *cit.*, pág. 1475.

LOAPA [FJ 5.c)], aunque todo proceso de desarrollo normativo de la Constitución y de cualquier norma ha de llevar a cabo una interpretación de los preceptos de que se trate con utilización de los criterios propios de esa actividad, lo que no es admisible es que el legislador orgánico u ordinario pueda dictar normas meramente interpretativas de los preceptos constitucionales, «pues, al reducir las distintas posibilidades o alternativas del texto constitucional a una sola, completa, de hecho, la obra del poder constituyente y se sitúa funcionalmente en el mismo plano, cruzando al hacerlo la línea divisoria entre el poder constituyente y los poderes constituidos».

El tercer aspecto en que pueden desarrollarse los derechos fundamentales afecta, como se ha dicho¹¹, a todos sus elementos estructurales, como son la titularidad, objeto, contenido y límites, y, como señaló STC 173/1998, de 23 de abril, FJ 7, reproduciendo el criterio de muchas sentencias anteriores, «requiere ley orgánica únicamente la regulación de un derecho fundamental que desarrolle la Constitución de manera directa y los elementos esenciales para la definición del derecho fundamental, la previsión de su ámbito y la fijación de sus límites en relación con otras libertades constitucionalmente protegidas».

Pero, dicho esto, el problema se centra en que no todos los aspectos de un derecho fundamental han de ser desarrollados por ley orgánica. Hay, sí, un contenido esencial del derecho que, necesariamente, deberá ser objeto de desarrollo en ley de esa naturaleza, pero también hay aspectos tangenciales a ese contenido esencial o «materias conexas», como se ha visto antes, que no solo no exigen, sino que no permiten un desarrollo legal con carácter orgánico. De ahí las leyes parcialmente orgánicas o los contenidos relacionados con derechos fundamentales regulados por leyes ordinarias llamadas por ley orgánica. Y es que, como ha destacado la jurisprudencia constitucional (STC 127/1994, de 5 de mayo),

hay derechos fundamentales «primarios», como ocurre con el derecho a la libre expresión y a comunicar y recibir información veraz [art. 29.1.a) y d) CE], y «derechos instrumentales» de los mismos, como son los de creación de soportes, instrumentos o medios de comunicación necesarios para ejercer esas libertades, de tal suerte que «la libertad de configuración normativa del legislador para disciplinar los soportes técnicos e instrumentales de comunicación... es mayor que la que posee a la hora de ordenar directamente los derechos fundamentales del art. 20.1 de la Constitución, que son en gran parte derechos de libertad pese a la clara conexión presente entre uno y otro aspecto» [FJ 4.b)].

También la doctrina científica ha recogido esta misma precisión, extendiéndola en general a los derechos fundamentales susceptibles de desarrollo (derecho a la educación, libertad de enseñanza, derecho de asociación) sobre la base de concretos reconocimientos jurisprudenciales (*v. gr.* SSTC 5/1981, de 13 de febrero, y 137/1986, de 6 de noviembre, ya examinadas en la parte que aquí importa), del mismo modo que ha señalado la existencia de auténticos derechos fundamentales no susceptibles de verdadero «desarrollo» en los términos exigidos por el art. 81.1 CE, como son los recogidos en el art. 21.5 (derecho a no ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento), en el art. 24.2 CE (derecho al juez ordinario determinado por la ley) o en el art. 24.1 (derecho a la tutela judicial efectiva), porque en estos casos la ley o la legislación vigente viene a constituir el objeto mismo de la garantía a que se refiere el derecho fundamental, o porque no pueden considerarse las leyes procesales como desarrollo del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. En este último punto, sin embargo, la STC 121/2011 (Pleno), de 7 de julio, a propósito de una cuestión de inconstitucionalidad planteada respecto de un posible desconocimiento de la

11 BARCELÓ Y SERRAMALLERA, M., *op. cit.*, pág. 1476.

reserva de ley orgánica prevista para el Poder Judicial en el art. 122 CE, causado por la nueva redacción del art. 3.1.b) del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, que había excluido a la jurisdicción social del conocimiento de las impugnaciones sobre encuadramiento de los distintos regímenes de la Seguridad Social y los había atribuido a la jurisdicción contencioso-administrativa, declaró que dicha reserva debe comprender como mínimo «la institución de los diferentes órdenes jurisdiccionales y la definición genérica de su ámbito de conocimiento litigioso» y que siempre que se respete el diseño o la definición *in abstracto* que de cada uno de los órdenes jurisdiccionales haya hecho el legislador orgánico, cabe que el legislador ordinario «concrete las materias objeto de conocimiento de tales o cuales asuntos, integrando los enunciados genéricos de la LOPJ» (FJ 3), constituyendo, en definitiva, una manifestación más de colaboración entre ley orgánica y ley ordinaria (FFJJ. 6 y 7). Por ello, cabe concluir que los aspectos generales y nucleares de la distribución de competencias entre los distintos órdenes jurisdiccionales tienen carácter orgánico y carece de él la concreción de estas competencias en función de la particular naturaleza de los actos en que esa concreción se traduce y del sujeto de que proceden (en el caso de distribución de competencias entre órdenes jurisdiccionales, de los actos procedentes de sujetos públicos, como Administraciones públicas) o de la «especificidad» de la materia a que se refieren.

Mención especial requiere el desarrollo del derecho a la libertad a que se refiere el art. 17 de la Constitución. En general, el Tribunal Constitucional ha asociado a la reserva de ley orgánica la determinación de los supuestos y la forma en que la privación de libertad puede producirse [*v. gr.*, STC 140/1986, de 11 de noviembre (FJ 5), y la antes citada y examinada STC 131/2010, de 16 de diciembre, a propósito de la decisión judicial de internamiento a que se refiere el art. 211.1 del Código Civil, al que una ley había privado de carácter orgánico y

que el Tribunal Constitucional «recalifica» como tal por afectar directamente al art. 17.1 CE, pero sin que tengan la misma condición las reglas de procedimiento aplicables a la referida decisión judicial de internamiento].

Como puede apreciarse y se ha destacado doctrinalmente¹², la multiplicidad de contenidos que cabe atribuir a la reserva de ley orgánica prevista para el desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas, derivada de la gran variedad que suponen estos en su reconocimiento expreso en la Sección 1.ª del Capítulo II del Título I de la Constitución, ha impedido la elaboración de fórmulas que fijen con precisión los criterios y los límites a que debe sujetarse el mencionado desarrollo y ha determinado, consecuentemente, la necesidad de pronunciamientos ajustados a las particulares características de cada caso enjuiciado.

2. Leyes de aprobación de Estatutos de Autonomía

En principio, la reserva material de estas leyes se concreta en el acto de aprobación, no en el contenido mínimo de un Estatuto que se señala en el art. 147.2 CE. A su vez, la posición de los Estatutos en el sistema de fuentes es la propia de las leyes orgánicas, que es la forma con la que los Estatutos de Autonomía se integran en el ordenamiento y a la que está reservada su aprobación y reforma. En tanto que normas legales, los Estatutos, en su relación con la Constitución, están regidos por el principio de jerarquía y en tanto que normas que tienen reservada la regulación de ciertas materias, es el principio de competencia el que ordena sus relaciones con las leyes ordinarias y con el resto de las orgánicas [STC 31/2010 (Pleno), de 28 de junio, FJ 3, recogiendo jurisprudencia anterior del Tribunal].

Los Estatutos de Autonomía cumplen dos básicas funciones: por una parte, diversifican el

¹² PEMÁN GAVÍN, J., *op. cit.*, pág. 159. BARCELÓ I SERRAMALLERA, M., *op. cit.*, pág. 1477.

ordenamiento mediante la creación de sistemas normativos autónomos subordinados a la Constitución, relacionados entre sí con arreglo al principio de competencia y en relación con los cuales el Estatuto de Autonomía es la norma institucional básica (art. 147.1 CE) y, además, junto con el resto de normas que integran el bloque de constitucionalidad (art. 28.1 LOTC), es «norma de garantía de la indemnidad del sistema autonómico», ya que, por remisión de la Constitución, «es condición de constitucionalidad de todas las normas del ordenamiento en su conjunto, también de las que comporten su forma y rango» (STC 31/2010, FJ 3). Por otro lado, el Estatuto es norma de atribución competencial, en cuanto determina las competencias que asume la Comunidad Autónoma y, por el juego de las cláusulas del art. 149.3 CE, determina también, mediatamente, las del Estado, en el sentido no de que el Estatuto sea una norma atributiva de las competencias del Estado, que son competencias de origen constitucional directo e inmediato, sino en el de que no pocas de las competencias estatales vendrán «mediatamente determinadas por los Estatutos, si bien únicamente en el sí y en el *quantum*; en lo primero, porque algunas competencias solo serán del Estado en la medida en que no las hayan asumido las Comunidades Autónomas; en lo segundo, porque en aquellos supuestos en los que el Estado deba tener siempre una competencia dotada de un contenido y alcance mínimos, la eventualidad de un contenido y alcance superiores dependerá de los términos en que las Comunidades Autónomas hayan asumido el margen que constitucionalmente les es accesible» (STC 31/2010, FJ 4).

Estas precisiones acerca de la consideración de los Estatutos de Autonomía como normas nucleares del Estado que diseña el Título VIII de la Constitución es oportuno hacerlas aquí con referencia a la mencionada sentencia constitucional, porque, con independencia de

las críticas de que ha sido objeto, en el tema ahora tratado, destaca y potencia la función de los Estatutos, consagrándolos como una suerte de subconstitución en cada autonomía, toda vez que conforma el poder político de los territorios, las instituciones e incluso los derechos de las personas a las que va a regir.

3. Leyes orgánicas relativas al régimen electoral general

La previsión de ley orgánica para el régimen electoral general ha suscitado diversas interpretaciones doctrinales que pueden agruparse en dos bloques: el primero, que entiende que el régimen de referencia comprende el conjunto de directrices o principios que pueden informar las diferentes modalidades electorales; y el segundo, que lo identifica con las elecciones que revisten carácter general por celebrarse simultáneamente en todo el Estado con arreglo a normas comunes que, sin embargo, permiten algunas especialidades¹³.

Con arreglo al primer criterio, el régimen electoral comprendería tanto las elecciones generales o, lo que es lo mismo, las elecciones a las Cortes Generales, como las elecciones autonómicas, locales y europeas y, por tanto, la ley orgánica integraría los aspectos primarios y nucleares de esa regulación, que serían los relativos al derecho de sufragio activo y pasivo, a la organización y al procedimiento electoral. De acuerdo con el segundo, el régimen de referencia abarcaría las elecciones generales y las locales y de él quedarían excluidas las autonómicas, que estarían deferidas a cada regulación estatutaria.

La jurisprudencia constitucional ha seguido el primer criterio. Así, la STC 38/1983, de 16 de mayo, declaró que la referencia al régimen electoral general que contiene el art. 81.1 CE debe interpretarse «como lo que es primario y nuclear en el régimen electoral» y que «el ad-

¹³ GÁLVEZ MONTES, J., *op. cit.*, pág. 34. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *op. cit.*, pág. 62. BARCELÓ I SERRAMALLERA, *op. cit.*, pág. 1477.

jetivo “general” no está referido tanto a las elecciones cuanto al régimen electoral», régimen que «está compuesto por las normas electorales válidas para la generalidad de las instituciones representativas del Estado en su conjunto y en el de las entidades territoriales en que se organiza, según el art. 137 de la CE, salvo las excepciones establecidas en la Constitución y en los Estatutos» (FJ 3). Así también, la STC 72/1984, de 14 de junio, FJ 4, concretó que «para que una ley merezca el calificativo de electoral es necesario que contenga por lo menos el núcleo central de la normativa atinente al proceso electoral, materia en la que se comprende lo relativo a quiénes pueden elegir, a quiénes se puede elegir y bajo qué condiciones, para qué espacio de tiempo y bajo qué criterios organizativos desde el punto de vista procedimental y territorial».

Esta interpretación se ha mantenido con posterioridad, pudiendo citarse la STC 153/2014, de 25 de septiembre, que, en su FJ 3.b) y a propósito de la impugnación de la modificación introducida en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, por la Ley Orgánica 2/2011, de 28 de enero, que exigió, para ejercer el sufragio en elecciones locales, que los electores debían estar inscritos en el censo de españoles residentes en España, declaró que «la participación en los asuntos públicos a que se refiere el art. 23 CE es en primera línea la que se realiza al elegir los miembros de las Cortes Generales... y puede entenderse asimismo que abarca también la participación en el gobierno de las entidades en que el Estado se organiza territorialmente, de acuerdo con el art. 137 CE (STC 51/1984, de 25 de abril, FJ 2). Pero indefectiblemente, dada la naturaleza de derecho de configuración legal que tiene el art. 23, la participación ha de sustanciarse en los términos en que el precepto haya sido desarrollado por el legislador electoral (arts. 53.1 y 81.1 CE), siempre que dicho desarrollo no menoscabe el contenido esencial del derecho fundamental ni infrinja los preceptos constitucionales».

El mismo criterio ha seguido la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, cuya disposición adicional primera y su Título VI regulan los elementos comunes y las especialidades aplicables a las elecciones a las Cortes Generales, a las autonómicas, a las locales y a las europeas, respetando las especialidades derivadas del régimen electoral previsto estatutariamente.

4. Leyes específicamente previstas como orgánicas en la Constitución

En este apartado se comprenden tanto las leyes orgánicas llamadas a regular las principales instituciones del Estado (Defensor del Pueblo, art. 54; Consejo de Estado, art. 107; Poder Judicial, art. 122; Tribunal de Cuentas, art. 136.4; Tribunal Constitucional, art. 165), como las relativas a restricciones concretas en derechos fundamentales para determinadas personas (art. 55.2); o a estados de alarma, excepción y sitio (art. 116); o a materias relacionadas con la organización territorial del Estado y Comunidades Autónomas (alteración de límites provinciales, art. 141.1; constitución de Comunidades Autónomas, art. 144; coordinación y demás facultades en relación con las policías locales, art. 148.1.22.^a; policías de las Comunidades Autónomas, art. 149.1.29.^a; transferencias o delegación de facultades de titularidad estatal a las Comunidades Autónomas, art. 150.2; referéndum de ratificación de iniciativa autonómica, art. 151.1; financiación de las Comunidades Autónomas, art. 157.3); o a la organización militar —bases—, art. 8.2; o a funciones y principios básicos de actuación y estatutos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, art. 104.2; o a la iniciativa legislativa popular, art. 87.3; o las distintas modalidades de referéndum, art. 92.3; o las que se refieran a cuestiones relativas al orden sucesorio de la Corona, art. 57.5; o, por último, las que autoricen tratados por los que se atribuya a organizaciones o instituciones internacionales el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución, art. 93.

Como puede fácilmente comprenderse, esta delimitación material de las leyes orgánicas es de un marcado pluralismo, que viene a dar la razón al sector doctrinal que atribuye a esta categoría normativa la ausencia de un hilo conductor o un fundamento o razón de ser que la haga necesaria.

En cualquier caso, en este extenso grupo de leyes orgánicas previstas en la Constitución su ámbito material será el definido en la propia ley, estará sometido a los criterios de interpretación restrictiva antes examinados y podrá presentar todos los contenidos a que igualmente se hizo antes referencia.

IV. RESERVA DE LEY ORGÁNICA Y COMPETENCIAS LEGISLATIVAS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Como se ha observado en la doctrina¹⁴, se trata de un problema que se da en los casos en que, en presencia de un mismo ámbito material, ha de considerarse conjuntamente el alcance de la reserva de ley orgánica con las competencias legislativas de las Comunidades Autónomas. Es decir si, en los supuestos de concurrencia acabados de enunciar, ha de jugar conjunta o separadamente el marco constitucional derivado del art. 81.1 CE y el que determinan las leyes básicas del Estado y las normas de desarrollo o complemento dictadas sobre las mismas materias por las Comunidades Autónomas o, lo que es lo mismo, la posibilidad —o, en su caso, los límites— de que dichas Comunidades puedan legislar sobre derechos fundamentales en los que el Estado tiene competencia exclusiva para dictar las normas básicas del desarrollo de tales derechos a tenor de los distintos supuestos recogidos en el art. 149.1 CE.

El problema, como el propio Tribunal Constitucional tiene reconocido (STC 173/1998, de 23 de julio, FJ 7) no ha recibido una respuesta

unitaria. Así, la ya antes examinada STC 5/1981, de 13 de febrero, entendió que el desarrollo del derecho a la educación (art. 27 CE), que es materia propia de ley orgánica de acuerdo con el art. 81.1 CE, y las normas básicas para el desarrollo de dicho derecho (art. 149.1.30.^a CE) o las «condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos» (art. 149.1.1.^a CE) eran ámbitos que se relacionaban, o al menos, se complementaban y no conceptos distintos (FF.JJ. 23 y 24).

Las consecuencias de este inicial planteamiento¹⁵ eran: por un lado, que la competencia estatal para dictar normas básicas en el desarrollo de derechos fundamentales podía ser relevante a la hora de definir el ámbito material de las leyes orgánicas; y, por otro, que, al reservar el art. 81.1 CE a la ley orgánica el aludido desarrollo, excluía la posibilidad de que las Comunidades Autónomas pudieran ejercer poderes normativos sobre las materias en cuestión.

Esta posición fue rectificada por el Tribunal Constitucional al reconocer la existencia de normas básicas que no formen parte de una ley orgánica, e incluso la posibilidad de que el Estado apruebe preceptos reglamentarios como complemento de la ley orgánica que sean normas básicas en el sentido definido por el art. 149.1 CE. Anteriormente se vio esa posibilidad en el apartado relativo a las disposiciones reglamentarias en el desarrollo de leyes orgánicas. En este sentido, recuérdese que la STC 159/2013, de 26 de septiembre, habilitó la potestad reglamentaria del Gobierno para fijar la normativa básica en materia de educación sin que ello supusiera desconocimiento de la reserva del art. 81.1 CE.

La doctrina¹⁶, generalmente, sitúa la STC 137/1986, de 6 de noviembre, FJ 3, a propósito

14 FERNÁNDEZ FARRERES, G., *op. cit.*, pág. 420.

15 PEMÁN GAVÍN, J., *op. cit.*, pág. 163.

16 PEMÁN GAVÍN, J., *op. cit.*, págs. 164 y ss. FERNÁNDEZ FARRERES, G., *op. cit.*, pág. 421. BARCELÓ I SERRAMALLERA, M., pág. 1476.

de la constitucionalidad de la Ley del Parlamento Vasco 15/1983, de 27 de julio, por la que se creó el Instituto Vasco de Ikastolas, en el inicio de la separación entre el significado de las normas básicas para el desarrollo de los derechos fundamentales — principalmente a las que se refieren las reglas 1.^a y 30.^a del art. 149.1 CE— y el alcance de la reserva material de la ley orgánica del art. 81.1 CE. Y lo hace en los siguientes términos del mencionado FJ 3: «El concepto del que la Constitución se vale en el... art. 149.1.30... no posee el mismo alcance que el que genéricamente enuncia el art. 81.1... [pues]... el enunciado de aquel precepto impone al intérprete considerar que, respecto de las Comunidades Autónomas que ostentan competencias en su virtud, las instituciones generales del Estado no retienen, como competencia exclusiva, la normación de todo aquello que, en lo relativo al art. 27 de la Constitución, pueda considerarse “desarrollo” (art. 81.1) de los derechos fundamentales allí reconocidos» y añade seguidamente que «para alcanzar el deslinde competencial es necesario una indagación material que permita identificar cuáles, de entre las disposiciones contenidas en la ley orgánica, encierran normas básicas para el desarrollo del art. 27, porque solo son ellas, respecto de estas Comunidades Autónomas, las que marcan el límite infranqueable para las disposiciones autonómicas. No toda divergencia, pues, entre la ley orgánica y la territorial será causa de vicio de inconstitucionalidad de esta última y sí su eventual apartamiento del contenido de aquellas normas básicas, cuya determinación corresponde, en última instancia, a este Tribunal Constitucional».

Y es que si una ley estatal ordinaria o una ley territorial de Comunidad Autónoma no pueden invadir el ámbito material de una ley orgánica interpretado restrictivamente —en el sentido de que ha de estar referido a un desarrollo directo de los elementos esenciales del derecho fundamental de que se trate—, porque de hacerlo incurrirían en un vicio de inconstitucionalidad al ser únicamente el Estado el competente para dictar leyes orgáni-

cas, solo podrán entrar en juego las «condiciones básicas» respecto de los ámbitos que trasciendan del referido desarrollo directo. En este sentido es en el que ha de ser interpretada la posterior STC 173/1998, de 23 de abril, cuando en su FJ 7 declara que «... en virtud del art. 81.1 CE, solo el Estado puede dictar... [leyes orgánicas]... en desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas y que las Comunidades Autónomas al ejercer sus competencias deben respetar el contenido de las mismas so pena de incurrir en un vicio de inconstitucionalidad del art. 81.1», sin perjuicio de que en el mismo FJ 7 se señale que «... del conjunto de la jurisprudencia pueden extraerse dos criterios fundamentales: de un lado, que el ámbito de la reserva de ley orgánica no es coextenso al de las competencias atribuidas al Estado... y, de otro lado, que, en aplicación de un elemental criterio de interpretación sistemática, al fijar el alcance de la reserva de ley orgánica debe cohererse con el contenido de los preceptos del llamado bloque de la constitucionalidad que distribuya las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas ya que, como bien dice la STC 137/1986, ni la unidad de la Constitución toleraría que una de sus disposiciones... [art. 149]... se desvirtuase íntegramente por lo establecido en otra (art. 81), ni de otra parte, un precepto ordenador del sistema de fuentes... pueda sobreponerse a la norma... que busca articular ambos materiales». Este aditamento no desvirtúa el criterio de un enjuiciamiento separado del tema del ámbito material de las leyes orgánicas de derechos fundamentales y del relativo a la articulación entre la normativa básica estatal y la que corresponda a las Comunidades Autónomas en virtud de la asunción por ellas de competencias en la materia no nuclear del desarrollo del derechos fundamentales.

En definitiva, y no obstante la dificultad que encierra en cada caso concreto, como se ha visto, la determinación del estricto ámbito material reservado al art. 81.1 CE, si la conclusión es la de que se trata de una materia

nuclear del derecho fundamental que afecta directamente a su nacimiento, desarrollo, condiciones de ejercicio y límites, la regulación está reservada a la ley orgánica por imperativo del art. 81.1 CE. Por el contrario, si se trata de materia relacionada con ese contenido esencial pero desarrollada con posterioridad para cubrir las necesidades que puede imponer el tráfico jurídico, puede formar parte de las condiciones básicas y de la legislación que pueda corresponder a las leyes ordinarias estatales o a las autonómicas.

V. EPÍLOGO

La conclusión a la que acaba de hacerse referencia marca, a las claras, la diferencia que existe entre formulaciones generales acerca de la categoría normativa que las leyes orgánicas significan y las correspondientes a aplicaciones concretas de esas formulaciones generales que se producen, o pueden producir, en legislaciones estatales o autonómicas de ámbitos directamente relacionados con la materia nuclear pero no directamente pertenecientes a la misma.

Ahí estriba, precisamente, la dificultad: determinar lo que constituye un desarrollo directo

primario o fundamental de una materia y desarrollo tangencial de la misma pero sin aquella condición.

No se trata de conceptos jurídicos indeterminados que puedan interpretarse en un sentido y en su opuesto, pero las circunstancias de los casos concretos en que el desarrollo pueda realizarse presentan la posibilidad de diversas facetas. Por eso, que en las leyes orgánicas previstas en el tan repetido art. 81.1 CE se discriminen los preceptos que tengan carácter orgánico de los que no reúnan dicha condición no cabe duda de que facilitará sobremanera la separación del ámbito correspondiente a las leyes orgánicas, las ordinarias de desarrollo o las leyes autonómicas que estén habilitadas para intervenir en el desenvolvimiento de las primeras, así como para integrar las bases a que se refiere el art. 149.1.1.^a y posteriores de la Constitución, pero en último término siempre quedará la posibilidad de que esa diferenciación de naturaleza de las disposiciones entre orgánicas y ordinarias sea determinada por el Tribunal Constitucional a través de los posibles recursos y cuestiones de inconstitucionalidad.

BIBLIOGRAFÍA

DE OTTO PARDO, I., *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, Ariel, Barcelona, 1989.

FERNÁNDEZ FARRERES, G., «Comentario al artículo 28 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional», en REQUEJO PAJÉS, J. L. (Coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, apartado relativo a la «Ley Orgánica como canon de constitucionalidad».

GÁLVEZ MONTES, J., *Comentarios a la Constitución Española de 1978, Artículo 81. Leyes Orgánicas*, Tomo VII, págs. 23 y ss.

GARRIDO FALLA, F., *Comentarios a la Constitución Española. Comentario al artículo 81*.

GARRORENA MORALES, A., «Acerca de las Leyes Orgánicas y de su espuria naturaleza jurídica», *Revista de Estudios Políticos*, Nueva Época, núm. 13, 1980, págs. 169 y ss.

LINDE PANIAGUA, E., *Leyes Orgánicas*, Linde Editores, Madrid, 1990, págs. 35 y ss.

ORTEGA DÍAZ-AMBRONA, J. A., *Las Leyes Orgánicas y el sistema de fuentes del Derecho*, Discurso en la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación de 13 de octubre de 1980.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A., «Las leyes orgánicas: notas en torno a su naturaleza y procedimiento de elaboración», *Revista de Derecho Público de la UNED*, núm. 4, 1979.

Artículos 82, 83, 84 y 85

Artículo 82

1. *Las Cortes Generales podrán delegar en el Gobierno la potestad de dictar normas con rango de ley sobre materias determinadas no incluidas en el artículo anterior.*

2. *La delegación legislativa deberá otorgarse mediante una ley de bases cuando su objeto sea la formación de textos articulados o por una ley ordinaria cuando se trate de refundir varios textos legales en uno solo.*

3. *La delegación legislativa habrá de otorgarse al Gobierno de forma expresa para materia concreta y con fijación del plazo para su ejercicio. La delegación se agota por el uso que de ella haga el Gobierno mediante la publicación de la norma correspondiente. No podrá entenderse concedida de modo implícito o por tiempo indeterminado. Tampoco podrá permitir la subdelegación a autoridades distintas del propio Gobierno.*

4. *Las leyes de bases delimitarán con precisión el objeto y alcance de la delegación legislativa y los principios y criterios que han de seguirse en su ejercicio.*

5. *La autorización para refundir textos legales determinará el ámbito normativo a que se refiere el contenido de la delegación, especificando si se circunscribe a la mera formulación de un texto único o si se incluye la de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos.*

6. *Sin perjuicio de la competencia propia de los Tribunales, las leyes de delegación podrán establecer en cada caso fórmulas adicionales de control.*

Artículo 83

Las leyes de bases no podrán en ningún caso:

- a) *Autorizar la modificación de la propia ley de bases.*
- b) *Facultar para dictar normas con carácter retroactivo.*

Artículo 84

Cuando una proposición de ley o una enmienda fuere contraria a una delegación legislativa en vigor, el Gobierno está facultado para oponerse a su tramitación. En tal supuesto, podrá presentarse una proposición de ley para la derogación total o parcial de la ley de delegación.

Artículo 85

Las disposiciones del Gobierno que contengan legislación delegada recibirán el título de Decretos Legislativos.

LA DELEGACIÓN LEGISLATIVA. LOS DECRETOS LEGISLATIVOS

Sumario: I. La delegación legislativa en la Constitución de 1978 (82.1 CE). II. Las leyes de delegación (82.2, 82.4, 82.5 y 83 CE). 1. La ley de bases. 2. La ley ordinaria de refundición. III. Las normas comunes a toda legislación. 1. La delegación ha de hacerse siempre por ley (82.2 CE). 2. La delegación legislativa se otorga al Gobierno (82.1 y 82.3 CE). 3. La delegación ha de realizarse para materias concretas no incluidas en el art. 81 CE (82.1 CE). 4. La delegación ha de ser siempre expresa y nunca podrá entenderse concedida de modo implícito (82.3 CE). 5. La ley de delegación ha de fijar un plazo para su ejercicio (82.3 CE). 6. La revocación de la delegación legislativa (84 CE). 7. La emanación del Decreto Legislativo (82.5 CE). IV. El control jurisdiccional de la delegación legislativa (82.1 y 82.6 CE). V. Las fórmulas adicionales de control (82.6 CE). 1. El control previo a la publicación del Decreto Legislativo. A) Los controles previos extraparlamentarios. B) Los controles previos parlamentarios. 2. El control posterior a la publicación del Decreto Legislativo. A) El mero depósito por el Gobierno del Decreto Legislativo. B) La emisión de un Dictamen por las Cortes.

EDUARDO VÍRGALA FORURIA

CATEDRÁTICO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO

I. LA DELEGACIÓN LEGISLATIVA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978 (82.1 CE)

La delegación legislativa establecida en la Constitución (arts. 82-85) supone que las Cortes, mediante una ley, hacen parcial entrega de su poder legislativo al Gobierno para que, de acuerdo a ciertas condiciones, dicte normas (los Decretos Legislativos) con el mismo valor que las emanadas por las propias Cortes. Supone, por lo tanto, una auténtica delegación en sentido estricto: un acto dispositivo mediante el cual un sujeto, fundándose en su propia competencia para proveer acerca de un determinado objeto, atribuye a otro los poderes necesarios para que provea de modo tan legítimo y eficaz como él mismo acerca de una determinada materia, dentro de ciertos límites y con arreglo a los criterios establecidos en el acto de delegación. En palabras del Tribunal Constitucional, «la delegación legislativa ha de fijar los límites del poder normati-

vo delegado, y ha de contener así una preclusión de la actividad legislativa delegada. El término delegación empleado por la constitución implica el carácter derivado del poder que se atribuye al Gobierno, que tiene su fuente en el poder delegante, y que no puede separarse de este ni excederse de los límites que el mismo establece» (STC 205/1993, de 17 de junio; FJ 3.º).

La Constitución ha realizado una regulación minuciosa y detallada de la delegación legislativa, dando una estructuración definitiva a un mecanismo insuficientemente definido en la legislación franquista anterior. No solo se dice cuándo existe delegación legislativa, sino que se estipulan sus condiciones, límites y controles. El estudio de esta institución jurídica, sin embargo, no puede realizarse tomando como punto de atención exclusivo los arts. 82-85 de la Constitución y pensando que tal regulación ha supuesto simplemente un desarrollo o un perfecciona-

miento de lo dispuesto en la Ley Orgánica del Estado de 1967 o en la Ley General Tributaria de 1963. Su comprensión solo puede provenir de su encuadramiento en el nuevo sistema de fuentes del Derecho establecido por la norma fundamental, que ha supuesto una innovación muy importante no solo con respecto al régimen anterior, sino también en relación a la forma de entender la posición que ocupaban históricamente los productos normativos del Legislativo y del Ejecutivo.

La conceptualización de lo que debe entenderse en la actualidad por delegación legislativa en España viene determinado por dos aspectos contenidos en el art. 82.1 de la Constitución: la definición específica que se hace de la delegación legislativa («Las Cortes Generales podrán delegar en el Gobierno la potestad de dictar normas») y el rango que se atribuye al resultado de esa delegación («rango de ley»). **La delegación legislativa es una auténtica delegación en sentido técnico:** «un acto dispositivo mediante el cual un sujeto, fundándose en su propia competencia para proveer acerca de un determinado objeto, atribuye a otro los poderes necesarios para que provea de modo tan legítimo y eficaz como él mismo acerca de una determinada materia, dentro de ciertos límites y con arreglo a los criterios establecidos en el acto de delegación» (DE OTTO, 1987, 183). Con ello se rompe el principio general de que las potestades son indelegables, al ser deberes y no derechos de su titular, con una excepción que la propia Constitución declara lícita. Si existe una disposición constitucional que lo permita, nada impide teóricamente que un órgano disponga discretamente de su propio poder y esté capacitado, por ello, para transmitirlo (o transmitir su ejercicio), en el pleno respeto a la Constitución, a otro órgano previamente determinado en esta.

Sentada la definición de lo que debe entenderse por delegación legislativa, queda el segundo aspecto contenido en el art. 82.1: **el rango y la fuerza normativos del producto resultante.** En la Constitución la forma de ley

implica siempre la posesión de la fuerza de ley, pero no al revés. Es decir, existen diversas normas que poseen fuerza de ley pero que no adoptan esa forma y dentro de esas normas se encuentra el Decreto Legislativo al que la Constitución atribuye expresamente la característica de fuerza de ley (art. 161.1), es decir, la capacidad de derogar leyes o disposiciones infralegales anteriores y la resistencia a ser derogado por normas inferiores a la ley. En lo referente al rango, es decir, a la disposición en la jerarquía de fuentes, el Decreto Legislativo tiene un rango concreto atribuido por la Constitución: el mismo que la ley (arts. 82.1 y 163).

Por lo tanto, en la Constitución de 1978 el Decreto Legislativo se coloca, en una ideal pirámide normativa kelseniana, en una posición horizontal a la ley formal emanada por el Parlamento. En los Decretos Legislativos, además, ningún precepto constitucional da a entender que ese rango pueda ser degradado en alguna circunstancia. Por el contrario, parece que la intención constitucional es la de mantener el rango formal de ley permanentemente desde la publicación de la norma delegada, pues para eso se ha construido minuciosamente un tipo de delegación legislativa con límites, pero que, a su vez, es consciente del papel que debe jugar el Ejecutivo en el Estado contemporáneo. El Gobierno, órgano derivado de la mayoría parlamentaria, está en condiciones, bajo determinadas circunstancias y límites, de producir normas equiparadas formalmente a las realizadas por esa misma mayoría parlamentaria en las Cortes, o como dice nuestro más Alto Tribunal, el Gobierno puede dictar normas con rango de Ley, «pero esta posibilidad se configura, no obstante, como una excepción al procedimiento ordinario de elaboración de las leyes, y en consecuencia está sometida en cuanto a su ejercicio a la necesaria concurrencia de determinados requisitos que lo legitiman» (STC 29/1982, de 31 de mayo, FJ 1.º). La producción normativa gubernamental con rango de ley está regulada en el Cap. 2.º del Tit. III de la Constitución, que precisamente lleva

como encabezamiento «De la elaboración de las leyes» y, por tanto, es una potestad cualitativamente diferente a la genérica potestad reglamentaria establecida en el art. 97. Como a toda norma con rango de ley, también a los Decretos Legislativos perfectos formalmente, la Constitución les atribuye en principio una validez que solo puede destruirse mediante el procedimiento que deben seguir las normas con ese rango: el pronunciamiento del órgano encargado de dilucidar la validez de las leyes (el Tribunal Constitucional), aunque, como luego se verá al hablar del control jurisdiccional, eso no es así en la práctica.

II. LAS LEYES DE DELEGACIÓN (82.2, 82.4, 82.5 Y 83 CE)

La delegación legislativa ha tenido históricamente en España dos modalidades que han sido recogidas en la Constitución de 1978: la delegación mediante bases y la delegación de refundición.

1. La ley de bases

La ley de delegación mediante bases ha sido de escasa utilización, ya que su último producto normativo por esta vía fue el Real Decreto Legislativo 1259/1991, de 2 de agosto, por el que se aprueban las tarifas y la Instrucción del Impuesto sobre Actividades Económicas, correspondientes a la actividad ganadera independiente. Su objetivo es que el producto normativo final suponga una clara innovación en el ordenamiento jurídico y ha de delimitar, en primer lugar, con precisión la materia, es decir, el objeto al que se circunscribe la delegación legislativa. Las «bases» realizadas por el legislativo han de contener el programa que sobre una determinada materia ha de realizarse por el Gobierno, es decir, las Cortes elaboran la estructura material, determinan los límites del terreno de juego en el que ha de moverse el Consejo de Ministros, teniendo este luego la capacidad de decidir una opción concreta dentro de esos límites.

En cuanto a la concreción teórica de dichos límites, la Constitución en su art. 82.4 nos especifica, en cierto modo, **lo que debemos entender por el término «bases»** del ap. 2 del mismo artículo, al decir que la ley delimitará «con precisión [...] los principios y criterios que han de seguirse en su ejercicio [de la delegación legislativa]». Con respecto a la significación práctica de los «principios y criterios», en el Derecho español se entiende que han de contener las directrices básicas de la norma a elaborar, pero sin ser ni tan vagos e indeterminados que no supongan una verdadera directiva para el delegado ni tampoco tan difusos y minuciosos que no dejen ningún margen de discrecionalidad. Los principios han de contener los puntos básicos de cómo ha querido el Parlamento que se articule la materia, es una especie de clarificación de las posibles controversias que pudieran plantearse al legislador gubernamental, permitiéndole, como ha quedado dicho, diversos desarrollos normativos, pero siempre más de detalle que de contenido y respetando la línea marcada desde el órgano legislativo. Los criterios, por el contrario, han sido entendidos como los intereses públicos a satisfacer por la normativa delegada y que el Gobierno siempre ha de tener presente, no pudiendo determinarlos por sí mismos. En la práctica, sin embargo, la diferenciación entre los dos conceptos es difícil, lo que se evidencia en las leyes de bases posteriores a la Constitución, no aludiendo a los principios (Ley 39/1980) o asimilando ambos términos (Leyes 47/1985, 7/1989, 18/1989).

La Constitución ha declarado que la modificación de la ley de bases por el Decreto Legislativo no puede autorizarla ni la propia ley. **La inmodificabilidad de la ley de bases** es un elemento tan consustancial al mecanismo de delegación que sin ella nos encontraríamos ante la apertura *ad infinitum* de la potestad legislativa del Gobierno al poder regular una materia sin atenerse a los principios y criterios dictados por el Parlamento. En este sentido, no tiene mayor relevancia el que la Constitución solo se refiera a la ley de bases

y no a la ley de refundición, puesto que al ser un principio general de la delegación legislativa debe considerarse sobreentendida la aplicación del precepto a las leyes de refundición.

El art. 83 CE en su ap. b) dispone la prohibición para las leyes de bases de facultar para dictar **normas con carácter retroactivo**. Es lógico que esta norma solo afecte a las leyes de bases, ya que la refundición va referida a leyes ya vigentes y nada impide que el Texto Refundido recoja las cláusulas de retroactividad contenidas en las disposiciones a refundir e incluso, dado el sentido constitucional de tales leyes, es imperativo que así se haga. En cuanto a las leyes de bases, es una cautela comprensible, ya que lo que se dispone es que la ley pueda ser retroactiva, pero lo que no puede es facultar al Gobierno para que la retroactividad sea decidida por él, manteniéndose la decisión sobre los efectos retroactivos de las normas con rango de ley en manos del Parlamento, mostrándose así el respeto para la obra del originario titular de la potestad legislativa (DE OTTO, 1987, 187). Lo que se impide es que la retroactividad del Decreto Legislativo pueda alcanzar más allá del punto hasta el que se proponga retrotraer sus efectos la ley de bases.

2. La ley ordinaria de refundición

La segunda forma de delegación legislativa prevista en la Constitución de 1978 es la refundición en un solo texto legal de varios anteriores, mucho más utilizada que la legislación de bases, con 55 Decretos Legislativos de texto refundido. Consiste en el encargo realizado por las Cortes al Gobierno para publicar en un texto legal las disposiciones normativas emitidas en tiempos diversos y sobre una misma materia, coordinándolos y reuniéndolos en un cuerpo único. En cuanto al encargo que las Cortes deben realizar al Ejecutivo, la Constitución señala claramente que ha de determinarse con precisión el ámbito normativo a que se refiere la delegación y que

la refundición tiene que afectar a varios textos legales. Por tanto, la ley de refundición ha de señalar exactamente qué sector del ordenamiento jurídico es el afectado por la delegación legislativa. Los aps. 2.º y 5.º del art. 82 indican también que la refundición ha de consistir en la elaboración de un texto único resultante de varios «textos legales» anteriores. La ley de refundición parte de la existencia de diversos textos normativos sobre una misma materia y por razones de seguridad jurídica y precisión desea que solo haya una norma que regule ese sector del ordenamiento.

La delegación legislativa conteniendo el encargo de refundir varios textos legales rara vez se otorga en una ley que tenga ese objetivo específico. Lo normal en España ha sido aprovechar la regulación por las Cortes de una materia en una ley articulada y a su amparo delegar en el Gobierno la refundición de todas las normas vigentes en la materia, incluida la propia ley que delega la refundición.

Nuestra norma fundamental establece que la delegación legislativa para refundir pueda adoptar dos formas diferentes con dos objetivos también diversos: la **mera formulación de un texto único** y la formulación de un texto único incluyendo la regularización, aclaración y armonización de los textos refundidos. La primera modalidad, mera formulación de un texto único, hay que entenderla como el encargo realizado al Gobierno para que, a partir de diversos textos legales referentes a una misma materia, elabore un cuerpo único en el que se contengan sistematizadas dichas normas. La sistematización consiste en la compilación de los textos en una norma articulada coherentemente, pero respetando siempre el tenor literal de los antiguos textos (sin mejoras, aunque sean de redacción) salvo que existan errores reconocidos con anterioridad, repeticiones innecesarias, etc. La segunda modalidad del art. 82.5 supone una ampliación de la potestad delegada en el Gobierno. Ya no estamos ante la mera sistematización de diversos textos legales, en los que solo se depuran errores e

incorrecciones, sino que el Gobierno puede «**regularizar, aclarar y armonizar**», lo que «siendo entre sí sustancialmente equivalentes, permiten, incluso en la tarea refundidora introducir normas adicionales y complementarias a las que son objeto de refundición, siempre que sea necesario para colmar lagunas, precisar su sentido, o en fin, lograr la coherencia y sistemática del texto único refundido» (STC 13/1992, de 6 de febrero; FJ 16.º) e incluso le habilita «para llevar a cabo una depuración técnica de los textos legales a refundir, aclarando y armonizando preceptos y eliminando discordancias y antinomias detectadas en la regulación precedente, para lograr así que el Texto Refundido resulte coherente y sistemático» (STC 166/2007, de 4 de julio, FJ 8.º).

III. LAS NORMAS COMUNES A TODA LEGISLACIÓN

1. La delegación ha de hacerse siempre por ley (82.2 CE)

El art. 82.2 establece nítidamente que la única vía para poder otorgar la delegación legislativa es a través de una ley de Cortes. Nunca, desde un prisma teórico o ideal, cabría una delegación por medio de otra clase de normas. es decir, por una norma que partiera del propio Ejecutivo como el Decreto-Ley, pues esta solución repugna a la configuración del mecanismo de la delegación legislativa al establecerse como una autodelegación sin sentido y conduce a una legislación gubernamental sin más límites que los impuestos libremente por el propio Gobierno. **Descartada la posibilidad de proceder a una delegación legislativa por medio de un Decreto-Ley, queda la duda de si cabe la utilización de otro tipo de leyes distintas de las ordinarias.** Nos estamos refiriendo en concreto a las leyes orgánicas y a la aprobación de leyes por Comisiones Legislativas Permanentes. En cuanto al primer supuesto, consideramos que no es posible la delegación a través del art. 81 de la Constitución, ya

que dicho precepto puede ser utilizado exclusivamente en una serie de materias ya tasadas, materias que están excluidas de la delegación legislativa por el art. 82.1. Respecto de las leyes aprobadas por Comisiones Legislativas, el art. 75.3 CE ha excluido de su utilización a las leyes de bases, pero no a las de refundición, por lo que hay que entender que estas pueden aprobarse por las Comisiones Legislativas.

2. La delegación legislativa se otorga al Gobierno (82.1 y 82.3 CE)

La delegación legislativa siempre tiene como destinatario al Poder Ejecutivo y, de acuerdo con la Constitución de 1978, eso se concreta en un órgano determinado, el Gobierno, vértice del Ejecutivo y cúspide de la Administración. La Constitución define expresamente el órgano destinatario de la delegación, por lo que la delegación se realiza al Gobierno como órgano colectivo y no a sus miembros individuales, por lo que los Decretos Legislativos solo podrán ser acordados en una reunión del Consejo de Ministros, no estando vinculado este por el proyecto de Decreto Legislativo de un Ministro.

3. La delegación ha de realizarse para materias concretas no incluidas en el art. 81 CE (82.1 CE)

La Constitución permite la delegación legislativa en todas aquellas materias competencia de las Cortes Generales excepto las «incluidas en el artículo anterior [81]» (art. 82.1 CE), es decir, las mencionadas en el precepto relativo a las leyes orgánicas. El art. 82 no hace más referencias en cuanto a materias excluidas que a las del art. 81. Sin embargo, existen determinadas materias que constituyen un acto de control del Poder Legislativo y que por su naturaleza y procedimiento específicos no pueden delegarse: la reforma constitucional, la ley de presupuestos, la autorización de tratados internacionales, las propias leyes de delegación,

la prórroga, autorización o declaración, según corresponda, de un estado excepcional del art. 116, la ley marco, etcétera.

4. La delegación ha de ser siempre expresa y nunca podrá entenderse concedida de modo implícito (82.3 CE)

La delegación legislativa ha de ser producto de la expresa voluntad soberana de las Cortes y solo tendrá lugar cuando las Cámaras lo consideren, haciéndolo constar en la ley de delegación. Por tanto, la delegación ha de ser explícita y el Gobierno nunca puede intentar deducir de un determinado precepto que en el mismo se contiene implícitamente una delegación legislativa, a pesar de que dicha delegación no figure como tal en la ley. La delegación legislativa en el Gobierno será siempre inconstitucional si se limita simplemente a delegar en el Ejecutivo la potestad de dictar normas con rango de ley en una determinada materia sin ponerle ninguna limitación (bases/ámbito normativo de refundición, plazo, etc.). Por lo mismo, ha de entenderse que existe delegación legislativa cuando no aparecen estas palabras concretas y, sin embargo, se dice que «se autoriza al Gobierno a refundir», pues, aunque técnicamente autorización y delegación son términos distintos, en esos supuestos se puede deducir claramente que existe delegación si la llamada «autorización» va acompañada de todos los requisitos que configuran al art. 82 CE.

5. La ley de delegación ha de fijar plazo para su ejercicio (82.3 CE)

La limitación para la delegación de la potestad de dictar normas con rango de ley a un espacio de tiempo acotado es un factor indispensable en el constitucionalismo actual, ya que de otra forma supondría la dejación absoluta en manos del Ejecutivo de un sector del ordenamiento. No nos encontraríamos ante una delegación de potestad, sino ante una

transferencia de la función legislativa al Ejecutivo en un concreto sector del ordenamiento jurídico.

El primer problema que surge en este tema es el de **cómo concretar el plazo**. Un plazo fijo pero muy prolongado puede equipararse a la inexistencia de plazo, al igual que uno que sea tan vago que esté en manos del Gobierno su determinación. En estos supuestos, la solución ha de provenir de los siguientes principios (VÍRGALA, 1991, 116 y ss.):

1) La Constitución de 1978 no admite la inexistencia de un plazo, ya que, al menos, ha de prescribirse un término a partir del cual el Gobierno no pueda ejercer la delegación (véase, en este sentido, la inconstitucional disposición final 1.^a de la Ley 47/1980, sin señalar plazo alguno para la refundición).

2) El plazo ha de ser siempre concreto, lo que no quiere decir que deba corresponder a una fecha del calendario. Puede ser también un lapso de tiempo computado en días, meses o años, que es lo más corriente, y también es posible señalar el plazo final a través de la verificación de un hecho seguro pero incierto en el tiempo: la aprobación de la siguiente Ley de Presupuestos, la celebración de elecciones generales. Lo que no caben son los plazos vagos, aleatorios, sin referencia a ningún fenómeno cierto, ya que en realidad no son plazos, sino meras muestras de confianza en el Ejecutivo que no encajan en la temporalidad diseñada por la Constitución.

Sentado el principio de que el plazo ha de existir y ha de ser concreto (aunque no datable), la tarea más importante es la de determinar los momentos inicial y final de ese cómputo. La fecha de entrada en vigor de la delegación legislativa tiene importancia, ya que a partir de ese momento comienza a correr el plazo para la producción del Decreto Legislativo. El problema no existe si el término del plazo consiste en una fecha fija del calendario, aunque esta situación suele representar una excepción en las leyes de

delegación (Leyes 50/1984, 21/1986, 5/1990 y 25/1995). Tampoco plantea problemas la entrada en vigor de la delegación legislativa si esta se pospone a la fecha de publicación de la ley de delegación (por ejemplo, Leyes 33/1984, 19/1989, 8/1990, 53/1999, 48/2003) o a la de entrada en vigor de la ley si esta consta expresamente en el texto legal (Leyes 32/1980, 47/1985, 39/1988, 26/1990, 29/1991, 42/1994, 46/1999, 55/1999, 24/2001, 19/2003, 62/2003, 8/2007, 34/2007, 2/2011, 5/2013, 10/2013, 6/2014, 20/2014). Los problemas comienzan cuando se utilizan otras formas como la de fijar un plazo de tiempo sin vincularlo a ningún otro hecho, como, por ejemplo, plazo «de seis meses» (Leyes 8/1980, 39/1980, 22/1993, 33/2010), «12 meses» (Leyes 44/2006, 3/2009, 12/2010), o «un año» (Leyes 7/1985, 7/1989, 18/1989, 50/1998, 48/2002). El TS, en sentencia de 3 de octubre de 1997, ha entendido que en esos supuestos ha de fijarse el cómputo de la delegación desde la finalización del plazo de 20 días de la *vacatio legis* del art. 2 del Código Civil, lo que coloca la fijación del plazo de la delegación en manos del Gobierno, ya que dicha *vacatio legis* se cuenta desde el día de la publicación, cuya materialización es competencia del Gobierno, ya que «corresponde al Ministerio de la Presidencia, a través de la Secretaría General Técnica-Secretariado del Gobierno la ordenación y control de la publicación de las disposiciones y actos administrativos que deban insertarse en el “Boletín Oficial del Estado”, velando especialmente por el orden de prioridad de las inserciones, la salvaguardia de las competencias de los distintos órganos de la Administración y el cumplimiento de los requisitos formales necesarios en cada caso. Podrá también decidir la publicación, en su caso, de números extraordinarios» (art. 5 Real Decreto 181/2008, de 8 de febrero, de ordenación del diario oficial «Boletín Oficial del Estado»).

El plazo de la delegación legislativa siempre tiene un final, al que se le suele prestar más atención que al *dies a quo*, y que es cuando el Gobierno ejercita esa delegación. El día en

que se cumple el plazo fijado ha de corresponder con el ejercicio de la delegación por el Gobierno. Pero ese día puede entenderse que se refiere al de aprobación por el Gobierno del Decreto Legislativo (o del último Decreto Legislativo, ya que pueden publicarse varios, como se explicará más adelante, y en ese caso servirá como referente la última norma delegada), a su publicación en el *BOE* o a su entrada en vigor tras la *vacatio legis*. A este respecto, la ya citada STS de 3 de octubre de 1997 establece como momento final de la delegación legislativa, sin más argumentación, el de la fecha de aprobación del Decreto Legislativo por el Consejo de Ministros, lo que indica que la norma está ya definitivamente redactada, pero no hay medio efectivo de comprobarlo, ya que esa aprobación en forma de texto normativo no se recoge en ningún registro oficial.

Un problema vinculado al plazo de la delegación legislativa es el de su posible prórroga. En primer lugar, hay que señalar que en el actual sistema constitucional es imposible la prórroga del plazo de una delegación por el propio Gobierno a través de un Decreto-Ley. Esta técnica utilizada en el franquismo debe rechazarse por las mismas razones por las que se ha estimado inconstitucional la delegación legislativa por Decreto-Ley. La prórroga por una norma gubernamental sería una auto-prórroga que desvirtuaría el sentido de la delegación. No contradice, sin embargo, al esquema constitucional de delegación legislativa, y además no lo prohíbe la Constitución, la prórroga a través de una ley formal de las Cortes Generales, siempre, claro está, que el plazo inicial no haya vencido e incluso, para el TC, aunque dicho plazo haya caducado (STC 61/1997, de 20 de marzo, FJ 2.º).

6. La revocación de la delegación legislativa (84 CE)

Las Cortes Generales, antes del ejercicio de la delegación por el Gobierno, pueden considerar que la misma delegación debe realizar-

se con otro contenido o incluso que debe desaparecer, bien porque no se considere conveniente o porque el Parlamento piense que debe regular él mismo la materia. En este sentido, la Constitución ha diferenciado claramente lo que se ha denominado como revocación expresa y revocación tácita de una delegación legislativa, dando una solución diferente en cada caso. Se conoce como revocación o derogación expresa cuando el Parlamento, considerando que una delegación legislativa, no desarrollada todavía por el Gobierno, no responde a sus deseos, procede a la derogación de la ley de delegación. La Constitución de 1978 posibilita la revocación expresa al referirse solo a la tácita y permitir esta última si se reconvierte en una derogación expresa. **La revocación tácita se produce cuando las Cortes entran a regular directamente, en todo o en parte, la materia afectada por una previa delegación legislativa.** En este caso, no nos encontramos ante la manifestación soberana del Parlamento de revocar una delegación, sino ante una revocación implícita o tácita al afectar a la materia delegada; revocación tácita que puede provenir en múltiples ocasiones del «olvido» del legislador de que ese tema está sujeto a delegación, lo que ocurre, por ejemplo, cuando lo que se quiere regular es otra materia y se afecta a la delegada solo tangencialmente. La solución aportada por nuestra Constitución es también la más correcta, pues intenta evitar que la revocación tácita se produzca sin que el órgano perjudicado manifieste su opinión vinculante. Para ello, **se permite al Gobierno oponerse a la tramitación** de una proposición de ley o de una enmienda a un proyecto o proposición, que afecten a una delegación legislativa en vigor, es decir, antes de que se haya dictado el Decreto Legislativo. El art. 84 evita los problemas que podrían surgir en caso de contradicción entre un Decreto Legislativo y una ley promulgada en el ínterin, que habría de resolverse por el criterio temporal y que dejaría al descubierto una discrepancia entre el Gobierno y las Cortes.

7. La emanación del Decreto Legislativo (82.5 CE)

La Constitución no señala el proceso de formación de los Decretos Legislativos, por lo que debemos remitirnos a la normativa de elaboración de disposiciones generales por el Gobierno. Lo que sí exige la Ley Orgánica del Consejo de Estado es el trámite inexcusable del dictamen del Alto órgano consultivo en la elaboración de todos los Decretos Legislativos. La inexistencia del dictamen del Consejo de Estado debería ser en la actualidad causa de inconstitucionalidad, ya que violaría el art. 21.3 de la Ley Orgánica 3/1980, del Consejo de Estado y, de acuerdo con el art. 28.2 LOTC, son inconstitucionales los Decretos Legislativos que «impliquen modificación o derogación de una Ley aprobada con tal carácter». Sin embargo, la jurisprudencia parece decantarse definitivamente por la **relativización del dictamen del Consejo de Estado**, como ha señalado ampliamente, por ejemplo, la STS 11 de mayo de 1988.

La aprobación definitiva del Decreto Legislativo (nombre tradicional en España consagrado en el art. 82.5 CE) corresponde al Gobierno, reunido en Consejo de Ministros, como señalamos con anterioridad, por disponer así la Constitución. Aprobado por el Gobierno, el Decreto Legislativo ha de someterse a la firma del Rey [art. 62.f) de la Constitución], cuyo refrendo debería corresponder al Presidente del Gobierno (De Otto, 1987, 188), como ocurre en Italia. Desgraciadamente, la práctica se aleja totalmente de lo expuesto puesto que **todos los Decretos Legislativos posteriores a la Constitución han sido refrendados por el Ministro** que propuso la norma al Consejo de Ministros; refrendo ministerial que parece haber recibido cierta consagración en el art. 19.2 Real Decreto 181/2008, de 8 de febrero, de ordenación del diario oficial «Boletín Oficial del Estado» (ya era así en el art. 13.2 del Decreto 1511/1986 de ordenación del diario oficial del Estado), que señala que «la facultad de ordenar la inserción [...] de los reales

decretos legislativos y de los reales decretos [corresponde] al Ministro que los refrende o, por su delegación, a los demás órganos superiores del departamento correspondiente». Firmado el Decreto Legislativo, debe posteriormente publicarse en el *BOE* [art. 8.1.a) Decreto 181/2008, de 8 de febrero, de ordenación del diario oficial «Boletín Oficial del Estado»].

El Decreto Legislativo, de acuerdo al art. 82.2, debe consistir en la formulación de un texto articulado, en el caso de desarrollo de una ley de bases, o en un texto único o refundido, cuando tenga origen en una ley ordinaria de refundición. Por lo tanto, la Constitución obliga a que el Decreto Legislativo tenga una estructura determinada que el legislador gubernamental deberá respetar, salvo casos excepcionales. Han existido supuestos en los que por la peculiaridad de la materia afectada el Decreto Legislativo no podía tomar la forma de texto articulado o refundido. Así, 14 de los Decretos Legislativos dictados al amparo de la Ley 47/1985 de «Bases de delegación al Gobierno para la aplicación de las Comunidades Europeas», cuya función era adaptar normas vigentes en España al nuevo derecho comunitario, han modificado únicamente aquellos aspectos de las normas afectadas que eran necesarios.

Finalmente, en el tema de la producción formal de la norma delegada resulta algo sorprendente que la Constitución dedique un artículo completo a declarar cuál será el nombre de las disposiciones gubernamentales conteniendo legislación delegada. Decimos que resulta sorprendente, pues parece excesivo consagrar un precepto constitucional para algo no suficientemente relevante. Si la Constitución quería consagrar el nombre ya adoptado por la doctrina de Decretos Legislativos para esas disposiciones, podía haber aprovechado cualquiera de los artículos de la delegación legislativa para incorporar esa denominación (por ejemplo, en el 82.1 o al final del 82.2). En la citada denominación el sustantivo «decreto» es el nombre genérico

de los actos de autoridad del poder ejecutivo y el adjetivo precisa la característica específica de ese acto de autoridad: acto normativo y con fuerza de ley.

La práctica en este tema tampoco ha sido ni lo homogénea ni lo correcta que debería. Hasta 1992, todas las normas delegadas se publicaban en el *BOE* bajo la apariencia de simples Decretos (aunque con el nombre de Decretos Legislativos) recibiendo tal numeración, a pesar de que el art. 6 del Decreto 1511/1986, de ordenación del diario oficial del Estado, debería haber conducido a otra praxis. Dicho artículo señalaba (en la actualidad tiene idéntica redacción el art. 8 del Real Decreto 181/2008, de 8 de febrero, de ordenación del diario oficial «Boletín Oficial del Estado») que «se incluirán en la Sección I [del *BOE*]: a) Las leyes orgánicas, las leyes, los reales decretos legislativos y los reales decretos-leyes, [...], d) Los reglamentos y demás disposiciones de carácter general, [...]». Al margen de la sintomática diferenciación entre los Reglamentos y los Decretos Legislativos, el art. 6 colocaba a estos últimos con el resto de normas con rango de ley, normas que todas ellas tienen una numeración diferenciada salvo los Decretos Legislativos. **Desde 1992 los Decretos Legislativos aparecen en el *BOE* como tales con su propia numeración**, aunque en el epígrafe del Ministerio correspondiente en lugar de hacerlo en el epígrafe «Jefatura del Estado» en el que aparecen las Leyes y los Decretos-Leyes.

IV. EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA DELEGACIÓN LEGISLATIVA (82.1 Y 82.6 CE)

El Decreto Legislativo presenta varios problemas en cuanto a su fiscalización, puesto que su control jurisdiccional es un aspecto controvertido en la doctrina, al que se le pueden añadir «fórmulas adicionales de control», como luego se verá. **El control jurisdiccional de los Decretos Legislativos**, o más bien el órgano jurisdiccional encargado de su

control, es el problema más relevante que posee esta institución en España, pues la discusión no presenta únicamente importantes aspectos doctrinales, sino que la opción teórica que se adopte tiene también unos efectos prácticos evidentes. En definitiva, se trata de establecer si el Decreto Legislativo es una norma con rango de ley a todos los efectos o si es una norma que consigue ese rango solo en determinados supuestos, manteniendo, mientras tanto, naturaleza reglamentaria. En el primer caso, la solución sería el conocimiento en exclusiva por el Tribunal Constitucional de las normas con rango de ley, equiparándose en este aspecto los Decretos Legislativos a las leyes formales. En el segundo supuesto se parte de la teoría elaborada por E. GARCÍA DE ENTERRÍA (1970) de la degradación normativa o del reenvío recepticio (el poder ejercido por el delegado en una delegación legislativa es un poder necesariamente propio, un poder administrativo puro y simplemente, y el rango legal del Decreto Legislativo es predicable solo *intra vires*, pues en otro caso, no estando cubierto el contenido del Decreto Legislativo por la ley de delegación, el Decreto no puede darse a sí mismo un rango superior), que tenía como objetivo en sus orígenes solucionar la falta de una jurisdicción constitucional que controlara a los Decretos Legislativos, no susceptibles de conocimiento por los Tribunales ordinarios en aplicación del antiguo art. 1 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa de 1956.

Esta segunda postura ha sido rechazada por la gran mayoría de los constitucionalistas, al establecer el art. 82 CE claramente el rango de ley de las normas emanadas por el Gobierno en uso de la delegación legislativa. La doctrina del *ultra vires*, mantenida por la gran mayoría de los administrativistas, procede de una grave confusión entre validez y eficacia de una norma: «una cosa es que una norma sea nula cuando infringe lo dispuesto en otra superior —por ejemplo, la ley cuando infringe la Constitución— y otra enteramente distinta es la de si esa nulidad puede hacerse valer automáticamente por cualquier Tribunal.

En el plano técnico-jurídico el acto de dictar una ley inconstitucional es incapaz de producir una norma jurídica, es simplemente un *hecho* sin valor normativo; pero la Constitución ha querido que, mientras no se declare expresamente la inconstitucionalidad, siga siendo eficaz como ley lo que en rigor no es más que una apariencia de ley, y ha atribuido en exclusiva al Tribunal Constitucional la posibilidad de hacer esa declaración. En otras palabras, «las consecuencias de la antijuridicidad solo se hacen valer en los términos que el ordenamiento prevé» (DE OTTO, 1987, 191-192). La conclusión última a la que llega la teoría aquí criticada es que no hay otra solución en los *ultra vires* que confiar a los jueces la apreciación de su validez «en los términos comunes a como el problema se plantea respecto de todas las normas de elaboración administrativa» (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1970, 183). Lo anterior significa descartar como parámetro de constitucionalidad los arts. 82-85.

Lo que se acaba de decir podría ser contradictorio si la propia Constitución estableciera un sistema de control judicial distinto del aquí apuntado, ante el que, aunque no fuera lógicamente coherente con lo dispuesto en el art. 82.1, nada podría objetarse, pues es evidente que la norma fundamental puede realizar esa operación. Pues bien, algo de eso ocurre y el art. 82.6, si no literalmente, sí en su intención y, especialmente, en su entendimiento por nuestros Tribunales, conduce a la aceptación indirecta del control de los Decretos Legislativos por los Tribunales ordinarios. La clave se sitúa en el citado art. 82.6, que dispone que «Sin perjuicio de la competencia propia de los Tribunales, las leyes de delegación podrán establecer en cada caso fórmulas adicionales de control». A primera vista, podemos afirmar que existe una inicial remisión a la competencia del Tribunal Constitucional para conocer de los Decretos Legislativos (arts. 161 y 163 de la Constitución), pero con eso no se agota «la competencia propia de los Tribunales», ya que estamos ante un plural y no ante una referencia singular al Tribunal Constitucional y, además, la impresión que produce la citada

frase es que se refiere a que, junto a un posible control adicional no judicial, siempre existe un control de los Decretos Legislativos por los Tribunales, que con ese plural no pueden ser otros que los ordinarios.

El TS en el ordenamiento jurídico anterior a la Constitución aceptó su competencia para conocer de los Decretos Legislativos con Texto Refundido desde finales de los años sesenta, fruto de su recepción de **la teoría de la degradación normativa de las normas delegadas**. El cambio fundamental se produjo precisamente poco antes de la aprobación de la Constitución, marcando una tendencia definitiva hasta la actualidad en el TS y precisamente en el momento en que se estaba en ciernes de resolver el problema de la falta de control judicial de los Decretos Legislativos con la creación de una jurisdicción constitucional. Ese cambio se inicia con la STS de 6 de julio de 1977, que, por vez primera, aceptó el control de los textos articulados, aunque no lo aplicó contradictoriamente en la propia sentencia. La aprobación de la Constitución no produjo variaciones en la postura del TS, ya que su aceptación de la teoría del **ultra vires** fue ya completa (textos articulados y refundidos) y además considerando que la Constitución había amparado esa línea (SSTS de 27 de enero de 1979; de 2 de julio de 1980; de 4 de febrero de 1987; de 10 de febrero de 1995; de 17 de abril de 1995; de 25 de junio de 1997; de 3 de octubre de 1997; de 1 de marzo de 2001).

La actuación del TC, por su parte, en materia de delegación legislativa ha sido escasa, aunque ha aceptado también la doctrina del **ultra vires** y de la competencia de los Tribunales ordinarios para inaplicar Decretos Legislativos, a pesar de la aceptación del rango de ley de estos (por todas, SSTC 141/1988, de 12 de julio y 87/1991, de 25 de abril). La primera sentencia en que el TC se expresó claramente en cuanto al control judicial de los Decretos Legislativos fue la STC 51/1982, de 19 de julio, en los siguientes términos: «Es cierto que la competencia del Tribunal Constitucional en esta materia ha de ejercerse sin perjuicio de

reconocer la de otros Tribunales e incluso la eventual existencia de otras formas adicionales de control como dispone el art. 82.6 de la Constitución, pero en el presente caso, en el que se cuestiona la constitucionalidad de un determinado precepto por razones formales y materiales y en el que el contenido de la norma cuestionada se refiere a materia constitucionalmente reservada a la Ley (art. 117.3 de la CE), el Tribunal no puede eludir el juicio de inconstitucionalidad y ha de entrar a resolverlo considerando las posibles razones formales como un *prius* lógico respecto a las materiales» (FJ 1.º). La sentencia no entra a determinar el ámbito de competencia de los Tribunales ordinarios, limitándose a decir que el ámbito suyo ha de ejercerse sin perjuicio del de aquellos. Esta primera toma de postura del TC se ve complementada por el Auto 69/1983, de 17 de febrero: «Pertencen al ámbito normal de poderes del Juez —también del Magistrado de Trabajo— el inaplicar los Decretos legislativos en lo que exceden de la delegación o más propiamente el no conferir al exceso el valor de Ley» (FJ 3.º) y, sobre todo, con la STC 47/1984, de 4 de abril (en similares términos SSTC 61/1997, de 20 de marzo; 159/2001, de 5 de julio; 205/1993, de 17 de junio; 51/2004, de 5 de julio; 166/2007, de 4 de julio), que reitera los argumentos del Auto de 1983: «El control de los excesos de delegación corresponde no solo al Tribunal Constitucional, sino también a la jurisdicción ordinaria. La competencia de los Tribunales ordinarios para enjuiciar la adecuación de los decretos legislativos a las leyes de delegación se deduce del art. 82.6 de la Constitución (...)» (FJ 3.º). Queda establecida la dualidad de vías jurisdiccionales (TC y Tribunales ordinarios) para declarar el exceso en los Decretos Legislativos en base al art. 82.6 y la competencia de la jurisdicción ordinaria para inaplicar una norma con rango de ley, e incluso el TC parece aconsejar a los Tribunales que ejerzan directamente, siempre que se les plantee el caso, esa competencia.

A este respecto, dos reformas legislativas de 1998 refuerzan las posiciones de quienes

entendían que el art. 82.6 CE rompía el monopolio del TC en el control de las normas con rango de ley. Así, el art. 9.4 de la LOPJ, tras su reforma por la LO 6/1998, de 13 de julio, señala que: «Los [Tribunales y Juzgados] del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho Administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la Ley y con los Decretos Legislativos en los términos previstos en el art. 82.6 de la Constitución, de conformidad con lo que establezca la Ley de esa jurisdicción (...)» y el art. 1.1 de la nueva Ley 28/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA) dice que: «Los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho Administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la Ley y con los Decretos Legislativos cuando excedan los límites de la delegación». Esta atribución jurisdiccional, que para muchos ya estaba implícita o explícitamente en el art. 82.6 CE y que, **de facto**, funcionaba ya desde, al menos, 1977, supone la consagración legislativa de la concurrencia entre jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional sobre el mismo tipo de norma jurídica y con el mismo objeto, aunque con una serie de problemas prácticos de aplicación nada desdeñables (VIRGALA, 1999).

La declaración de inconstitucionalidad, y consiguiente nulidad, por el Tribunal Constitucional de un Decreto Legislativo (así, por ejemplo, en la STC 51/2004, de 13 de abril, en la que se declara «en consecuencia, que la inclusión del adverbio “también” en el segundo inciso de la disposición transitoria octava del Decreto Legislativo 1/1990 constituye un exceso en el ejercicio de la delegación legislativa, un vicio de *ultra vires*, contrario al art. 33.1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña en relación con el art. 82.5 CE», FJ 7.º) plantea el problema de la desautorización expresa

del TS o del TSJ si en una «cuestión de ilegalidad» (art. 27.1 LJCA) o en un recurso directo [arts. 10.1.a) y 12.1.a) LJCA] o indirecto, de apelación o de casación hubiera dictaminado, con anterioridad a la STC, la adecuación del Decreto Legislativo a la ley de delegación. Si la STC ha declarado, por el contrario, la constitucionalidad del Decreto Legislativo podría producirse también la desautorización expresa del TS o TSJ si en una «cuestión de ilegalidad» o en un recurso directo, indirecto, de apelación o de casación hubiera dictaminado, con anterioridad a la STC, la nulidad del Decreto Legislativo. En ese caso, parece deducirse de la STC 166/2007, de 4 de julio, que el TC da por expulsado del ordenamiento jurídico a un precepto declarado *ultra vires* por el TS: «ante todo ha de precisarse, como hemos señalado anteriormente, que dicho precepto (que pasó a ser art. 150 en virtud de la Ley 5/1998, de 6 de marzo), contenía dos incisos con sendas reglas distintas, habiendo sido anulado el segundo inciso (por *ultra vires* y por omisión del dictamen del Consejo General del Poder Judicial) por la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2000 (cuyo fallo fue publicado en el *Boletín Oficial del Estado* núm. 74, de 27 de marzo de 2000), pronunciamiento reiterado en otras Sentencias de la misma Sala del siguiente 10 de febrero de 2000 (ATC 21/2001, de 30 de enero, FJ 2.º), por lo que carece de sentido que nos pronunciemos aquí sobre un inciso que ya ha sido anulado y expulsado por tanto, del ordenamiento jurídico» (FJ 8.º). En todo caso, cabe hipotéticamente siempre que las dos sentencias se solapen, de tal manera que el TC dicte su sentencia sin conocer la del TS o TSJ por producirse simultáneamente o con pocos días de diferencia. En este supuesto, que demuestra hasta el límite los absurdos a los que da lugar el art. 1.1 LJCA, si la STS o STSJ se publicara antes de la STC, debería primar la primera al haber producido ya la expulsión del Ordenamiento jurídico del Decreto Legislativo, aunque con la paradoja de existir, aun sin producir efectos jurídicos directos, una STC radicalmente contradictoria

con aquella. Si la STS o STSJ se publicara después de la STC, debería primar esta por provenir del intérprete supremo de nuestro Ordenamiento, pero la confusión que crearía tal situación podría ser enorme. Finalmente, si ambas sentencias se publicaran el mismo día, entendemos que también debería prevalecer la del STC.

V. LAS FÓRMULAS ADICIONALES DE CONTROL (82.6 CE)

En un último afán por limitar estrechamente la delegación legislativa, la Constitución posibilita el que cada ley de delegación pueda establecer cualquier tipo de control diverso del realizado por los órganos jurisdiccionales al decir que: «... las leyes de delegación podrán establecer en cada caso fórmulas adicionales de control» (art. 82.6).

1. El control previo a la publicación del Decreto Legislativo

A) *Los controles previos extraparlamentarios*

Este tipo de controles previos, al margen del obligatorio Dictamen del Consejo de Estado exigido por el art. 21.1 de su Ley Orgánica, no son vinculantes y pueden ser informes emitidos por organismos técnicos (la Ley de delegación puede exigir que el Gobierno con anterioridad a la elaboración del Decreto Legislativo requiera el parecer de Colegios Profesionales o Institutos Técnicos) o una encuesta pública (sometimiento a información pública durante un plazo determinado del proyecto de Decreto Legislativo que haya preparado el Gobierno). Este control previo posee como desventajas la poca utilidad que puede tener para el Gobierno si da lugar a alegaciones contradictorias y la dificultad de articularlo en un plazo breve, teniendo en cuenta que el Decreto Legislativo tiene fijado un término para su publicación definitiva.

B) *Los controles previos parlamentarios*

La ley de delegación puede establecer también la intervención de las Cortes o de sus órganos internos para que comprueben la adecuación del proyecto de Decreto Legislativo a lo dispuesto en la ley de delegación, siempre que el parecer o informe no sea vinculante para el Gobierno (JIMÉNEZ CAMPO, 1981, 102; DE OTTO, 1987, 189). Prescrita esta clase de control, ha de considerarse como un acto integrativo del procedimiento de formación de la norma, teniendo su posible incumplimiento el mismo alcance jurídico que los demás vicios formales, con la peculiaridad de que sería un trámite señalado en la propia ley de delegación.

2. El control posterior a la publicación del Decreto Legislativo

El control posterior a la publicación del Decreto Legislativo, al margen del jurisdiccional señalado en el propio art. 82.6, no puede ser otro que el de las Cortes, e incluso este con las dificultades que comentaremos. El mayor problema que presenta el control parlamentario posterior a la emanación de una norma delegada es que nos encontramos ante una norma con rango de ley ya perfecta (y no provisional, como en el caso del Decreto-Ley) y que no puede ser atacada más que de dos formas: el control jurisdiccional, con la declaración de su nulidad, y **la modificación o derogación por las Cortes vía procedimiento legislativo formal**. La única consecuencia efectiva del control parlamentario es una actuación de las Cortes que está siempre en sus manos y que no es necesaria su consignación en ninguna ley de delegación, pues las Cámaras pueden en todo momento modificar o derogar una anterior norma con rango de ley. Las Cortes lo que sí pueden hacer es manifestar su desacuerdo con la forma en que el Gobierno ha actuado en la elaboración de un Decreto Legislativo, como mera actividad fiscalizadora de la actuación gubernamental, exponiendo públicamente los fallos o errores

de la misma, pero teniendo en cuenta que la modificación efectiva de tal comportamiento escapa al control parlamentario y afecta a otras funciones de las Cortes. Este control parlamentario posterior a la emanación del Decreto Legislativo puede consistir en alguna de las siguientes fórmulas.

A) *El mero depósito por el Gobierno del Decreto Legislativo*

La ley de delegación puede exigir que el Gobierno deposite en las Cortes el texto del Decreto Legislativo. En el caso de realizarse el depósito, su efecto es el del cumplimiento del requisito, pero no tiene efecto alguno positivo para la vida del Decreto Legislativo. El art. 82.6 establece claramente que la fórmula adicional de control es una posibilidad («podrán establecer») y no un sistema permanente. Sin embargo, el art. 152 RC ha establecido el depósito de los Decretos Legislativos como un requisito obligatorio para el Gobierno. El Reglamento del Senado, por su parte, no prevé ningún sistema de control parlamentario de los Decretos Legislativos, por lo que debe entenderse que sus redactores estimaron que el procedimiento concreto de tal control ha de contenerse en la ley de delegación.

B) *La emisión de un Dictamen por las Cortes*

La ley de delegación puede no limitarse a exigir un mero depósito del Decreto Legislativo, y prescribir también que, en un plazo determinado, bien obligatoriamente bien a instancias de una parte de la Cámara o Cámaras, se emita por las Cortes un Dictamen acerca de la actuación del Gobierno en la delegación legislativa de que se trate. Si el Dictamen considera que la actuación ha sido correcta, no existen efectos jurídicos para el Decreto Legislativo, siendo una opinión política, importante por el órgano que la realiza, pero mera opinión, que no vincula a los órganos jurisdiccionales y, por tanto, no sana sus vicios ni formales ni sustanciales. Si el Dictamen estima que el Gobierno no ha realizado un Decreto Legislativo adecuado, por cualquier causa, estaríamos en la misma situación, es decir, ante una opinión de las Cortes desfavorable a la actuación gubernamental. De todas formas, el Dictamen parlamentario negativo no vincula a los Tribunales y solo estos podrán declarar jurídicamente que se ha producido tal inadecuación. Esta segunda modalidad de control parlamentario posterior a la entrada en vigor del Decreto Legislativo ha sido prevista en el Reglamento del Congreso de los Diputados de 1982, en su art. 153.

BIBLIOGRAFÍA

CASAS BAAMONDE, M. E. y VALDÉS DAL-RÉ, F., «Delegación legislativa y calidad de las leyes laborales», *Relaciones Laborales*, núm. 9, págs. 1-14.

DE OTTO PARDO, I., *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987.

ESPÍN TEMPLADO, E., «Separación de poderes y potestades normativas del Gobierno», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 6, 1985, págs. 167-230.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, 1970 (2.ª ed., 1981), Civitas, Madrid.

GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., «Sobre el control judicial de los Textos Articulados: la STC 205/1993», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 82, 1994, págs. 319-331.

— *Los controles de la legislación delegada*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995.

JIMÉNEZ CAMPO, J., «El control jurisdiccional y parlamentario de los Decretos Legislativos», *Revista de Derecho Político*, núm. 10, 1981, págs. 77-105.

- «Decreto Legislativo», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, tomo II, págs. 1936-1940.

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., «Decretos legislativos y control judicial del *ultra vires*: el caso de la Ley de procedimiento laboral de 1990», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. extraordinario 23, 1999, págs. 109-144.

SANTAOLALLA LÓPEZ, F., «Dos normas injustamente olvidadas: texto articulado y reglamento ejecutivo», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 25, 2017.

VÍRGALA FORURIA, E., *La delegación legislativa en la Constitución y los Decretos legislativos como normas con rango incondicionado de ley*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1991.

- «La jurisprudencia y los Decretos legislativos: una permanente ceremonia de la confusión», en AA. VV., *Estudios de Derecho Público en homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, Tecnos, tomo I, Madrid, págs. 281-298.
- «De nuevo sobre los Decretos Legislativos (a propósito de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 56, 1999, págs. 43-74.

Artículo 86

1. *En caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho electoral general.*

2. *Los Decretos-leyes deberán ser inmediatamente sometidos a debate y votación de totalidad al Congreso de los Diputados, convocado al efecto si no estuviera reunido, en el plazo de los treinta días siguientes a su promulgación. El Congreso habrá de pronunciarse expresamente dentro de dicho plazo sobre su convalidación o derogación, para lo cual el Reglamento establecerá un procedimiento especial y sumario.*

3. *Durante el plazo establecido en el apartado anterior, las Cortes podrán tramitarlos como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia.*

EL DECRETO-LEY

Sumario: I. Concepto y caracterización constitucional del Decreto-ley. II. La titularidad de la potestad de dictar Decretos-leyes. III. El presupuesto habilitante: la extraordinaria y urgente necesidad. IV. Los límites materiales al Decreto-ley. 1. Los límites del art. 86 CE. A) Ordenamiento de las instituciones básicas del Estado. B) Derechos, deberes y libertades del Título I CE. C) Régimen de las Comunidades Autónomas. D) Derecho electoral general. 2. Los límites implícitos. V. La intervención parlamentaria. 1. La convalidación o derogación del Decreto-ley. 2. La tramitación del Decreto-ley como proyecto de ley. VI. El Decreto-ley en los ordenamientos autonómicos.

JUAN CARLOS DUQUE VILLANUEVA

SECRETARIO GENERAL ADJUNTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
LETRADO DE LA JUNTA GENERAL DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS

I. CONCEPTO Y CARACTERIZACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DECRETO-LEY

El art. 86 CE, que forma parte del Capítulo II, que lleva por rúbrica «De la elaboración de

las leyes», de su Título III, dedicado a las Cortes Generales, regula la figura del Decreto-ley, que junto con el Decreto legislativo (arts. 82 a 85 CE) constituyen las llamadas en el art. 161.1.a) CE «**disposiciones normativas con fuerza de ley**». Con esta expresión se desig-

na a las normas dictadas por el Gobierno a las que el texto constitucional confiere la fuerza y el rango de la ley formal. De modo que la atribución a las Cortes Generales del ejercicio en exclusiva de la potestad legislativa del Estado (art. 66.2 CE) se cohonesta en nuestro ordenamiento con la facultad del Gobierno, a quien le corresponde el ejercicio de la potestad reglamentaria (art. 97 CE), de dictar también «disposiciones normativas con fuerza de ley».

Durante la elaboración de la Constitución, pese al empleo abusivo que de la figura del Decreto-ley se hizo en la dictadura franquista, no se cuestionó la necesidad de regular este tipo de fuente, aunque adaptándola a la nueva estructura constitucional que se pretendía instaurar. De ahí que los **debates parlamentarios** versaran no sobre la conveniencia de regular la existencia o no del Decreto-ley, sino sobre la determinación de las condiciones, límites y controles a los que el Gobierno habría que supeditar el ejercicio de esta facultad, al objeto de impedir un uso inmoderado y discrecional de la misma. Para la redacción del precepto los constituyentes se inspiraron fundamentalmente en el art. 77 de la Constitución italiana de 1947, con el que el art. 86 CE presenta innegables semejanzas.

El art. 86.1 CE comienza disponiendo que «[e]n caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes...». Así pues, el Decreto-ley es **la forma o modo en que se manifiestan o expresan las disposiciones legislativas provisionales que dicte el Gobierno en caso de extraordinaria y urgente necesidad**. Tres son las notas que caracterizan esta fuente en nuestro ordenamiento.

En primer lugar, que el Gobierno ejerce una **potestad originaria propia** al dictar decretos-leyes, sometida a las condiciones y límites que el mismo art. 86 CE u otros preceptos constitucionales le imponen. Esta caracterización como ejercicio de una potestad propia

le distingue del Decreto-Legislativo, ya que, en este caso, a diferencia del supuesto del Decreto-ley, el Gobierno ejerce una facultad legislativa que le ha sido previamente delegada por las Cortes Generales (art. 82 CE). El otorgamiento al Gobierno de aquella potestad obedece, según una opinión común, a la necesidad de prever mecanismos que permitan dar respuesta mediante disposiciones con fuerza de ley a situaciones extraordinarias y urgentes que precisamente por ese carácter extraordinario y urgente no es posible afrontar ni resolver adecuadamente a través de los procedimientos legislativos.

En segundo lugar, el Gobierno mediante el Decreto-ley adopta, según el art. 86.1 CE, «disposiciones legislativas», expresión que alude a la **fuerza y rango de ley** de este tipo de fuente. De modo que el Decreto-ley ocupa en la jerarquía normativa la misma posición que la ley formal y goza de la misma fuerza activa (capacidad derogatoria) y pasiva (capacidad de resistencia) que ella en aquellos ámbitos materiales que no le estén vedados constitucionalmente. Como consecuencia de su naturaleza de norma con fuerza de ley, su control jurisdiccional corresponde en exclusiva, al igual que el de la ley, al Tribunal Constitucional [art. 161.1.a) CE].

La tercera de las notas que caracterizan al Decreto-ley es su **provisionalidad**. Con ella se quiere indicar que el Decreto-ley es una norma de existencia precaria en el tiempo y que requiere para su pervivencia en el ordenamiento jurídico su convalidación o ratificación parlamentaria. La circunstancia de que la pervivencia de este tipo de fuente esté sometida a la referida condición no tiene ninguna incidencia sobre su fuerza y rango normativo mientras exista. En otras palabras, el Decreto-ley en tanto no desaparezca de la vida jurídica posee el mismo rango y fuerza que la ley formal, de modo que la Constitución supedita la propia existencia de la norma a la expresada condición, no su rango o fuerza. La jurisprudencia constitucional ha relacionado expresamente esta nota de provisio-

nalidad del Decreto-ley con la necesidad de su convalidación o ratificación parlamentaria, de forma que una vez que se han producido estas cede su carácter de provisionalidad (STC 189/2005, de 7 de julio, FJ 6).

Además de las notas descritas, tres son los **pilares sobre los que se asienta su regulación** en el texto constitucional, que serán seguidamente analizados: el denominado presupuesto de hecho habilitante, esto es, el «caso de extraordinaria y urgente necesidad»; las materias vedadas al Decreto-ley; y, en fin, la intervención parlamentaria posterior a su publicación.

II. LA TITULARIDAD DE LA POTESTAD DE DICTAR DECRETOS-LEYES

El art. 86.1 CE confiere la facultad de dictar decretos-leyes únicamente al Gobierno. De modo que solo el Gobierno, en cuanto órgano colegiado, que se compone —de conformidad con el art. 98.1 CE— «del Presidente, de los Vicepresidentes, en su caso, de los Ministros y de los demás miembros que establezca la ley», es el **órgano habilitado constitucionalmente para dictar decretos-leyes**. El debate en torno a la identidad orgánica entre el Gobierno y el Consejo de Ministros, como consecuencia del inciso final del art. 98.1 CE, no presenta relevancia alguna en cuanto al ejercicio de aquella facultad una vez establecida legalmente (arts. 1.2 y 3 Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno —LG—) la equiparación entre uno y otro órgano, siendo por lo tanto al Consejo de Ministros, como órgano colegiado del Gobierno —en la dicción del art. 5.c) LG—, al que le corresponde, entre otras funciones, «[a]probar los Reales decretos-leyes», sin que, en ningún caso, dicha facultad pueda ser delegada al estar atribuida directamente por la Constitución [art. 20.3.a) LG].

El **Gobierno en funciones**, si concurre el presupuesto habilitante al que la Constitución condiciona el empleo del Decreto-ley, puede hacer uso de este tipo de fuente. Así

resulta, en primer término, por no aparecer enumerada entre aquellas facultades cuyo ejercicio explícitamente se excluye por el Gobierno en funciones; y, en segundo lugar, porque aunque el Gobierno en funciones ha de limitar su gestión, en principio, al despacho ordinario de los asuntos públicos, expresamente se prevé como excepción a esta regla general que pueda tomar otras medidas en «casos de urgencia debidamente acreditados o por razones de interés general cuya acreditación expresa así lo justifique» (art. 21 LG). En cualquiera de ambas locuciones puede subsumirse la extraordinaria y urgente necesidad que establece el art. 86.1 CE como presupuesto habilitante para el Decreto-ley.

A diferencia de lo previsto para el ejercicio de la iniciativa legislativa del Gobierno o para la elaboración de los reglamentos, no existe una regulación sobre el **procedimiento de elaboración** del Decreto-ley, lo que no es óbice, por supuesto, para que el Gobierno al ejercitar la facultad que le atribuye el art. 86.1 CE pueda estar sometido a un determinado requisito procedimental, cuyo incumplimiento pueda tener como consecuencia en ocasiones la declaración de inconstitucionalidad de la norma (SSTC 35/1984, de 13 de marzo; 137/2003 de 3 de julio; 108/2004, de 30 de junio).

Aprobados por el Consejo de Ministros, los decretos-leyes son **expedidos** por el Rey [art. 62.f) CE], al igual que los decretos, en vez de sancionados y promulgados como ocurre con las leyes [arts. 62.a) y 91 CE]. La intervención del Rey, inserta en el marco de una monarquía parlamentaria, es meramente formal, en tanto que acto debido, carente, por lo tanto, de cualquier virtualidad fiscalizadora, y es refrendada por el Presidente del Gobierno (arts. 56.3 y 64.1 CE).

La publicación del Decreto-ley en el *Boletín Oficial del Estado* determina por regla general su **entrada en vigor**, precisamente debido a que con dicha norma se pretende afrontar una situación de extraordinaria y urgente necesidad, salvo que se retrase su entrada en

vigor a un momento ulterior, bien por el juego del plazo de veinte días del art. 2.1 CC, bien por establecerse una fecha posterior a la de su publicación. Desde su entrada en vigor, el Decreto-ley tiene la fuerza y el rango de ley que caracterizan a este tipo de fuente, si bien, por tratarse de una disposición legislativa provisional, su pervivencia en el ordenamiento está condicionada a su convalidación o ratificación parlamentaria, pues si no es convalidado o ratificado queda derogado y es expulsado del ordenamiento jurídico.

III. EL PRESUPUESTO HABILITANTE: LA EXTRAORDINARIA Y URGENTE NECESIDAD

El art. 86.1 CE confiere al Gobierno la facultad de dictar decretos-leyes «[e]n caso de extraordinaria y urgente necesidad». El Tribunal Constitucional desde su primera Sentencia sobre esta figura normativa —STC 29/1982, de 31 de mayo— hasta la más reciente —STC 152/2017, de 21 de diciembre— ha elaborado una consolidada línea jurisprudencial sobre el denominando **presupuesto habilitante** del Decreto-ley, no exenta de crítica por una parte de la doctrina científica, dada su flexibilidad y laxitud.

Con carácter general, el Tribunal Constitucional ha definido el presupuesto habilitante del Decreto-ley, o, en otros términos, el presupuesto fáctico que configura su uso, como una **necesidad** calificada de **extraordinaria y urgente** que requiere una acción normativa inmediata con rango de ley que no puede ser atendida por el legislador a través de los procedimientos legislativos existentes. Ha distinguido en este presupuesto habilitante dos componentes: la existencia de una necesidad que se presente como extraordinaria y urgente que exija una acción normativa inmediata a nivel de ley y la adecuación de las medidas normativas que se adoptan a la situación de necesidad que se quiere afrontar (STC 111/1983, de 2 de diciembre, FF.JJ. 4 y 5).

La noción de «extraordinaria y urgente necesidad» constituye **«un límite jurídico»** (SSTC 23/1993, de 21 de enero, FJ 4; 182/1997, de 28 de octubre, FJ 3) a la actuación mediante Decreto-ley, susceptible por tanto de una fiscalización jurisdiccional a fin de acomodar el uso de dicho tipo de fuente a la Constitución. Sin embargo, esta caracterización no ha sido obstáculo para que el Tribunal Constitucional haya reconocido en la apreciación del presupuesto habilitante del Decreto-ley, esto es, la situación de extraordinaria y urgente necesidad, un importante y relevante predominio al juicio meramente político de los órganos a los que les incumbe la dirección política del Estado, lo que no excluye, con el alcance que seguidamente se precisará, su control jurisdiccional por parte del propio Tribunal.

En cuanto manifestación de la facultad de dirección de la acción política (art. 97.1 CE), el Gobierno dispone en principio de la **competencia e iniciativa** para apreciar, con un razonable margen de discrecionalidad, cuándo una situación, por razones de extraordinaria y urgente necesidad, requiere una acción normativa a través de la figura del Decreto-ley. El Gobierno ha de explicitar y razonar necesariamente la definición que haga de una situación como de extraordinaria y urgente necesidad —bien en la exposición de motivos del Decreto-ley, bien en el debate parlamentario de convalidación, bien en el expediente de elaboración de la norma—, debiendo existir, además, una relación de sentido o conexión entre la situación definida como tal y las medidas que en el Decreto-ley se adoptan para hacerle frente.

La apreciación por el Gobierno del presupuesto habilitante es susceptible de un **control parlamentario**, por tanto, de naturaleza política, por parte del Congreso de los Diputados con ocasión del debate sobre su convalidación o derogación (art. 86.2 CE), quien, por motivos de oportunidad o de otra índole, puede compartir o puede discrepar de la calificación efectuada por aquel y, en consecuen-

cia, convalidar o derogar, respectivamente, el Decreto-ley.

El juicio de los órganos a los que incumbe la dirección de la política del Estado para apreciar el presupuesto habilitante del Decreto-ley es susceptible de **control jurisdiccional**, que, en cuanto afecta a una norma con rango y fuerza de ley, corresponde al Tribunal Constitucional. Se trata de un control que ha sido calificado por el propio Tribunal como «externo», en cuanto ha de circunscribirse «a verificar, pero no a sustituir, el juicio político o de oportunidad que corresponde al Gobierno y al Congreso de los Diputados» (STC 182/1997, FJ 3), de modo que el Tribunal Constitucional debe respetar el razonable margen del que disponen los órganos políticos para la apreciación de la extraordinaria y urgente necesidad y solo «en supuestos de uso abusivo o arbitrario» (STC 29/1982, FJ 3) podrá rechazar la definición que aquellos hayan hecho de una situación como de extraordinaria y urgente necesidad. Únicamente en estos dos casos, esto es, en los supuestos en los que resulte abusiva o arbitraria dicha apreciación, por tanto, «en los que manifiestamente no concurre el presupuesto de hecho habilitante, habrá que declarar la inconstitucionalidad, por este motivo, del correspondiente Decreto-ley» (STC 60/1986, de 20 de mayo, FJ 3).

La constatación del presupuesto de hecho habilitante de la legislación de urgencia, así como el respeto a los límites materiales que le impone el art. 86.1 CE —a los que después nos referiremos—, reviste, en la labor fiscalizadora del Tribunal Constitucional, **carácter prioritario** respecto a los motivos sustantivos, competenciales o de otra índole, en los que pueda fundarse su impugnación, de modo que la estimación de la infracción del art. 86.1 CE, en cuanto afecta a la validez del Decreto-ley, convierte en innecesario el enjuiciamiento de las demás tachas de inconstitucionalidad de carácter sustantivo que se le imputen (STC 31/2011, de 17 de marzo, FJ 2). No obstante, no han faltado ocasiones en

las que el Tribunal ha antepuesto el examen de los reproches de inconstitucionalidad de índole sustantiva dirigidos contra la legislación de urgencia al enjuiciamiento de los presupuestos y límites a los que el art. 86.1 CE condiciona su utilización (SSTC 142/2017, de 12 de diciembre; 145/2017, de 14 de diciembre).

El **control del Tribunal Constitucional** sobre la concurrencia del presupuesto habilitante del Decreto-ley se proyecta sobre los dos componentes que lo integran, es decir, la situación de extraordinaria y urgente necesidad y la adecuación de las medidas adoptadas en el Decreto-ley para afrontarla. En su función fiscalizadora, el Tribunal comienza por constatar, en los términos ya indicados, si concurre la situación de extraordinaria y urgente necesidad que ha motivado el uso del Decreto-ley, valorando en su conjunto los factores tenidos en cuenta por el Gobierno para aprobar la norma que hayan quedado reflejados en su exposición de motivos, en su expediente de elaboración o a lo largo del debate parlamentario y que han de concretarse en una **definición explícita y razonada de la situación de extraordinaria y urgente necesidad** que habilite el uso de la legislación de urgencia, resultando insuficientes, por ser prácticamente de imposible control constitucional, las fórmulas genéricas, estereotipadas y rituales (SSTC 11/2002, de 17 de enero, FJ 4; 239/2005, de 26 de septiembre, FFJJ. 6 y 7; 332/2005, de 15 de diciembre, FJ 6; 68/2007, de 28 de marzo, FJ 7; 142/2014, de 11 de septiembre, FJ 4; 150/2017, de 21 de diciembre, FJ 4). Respecto a las concretas medidas adoptadas en el Decreto-ley para afrontar la situación de extraordinaria y urgente necesidad, la función fiscalizadora del Tribunal resulta ajena a la consideración sobre su mayor o menor bondad técnica, sobre su oportunidad o, en fin, sobre su eficacia para combatir aquella situación, debiendo circunscribirse exclusivamente a constatar la existencia de la necesaria conexión de sentido entre la situación de urgencia definida y las medidas concretas adoptadas para subvenir la misma (SSTC

29/1982, FJ 5; 239/2005, FJ 7; 96/2014, de 12 de junio, FJ 7; 109/2014, de 26 de junio, FJ 3).

En la delimitación de lo que puede entenderse como «extraordinaria y urgente necesidad», el Tribunal Constitucional, en coherencia con la concepción flexible que mantiene sobre la legislación de urgencia, ha descartado que el presupuesto habilitante del Decreto-ley pueda identificarse con «**situaciones de necesidad absoluta o extrema**», considerando como tales aquellas en las que pueda existir un peligro grave o inminente para el sistema constitucional, para el orden público, entendido como normal ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas y normal funcionamiento de los servicios públicos, o, en fin, para la vida colectiva (SSTC 6/1983, de 4 de febrero, FJ 5; 60/1986, FJ 3). Esta falta de identificación del presupuesto habilitante del Decreto-ley con situaciones de necesidad absoluta o extrema ha de conducir a rechazar su posible equiparación con los estados de alarma, excepción y sitio regulados en el art. 116 CE (STC 6/1983, FJ 5). Por el contrario, el Tribunal Constitucional ha postulado una concepción más amplia de la «extraordinaria y urgente necesidad» identificándola con «**situaciones de necesidad relativa**», que refiere, además, a «situaciones concretas de los objetivos gubernamentales, que, por razones difíciles de prever, requieren una acción normativa inmediata en el plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes» (SSTC 6/1983, FJ 5; 111/1983, FJ 6). De modo que para el Tribunal Constitucional el presupuesto habilitante del Decreto-ley viene constituido por una situación de necesidad relativa respecto a los objetivos del programa de gobierno que requiera una acción normativa inmediata de rango legal que no puede satisfacerse a través de los procedimientos previstos para la elaboración de la ley (procedimiento ordinario, procedimiento de urgencia, lectura única e, incluso, aprobación por Comisión con competencia legislativa plena). En este sentido, con carácter general, sin perjuicio del análisis que re-

quiere cada caso en concreto, el Tribunal, empleando una fórmula más o menos similar, califica como constitucionalmente lícita la utilización del Decreto-ley «en todos aquellos casos en que hay que alcanzar los objetivos marcados para la gobernación del país, que por circunstancias difíciles o imposibles de prever, requieren una acción normativa inmediata o que por las coyunturas económicas exigen una rápida respuesta» (SSTC 182/1997, FJ 3; 137/2011, de 14 de septiembre, FJ 4). El hecho de que se trate de una **situación de carácter estructural** y no coyuntural no es obstáculo para recurrir a la legislación de urgencia (STC 139/2016, de 21 de julio, FF.JJ. 3 a 5), pudiendo también utilizarse este instrumento normativo «no solo para hacer frente a “coyunturas económicas problemáticas”, sino también ante “la necesidad de **consolidar el crecimiento de la actividad económica** [...] para adoptar medidas de política económica general fundamentadas en garantizar la permanencia en el tiempo de una preexistente fase expansiva económica”» (SSTC 31/2011, FJ 4; 137/2011, FJ 6). De otra parte, la concurrencia o no del presupuesto habilitante del Decreto-ley ha de ser apreciada, cuando se recurran solo alguno o algunos de sus preceptos, en relación con los concretos preceptos que han sido impugnados, siendo necesaria, por lo tanto, una **justificación ad casum** de la extraordinaria y urgente necesidad (SSTC 27/2015, de 19 de febrero, FJ 5; 150/2017, FJ 5).

La interpretación flexible y laxa que el Tribunal Constitucional viene llevando a cabo por lo general de este requisito de la situación de extraordinaria y urgente necesidad, criticada por un sector de la doctrina, coexiste con otros pronunciamientos ciertamente minoritarios en la jurisprudencia constitucional en los que se efectúa una **interpretación más estricta del presupuesto habilitante** del Decreto-ley, que resaltan la excepcionalidad que esta fuente supone al ejercicio de la potestad legislativa por el parlamento y, consiguientemente, postulan un uso restrictivo de este instrumento normativo por parte del ejecutivo. Esta línea jurisprudencial la inicia la STC

68/2007, en la que el Tribunal Constitucional ha estimado que el Gobierno se ha extralimitado en el uso del Decreto-ley por no concurrir el presupuesto de hecho habilitante, al haber dictado el Real Decreto-ley 5/2002, de 24 de marzo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad. En dicha Sentencia, el Tribunal, tras examinar individualizadamente las razones expuestas por el Gobierno, llega a la conclusión de que no se ha acreditado la existencia del presupuesto habilitante de la legislación de urgencia, ya que, en síntesis, «los argumentos que al respecto se utilizan en el preámbulo del Real Decreto-ley no solo resultan marcadamente teóricos y abstractos, impidiendo con ello todo contraste con la realidad, sino que, en buena medida, han sido matizados —cuando no neutralizados— por la propia percepción de la realidad transmitida por el Gobierno en el debate parlamentario de convalidación [y], en todo caso, en ningún momento se han justificado cuáles serían los perjuicios u obstáculos que, para la consecución de los objetivos perseguidos, se seguirían de su tramitación por el procedimiento legislativo parlamentario, en su caso, por el trámite de urgencia». A lo que añade que «la decisión de aprobar la reforma mediante un Real Decreto-ley no estuvo en realidad basada en razones de extraordinaria y urgente necesidad, dado que el calendario previsto podría haberse cumplido mediante la tramitación parlamentaria de la reforma, sino que constituyó una respuesta al fracaso de la Mesa de diálogo social y a la convocatoria de la huelga», circunstancia que, sin embargo, como se precisa en la Sentencia, no puede interpretarse como una prohibición al recurso del Decreto-ley con ocasión de los procesos de diálogo social (FF. JJ. 11 y 12). De esta línea jurisprudencial son exponentes, entre otras, las SSTC 137/2011; 27/2015, de 19 de febrero; 125/2016, de 7 de julio; y 126/2016, de 7 de julio.

En orden a la conexión de sentido o de congruencia entre la situación de extraordinaria y urgente necesidad y las medidas adoptadas en el Decreto-ley para afrontar dicha situa-

ción, constituye una reiterada doctrina constitucional que la competencia de los órganos políticos para apreciar el presupuesto habilitante del Decreto-ley no les permite incluir en él cualquier género de medidas. En concreto, «aquellas que, por su contenido y de modo evidente, no guardan relación alguna, ni directa ni indirecta, con la situación que se trata de afrontar, ni, muy especialmente, aquellas que, por su estructura misma, independientemente de su contenido, no modifican de manera instantánea la situación jurídica existente, pues de ellas difícilmente podrá predicarse la justificación de la extraordinaria y urgente necesidad». De modo que las medidas que se incluyan en el Decreto-ley han de ser, en principio, **medidas concretas y de eficacia inmediata** para hacer frente a la situación de extraordinaria y urgente necesidad que ha determinado el uso de la figura del Decreto-ley (SSTC 29/1982, FF.JJ. 3 y 4; 39/2013, de 14 de febrero, FJ 6; 96/2014, FJ 7; 26/2016, de 18 de febrero, FJ 5; 70/2016, de 14 de abril, FF. JJ. 6 y 7). La exigencia de inmediatez en las medidas contenidas en el Decreto-ley no es obstáculo, sin embargo, para que en determinados supuestos pueda aplazarse la aplicación de alguna de las medidas por razones técnicas, de modo que la inmediatez en la respuesta a la situación de extraordinaria y urgente necesidad puede complementarse con alguna cautela de **transitoriedad por razones técnicas** (STC 23/1993, FF.JJ. 4 y 6); por la necesidad de dejar transcurrir un tiempo entre la aprobación de la legislación de urgencia y su entrada en vigor para **organizar las estructuras y servicios de las Administraciones Públicas** (STC 86/2016, de 28 de abril, FJ 3); o, en fin, por ser preciso que las medidas incluidas en la legislación de urgencia **sean desarrolladas por las Comunidades Autónomas** (STC 26/2016, FF.JJ. 3 y 5). De otra parte, el hecho de que las medidas adoptadas en un mismo Decreto-ley puedan pertenecer a sectores materiales distintos obliga a analizarlas desde una visión global, pero en todo caso **la conexión de necesidad debe concurrir en relación con cada una de ellas** (STC 332/2005, FJ 5).

Un aspecto esencial a destacar, en relación con las medidas que pueden contenerse en el Decreto-ley, es la distinción que el Tribunal Constitucional ha efectuado entre las **deslegalizaciones y las habilitaciones** llevadas a cabo por este tipo de fuente. Respecto a las primeras, ha considerado inconstitucional la inclusión en un Decreto-ley de preceptos exclusivamente deslegalizadores, que remitan al futuro la regulación de la materia deslegalizada, máxime cuando no se ha fijado un plazo perentorio para llevar a cabo dicha regulación (SSTC 29/1982, FJ 6; 1/2012, de 13 de enero, FJ 12). Sin embargo, respecto a las habilitaciones no ha estimado inconstitucional que se remita al reglamento la regulación definitiva de la materia sobre la que versa el Decreto-ley de acuerdo con las bases que se fijen en el mismo, no resultando necesario, por lo tanto, que aquella regulación se contenga en el Decreto-ley. Lo verdaderamente importante en estos casos, desde el punto de vista constitucional, es que «el Decreto-ley produzca una innovación normativa efectiva y no que el régimen jurídico introducido a través del mismo sea completo o definitivo» (SSTC 11/2002, FJ 7; 270/2015, de 17 de diciembre, FJ 5). El Tribunal Constitucional ha resaltado en ocasiones la importancia de que la habilitación reglamentaria esté temporalmente limitada, si bien no ha conferido al incumplimiento de dicho plazo efecto alguno en relación con el enjuiciamiento constitucional del Decreto-ley (STC 332/2005, FJ 7), en tanto que en otros supuestos ha entendido que la circunstancia de que el desarrollo reglamentario del Decreto-ley no esté sometido a un plazo determinado no es óbice para apreciar la conexión de sentido entre la situación de extraordinaria y urgente necesidad y las medidas adoptadas (STC 64/2017, de 25 de mayo).

Tampoco ha merecido reproche alguno por parte del Tribunal Constitucional la inclusión en el Decreto-ley de aspectos o materias que en un principio no tienen por qué estar regulados en una norma con rango de ley y que, en consecuencia, pueden ser regulados por **normas reglamentarias** (SSTC 329/2005, FJ 6; 332/2005, FJ 7).

Desde la perspectiva del presupuesto habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad, el Tribunal Constitucional entiende que a los denominados **decretos-leyes ómnibus o de contenido heterogéneo**, a los que considera aplicable la doctrina constitucional sobre las leyes *ómnibus* (STC 132/2013, de 5 de junio, FJ 1), no se les puede exigir «un límite formal específico, basado en la existencia de un presupuesto habilitante común a todas las medidas en él contenidas», sino que la urgencia y la necesidad deben analizarse respecto de cada precepto. Así pues, por más que pueda hablarse en estos casos de la existencia de una situación global de emergencia o necesidad, el Gobierno ha de exponer razonadamente los motivos que ha tenido en cuenta para incluir cada bloque de medidas en el Decreto-ley, de modo que la valoración de la concurrencia del presupuesto habilitante «pasa por verificar que la motivación relativa a la existencia de dicho presupuesto, no es una vaga motivación genérica, sino que se refiere, expresamente, a cada precepto o grupo de preceptos con el objetivo de exteriorizar las razones que justifican la inclusión de esas medidas en un decreto-ley» (STC 199/2015, de 24 de septiembre, FF.JJ. 3 a 5).

IV. LOS LÍMITES MATERIALES AL DECRETO-LEY

El art. 86.1 CE dispone que los Decretos-leyes «no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho electoral general». Además de estas **materias explícitamente vedadas** al Decreto-ley por el art. 86.1 CE, existen otros **límites implícitos** que pueden deducirse de otros preceptos constitucionales.

Antes de analizar una y otra categoría de límites, es preciso despejar cualquier posible identificación entre **reserva de ley ordinaria** y materia vedada al Decreto-ley. El hecho

de que una materia esté reservada a la ley ordinaria, con carácter absoluto o relativo, no excluye su regulación mediante Decreto-ley, dado que la mención a la ley en el texto constitucional no es identificable en exclusiva con la ley en sentido formal (SSTC 111/1983, FJ 10; 60/1986, FJ 2; 182/1997, FJ 8).

También es necesario señalar que a través del instrumento normativo del Decreto-ley puede ser objeto de modificación la **ley de presupuestos generales del Estado** (AATC 179/2011, de 13 de diciembre; 180/2011, de 13 de diciembre; 184/2011, de 20 de diciembre).

Asimismo, la legislación de urgencia es un instrumento constitucionalmente válido como cauce para la **incorporación al ordenamiento interno del Derecho de la Unión Europea**, cuando concorra su presupuesto habilitante *ex art.* 86.1 CE (SSTC 1/2012, FJ 10; 142/2014, FFJJ. 4 y 5).

1. Los límites del art. 86 CE

Los límites que enuncia el art. 86.1 CE plantean relevantes **problemas interpretativos** tanto en lo relativo a la acción prohibida —«afectar»— como respecto a la delimitación de cada una de las materias enumeradas. En cuanto al alcance y significado de la prohibición de «afectar», el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre los mismos al analizar las limitaciones referidas «al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado» y a «los derechos, deberes y libertades del Título I», siendo trasladable dicha doctrina, que se expone al abordar cada uno de estos límites, al resto de las limitaciones del art. 86.1 CE.

A) Ordenamiento de las instituciones básicas del Estado

La prohibición de «afectar» abarca en este caso a «los **elementos estructurales, esenciales o generales** de la organización y fun-

cionamiento de las **instituciones estatales básicas**, pero no, en cambio, a cualesquiera otros aspectos accidentales o singulares de las mismas». De otra parte, su ámbito material ha sido identificado por el Tribunal Constitucional con el de las «organizaciones públicas sancionadas por el propio texto constitucional cuya regulación reclama una ley», mencionando, entre ellas, a la luz del caso concreto enjuiciado, al Gobierno y a la Administración Pública y, más en concreto, a la Administración del Estado. En este sentido ha descartado que supongan una transgresión de dicho límite la regulación por Decreto-ley de una **reorganización parcial de los departamentos ministeriales** (STC 60/1986, FJ 4), del **equilibrio territorial hidráulico** plasmado en el plan hidrológico nacional (STC 237/2012, de 13 de diciembre, FJ 7) o de la **elección de los consejeros y del presidente de la Corporación RTVE** (STC 150/2017, de 21 de diciembre, FJ 9).

La concreta determinación de cuáles son «las instituciones básicas del Estado», a falta de una noción que permita su identificación, es una cuestión no exenta de cierta complejidad como reflejan las distintas posturas doctrinales que se mantienen al respecto.

El Tribunal Constitucional ha proyectado su doctrina sobre este límite a la figura del Decreto-ley autonómico en relación con la prohibición estatutaria de que este tipo de fuente pueda afectar a las instituciones básicas de las Comunidades Autónomas. En este sentido, el Tribunal ha declarado que una institución básica de una Comunidad Autónoma es «aquella organización pública sancionada en el texto estatutario correspondiente y cuya regulación ha de llevarse a cabo por ley». En aplicación de esta doctrina, ha denegado la condición de institución básica a la radiotelevisión autonómica, pues «en el Estatuto de Autonomía, al enunciarse las instituciones de autogobierno, no se hace referencia alguna a una entidad pública de radiotelevisión» (STC 103/2017, de 6 de septiembre, FJ 7).

B) *Derechos, deberes y libertades del Título I CE*

En relación con este límite material, el Tribunal Constitucional ha rechazado la identificación de la **reserva de ley orgánica** del art. 81.1 CE para el «desarrollo de los derechos fundamentales y las libertades públicas» con el ámbito sustraído al Decreto-ley, pues la prohibición relativa a esta figura normativa consiste en «afectar», a diferencia de la acción reservada a la ley orgánica que es el «desarrollo», resultando, por lo tanto, aquella de mayor amplitud que esta. Además, en cuanto al ámbito material en un caso vedado y en otro objeto de reserva, el art. 81.1 CE se refiere a «los derechos fundamentales y las libertades públicas», que coincide con la rúbrica de la Sección 1.^a, del Capítulo II, del Título I CE, de modo que resulta comprensiva de los derechos y libertades recogidos en los arts. 15 a 29 CE, en tanto que lo sustraído al Decreto-ley son los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos recogidos en el Título I CE, ámbito más extenso que el reservado a la ley orgánica (STC 111/1983, FJ 8).

La amplitud de esta limitación ha llevado al Tribunal Constitucional a rechazar una interpretación literal del término «**afectar**», como sinónimo de incidir, pues de lo contrario se reduciría a la nada la funcionalidad del Decreto-ley, ya que es difícil imaginar una regulación que de alguna manera no afecte o incida en cualesquiera de los derechos, deberes y libertades del Título I CE. En consecuencia, ha optado por una **interpretación restrictiva del término «afectar»**, en el sentido de que lo vedado al Decreto-ley es «la regulación del **régimen general de los derechos, deberes y libertades del Título I**», así como contravenir «**el contenido o los elementos esenciales**» de alguno de tales derechos, deberes o libertades. Para determinar en cada supuesto si un concreto derecho, deber o libertad ha resultado «afectado», en el significado conferido a este expresión, por un Decreto-ley, ha establecido como criterios a tener en cuenta «la configuración constitucional del derecho

afectado en cada caso e incluso su colocación en el texto constitucional dentro de las diversas secciones y capítulos de su Título I, dotados de mayor o menor rigor protector a tenor del art. 53 de la CE» (SSTC 111/1983, FJ 9; 182/1997, FF.JJ. 6 y 7; 329/2005, FJ 8).

En abstracto es difícil una mayor concreción de esta limitación. Descendiendo a los concretos supuestos enjuiciados, el Tribunal Constitucional, con base en la aplicación de los criterios expuestos, ha considerado que no afectaba al **derecho de propiedad** la expropiación singular de un grupo empresarial por Decreto-ley dada la excepcionalidad de la situación creada que comprometía la estabilidad del sistema financiero, no siendo posible la extensión de la técnica utilizada a otras situaciones (STC 111/1983, FJ 9). E igual conclusión alcanzó en relación con el **derecho a la legalidad sancionadora** (art. 25.1 CE) respecto a la tipificación de ilícitos y sanciones administrativas por Decreto-ley, por no tratarse de una regulación general de dicho derecho ni contravenir o menoscabar su contenido o elementos esenciales (SSTC 3/1988, de 21 de enero, FJ 8; 6/1994, de 17 de enero, FJ 3). Asimismo, en relación con los **derechos a la libertad de expresión y de información** [art. 20.1.a) y d) CE], ha estimado que no afectaba a ambos derechos la regulación por Decreto-ley de determinados instrumentos técnicos que permiten su ejercicio por tratarse de «derechos meramente instrumentales» de aquellos (STC 329/2005, FJ 9). Por lo que respecta al **derecho a la negociación colectiva** (art. 37 CE), ha entendido que lo mismo acontece con la suspensión de los acuerdos y convenios en vigor en el sector público en cuanto se opongan a medidas adoptadas en materia de personal para la reducción del déficit público, ya que dicha suspensión no supone una regulación del régimen general de aquel derecho, ni la intangibilidad del convenio colectivo frente a las normas legales se configura como uno de sus elementos esenciales (STC 104/2015, de 28 de mayo, FJ 8; AATC 179/2011; 180/2011; 184/2011). Del mismo modo, el Tribunal ha

considerado que la aprobación de un calendario escolar que se limita a concretar a qué cursos han de aplicarse los proyectos de tratamiento integral de las lenguas cooficiales, al ser una decisión que se sitúa en el ámbito meramente procedimental, no interfiere en el contenido material del proyecto educativo, por lo que no afecta al régimen general del **derecho a la educación**, ni a su contenido o elementos esenciales (STC 38/2016, de 3 de marzo, FJ 6). Tampoco el establecimiento mediante Decreto-ley de los requisitos para adquirir la condición de asegurado y de beneficiario del sistema nacional de salud incurre, a su juicio, en la prohibición de afectar a los derechos, deberes y libertades del Título I CE, ya que el **derecho a la protección de la salud** (art. 43 CE) no está incluido entre aquellos cuya regulación por Decreto-ley impide el art. 86.1 CE (STC 139/2016, FJ 6).

Por el contrario, el Tribunal Constitucional ha calificado la utilización del Decreto-ley para fijar y determinar las normas de competencia judicial como una afectación prohibida *ex* art. 86.1 CE del **derecho al Juez ordinario pre-determinado por la ley** (art. 24.2 CE), pues su empleo en esta materia supone contravenir un elemento esencial del referido derecho fundamental, cual es la cualidad de ley formal de la norma que establezca los criterios fundamentales de competencia jurisdiccional (STC 93/1988, de 24 de mayo, FJ 4). La misma consideración le ha merecido la imposición al propietario de una vivienda del deber de destinarla de forma efectiva a uso habitacional por afectar esta previsión al **derecho de propiedad privada** (art. 33 CE), pues se trata de «una regulación directa y con vocación de generalidad de las vertientes individual e institucional del derecho de propiedad sobre la vivienda» (STC 93/2015, de 14 de mayo, FJ 13).

Una de las cuestiones más polémicas en relación con la prohibición de que el Decreto-ley afecte a los derechos, deberes y libertades del Título I CE radica en la utilización de esta figura normativa en **materia tributaria**, al po-

der resultar afectado el deber constitucional de los ciudadanos de contribuir a través de los impuestos al sostenimiento o financiación de los gastos públicos (art. 31.1 CE). Pues bien, el Tribunal Constitucional ha considerado que no resulta absolutamente prohibido el Decreto-ley en materia tributaria, si bien «no podrá alterar ni el régimen general ni aquellos elementos esenciales de los tributos que incidan en la determinación de la carga tributaria, afectando así al deber general de los ciudadanos de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su riqueza mediante un sistema tributario justo». Para determinar esa posible afectación ha establecido como elementos que es preciso tener en cuenta en cada caso «en qué tributo en concreto incide el Decreto-ley —constatando su naturaleza, estructura y la función que cumple dentro del conjunto del sistema tributario, así como el grado o medida en que interviene el principio de capacidad económica—, qué elementos del mismo —esenciales o no— resultan alterados por este excepcional modo de producción normativa y, en fin, cuál es la naturaleza y alcance de la concreta regulación de que se trate» (STC 182/1997, FF.JJ. 6 y 7; también STC 83/2014, de 29 de mayo, FF.JJ. 3 y 5).

Esta doctrina, sintéticamente expuesta, ha llevado al Tribunal Constitucional a concluir que la utilización del Decreto-ley para incrementar las tarifas aplicables a las bases imponibles del **impuesto sobre la renta de las personas físicas** o para modificar el régimen tributario de los incrementos y disminuciones del patrimonio en dicho impuesto vulnera el art. 86.1 CE por afectar al deber constitucional del art. 31.1 CE, dado que el citado impuesto constituye uno de los pilares del sistema tributario y cualquier alteración de sus elementos esenciales **modifica sustancialmente la carga tributaria** que soportan los contribuyentes (SSTC 182/1997, FJ 20; 189/2005, FF.JJ. 7 y 8). El Tribunal también ha considerado que la regulación mediante Decreto-ley de la denominada «**amnistía fiscal**», que permitió que los contribuyentes del

impuesto de la renta sobre las personas físicas y del impuesto de sociedades que no habían declarado en su momento todas sus rentas presentarán una declaración para regular su situación tributaria, tributando las rentas así declaradas a un tipo reducido, sin aplicación de recargos ni sanciones penales o administrativas, «ha afectado a la esencia misma del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos que enuncia el art. 31.1 CE, al haber alterado el modo de reparto de la carga tributaria que debe levantar la generalidad de los contribuyentes, en unos términos que resultan prohibidos por el art. 86.1 CE» (STC 73/2017, de 8 de junio, FF.JJ. 4 y 6).

Por el contrario, no afecta a dicho deber constitucional la utilización del Decreto-ley para reducir el tipo de gravamen del impuesto especial sobre determinados medios de transporte o para elevar los tipos del impuesto sobre el alcohol y las bebidas derivadas, o, en fin, para reducir la base imponible del impuesto de sucesiones y donaciones en los supuestos de transmisión *mortis causa* de la empresa familiar y de la vivienda habitual del causante, por tratarse de impuestos que, lejos de configurarse como un tributo general sobre la renta o el consumo, **gravan específicas manifestaciones de la capacidad de consumo** (SSTC 137/2003, FF.JJ. 6 y 7; 108/2004, FF.JJ. 7 y 8; 189/2005, FF.JJ. 7 y 8). Ni tampoco el recurso al Decreto-ley en materia de actualización de balances en los impuestos sobre sociedades y sobre la renta de las personas físicas, ya que a dicha actualización solo pueden acogerse determinados sujetos pasivos de manera voluntaria, por lo que **no se altera de modo relevante la presión fiscal** que debe soportar la generalidad de los contribuyentes (STC 189/2005, FF.JJ. 7 y 8). A la misma conclusión ha llegado el Tribunal Constitucional en relación con la forma de determinación de la base imponible y los tipos de gravámenes del arbitrio insular canario a la entrada de mercancías, al tratarse de un tributo indirecto, instantáneo, objetivo y real que grava una específica manifestación de capacidad económica para determinadas mercancías y en una determinada

parte del territorio nacional, lo que supone que **ni puede decirse que repercuta sensiblemente en el reparto de la carga tributaria entre los contribuyentes, ni tampoco puede afirmarse que personalice el reparto de la carga fiscal** en nuestro sistema tributario según los criterios de capacidad económica, igualdad y progresividad (STC 100/2012, de 8 de mayo, FF.JJ. 8 y 9). Asimismo, el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos (art. 31.1 CE) no resulta afectado por la supresión de un canon de trasvase previsto en el plan hidrológico nacional, pues su supresión es una consecuencia lógica de la derogación del trasvase, de modo que ha quedado **privado de hecho imponible** desde el momento en que el legislador de urgencia ha ordenado la no realización del trasvase (STC 237/2012, de 13 de diciembre, FJ 7). Y, en fin, aunque la medida regulada por Decreto-ley revista, de acuerdo con su presupuesto de hecho, configuración y estructura jurídica, el carácter de una prestación pública patrimonial, si carece de naturaleza tributaria, no afecta al deber constitucional del art. 31.1 CE [SSTC 83/2014, FF.JJ. 3 a 5; 139/2016, FJ b) y c)].

C) Régimen de las Comunidades Autónomas

Este ámbito material vedado al Decreto-ley ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional en el sentido de que no puede afectar «al **régimen jurídico constitucional de las Comunidades Autónomas, incluida la posición institucional**» que les otorga la Constitución, ni tampoco regular el objeto propio de las leyes a las que corresponde **delimitar las competencias** entre el Estado y las diferentes Comunidades Autónomas o **regular o armonizar** el ejercicio de las competencias de estas (art. 28.1 LOTC). Así pues, por Decreto-ley no se pueden aprobar ni modificar los Estatutos de Autonomía, ni suplir a las leyes que dentro del marco constitucional han de delimitar las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, ni, en fin, a las leyes orgánicas de transferencia, delegación o armonización

previstas en el art. 150 CE (SSTC 29/1986, FJ 2; 23/1993, FJ 2; 182/2013, de 23 de octubre, FJ 3).

No obstante, este ámbito sustraído al Decreto-ley debe entenderse referido, en una interpretación restrictiva del término «afectar», a aquella determinación o **regulación «directa y positiva de las competencias»**, no a «cualquier delimitación o regulación que indirectamente incida en las competencias autonómicas» (SSTC 23/1993, FJ 2; 332/2005, de 15 de diciembre, FJ 8). La limitación no alcanza, por lo tanto, al ejercicio por el Estado de las competencias legislativas de las que sea titular, en relación con las cuales, si concurren los requisitos constitucionalmente previstos, puede utilizar el Decreto-ley, aunque la regulación estatal, como consecuencia del reparto competencial en la materia, incida o delimite indirectamente el alcance de la competencia autonómica. Como proyección de este entendimiento de dicha limitación material, es factible la utilización del Decreto-ley para establecer las **bases o normas básicas** de una materia compartida (SSTC 23/1993, FJ 3; 225/1993, FJ 3; 11/2002, FJ 8; 1/2012, de 13 de enero, FJ 12).

Así pues, a través del instrumento normativo del Decreto-ley el Estado puede «regular materias en las que una Comunidad Autónoma tenga competencias, pero en las que incida una competencia legislativa del Estado, siempre que esa regulación no tenga como fin atribuir competencias o delimitar positivamente las esferas de las competencias de las Comunidades Autónomas». Este límite, por tanto, ha de entenderse referido «a una delimitación directa y positiva de las competencias mediante tal instrumento normativo, y no a cualquier regulación que indirectamente incida en las competencias autonómicas» (STC 182/2013, FJ 3; doctrina que reitera STC 197/2015, de 24 de septiembre, FJ 7).

D) *Derecho electoral general*

En materia electoral resultan coextensos el ámbito reservado a la ley orgánica *ex* art. 81.1

CE —«régimen general electoral»— y el vedado al Decreto-ley *ex* art. 86.1 CE —«derecho electoral general»—.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en torno al alcance de la noción «régimen electoral general» del art. 81.1 CE, identificándola con «las normas electorales válidas para la generalidad de las instituciones representativas del Estado en su conjunto y las entidades territoriales en que se organiza, a tenor del art. 137 CE, salvo las excepciones que se hallen establecidas en la Constitución o en los Estatutos de Autonomía» (STC 38/1983, de 16 de mayo, FJ 3). Así pues, al Decreto-ley le estaría sustraída por la prohibición de afectar «al derecho electoral general», de acuerdo con dicha doctrina constitucional, la regulación de los **elementos esenciales y generales de las elecciones generales, municipales y provinciales**. El interrogante que podría suscitarse en relación con la designación de senadores en representación de las Comunidades Autónomas y con las elecciones a la Asamblea legislativa de cada Comunidad Autónoma, por no formar parte del «régimen electoral general», en cuanto si son o no materias vedadas al Decreto-ley, queda despejado al poder subsumirse la regulación de ambos procesos electorales en la prohibición de afectar «al régimen de las Comunidades Autónomas», al tratarse, en el primer caso, de una regulación que corresponde, en lo no previsto en el texto constitucional, a los respectivos Estatutos de Autonomía en virtud de la remisión del art. 69.5 CE, y, en el segundo, de una competencia propia de las Comunidades Autónomas.

2. Los límites implícitos

El Tribunal Constitucional ha admitido la existencia de otros límites materiales al Decreto-ley, además de los establecidos expresamente en el art. 86.1 CE, citando como ejemplos concretos de estos límites «las materias reservadas a la ley orgánica o aquellas otras para las que la Constitución prevea *ex*

pressis verbis la intervención de los órganos parlamentarios bajo la forma de ley» (STC 60/1986, FJ 2) o, en otros términos, «el conjunto de **reservas establecidas por el constituyente respecto de determinadas materias y en beneficio de específicas formas y procedimientos**» (STC 155/2005, de 9 de junio, FJ 5).

Además de los supuestos de declaración de inconstitucionalidad por regular una **materia reservada a la ley orgánica** (STC 60/1986, FJ 5), el Tribunal también ha considerado como una reserva establecida a favor de las Cortes Generales y del concreto procedimiento parlamentario constitucionalmente previsto, resultando, por lo tanto, una materia sustraída al Decreto-ley, la previa autorización para la prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de **tratados o convenios a los que se refiere el art. 94.1 CE**, ya que dicha autorización deber ser concedida por las Cortes Generales, quedando excluida, por tanto, la posibilidad de una prestación de ese consentimiento sin previa autorización parlamentaria o con la dispensada por un órgano distinto (STC 155/2005, FF. JJ. 5 a 8).

Aunque en la doctrina no existe un criterio unánime en la definición de las reservas constitucionales vedadas al Decreto-ley en beneficio de esas específicas formas y procedimientos, suelen enumerarse entre dichas reservas como **ámbitos sustraídos a la figura normativa del Decreto-ley** por alterar la relación Gobierno-Cortes Generales o implicar una actividad de control parlamentario sobre la acción de gobierno, entre otras, las leyes de delegación (art. 82 CE); la autorización por el Congreso del referéndum consultivo (art. 92 CE); los tratados internacionales (arts. 93 y 94); la autorización o prórroga de los estados de alarma, excepción y sitio (art. 116 CE); la planificación de la actividad económica general (art. 131 CE); los presupuestos generales del Estado (art. 134 CE); la autorización para emitir deuda pública (art. 135 CE); la autorización para la celebración de acuerdos de

cooperación entre las Comunidades Autónomas (art. 145 CE), y la autorización a la que se refiere el art. 155 CE.

V. LA INTERVENCIÓN PARLAMENTARIA

La doctrina se ha mostrado dividida en torno al **carácter alternativo o sucesivo** de las vías de intervención parlamentaria previstas en el art. 86.2 y 3 CE, habiendo admitido el Tribunal Constitucional una y otra interpretación (STC 29/1982, FJ 2). El Reglamento del Congreso de los Diputados de 10 de febrero de 1982 (RCD) ha optado por plasmar la práctica parlamentaria seguida desde la entrada en vigor de la Constitución y concebir ambas vías como sucesivas, de modo que el Congreso de los Diputados tras la publicación de un Decreto-ley, de acuerdo con el art. 86.2 CE, ha de pronunciarse sobre su convalidación y derogación y, en el supuesto de que su pronunciamiento fuera favorable a la convalidación del Decreto-ley, podrá seguidamente acordar su tramitación como proyecto de ley, iniciándose de este modo el mecanismo de intervención parlamentaria previsto en el art. 86.3 CE (art. 151.1 y 4 RCD).

1. La convalidación o derogación del Decreto-ley

En el trámite de convalidación o derogación del Decreto-ley interviene únicamente el **Congreso de los Diputados o su Diputación Permanente** cuando aquel se encuentre disuelto o hubiese expirado su mandato (art. 78.2 CE). No hay, por lo tanto, participación alguna del Senado.

En el supuesto de que el Congreso de los Diputados no estuviese reunido, deberá ser convocado al efecto, lo que supone que, dictado un Decreto-ley en los **períodos entre sesiones**, será necesaria la convocatoria de una sesión extraordinaria si el plazo del que dispone para pronunciarse sobre la convalida-

ción o derogación del Decreto-ley no permite posponer su decisión al inicio del siguiente período de sesiones.

El **plazo** para la convalidación o derogación es de treinta días, que deben computarse como días hábiles (art. 90.1 RCD) y cuyo *dies a quo* en la práctica no es el de la «promulgación», como dice el art. 86.2 CE, pues los Decretos-leyes no son promulgados, sino el de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*.

El **pronunciamiento** del Congreso de los Diputados recae **sobre la totalidad** del Decreto-ley, sin posibilidad de introducir modificación alguna y se desarrolla de conformidad con el procedimiento que establece el art. 151 RCD. El debate se celebra en el Pleno de la Cámara, órgano titular de la competencia, y consta de las siguientes fases: a) un miembro del Gobierno expone ante la Cámara las razones que han obligado a la promulgación del Decreto-ley; b) seguidamente se inicia el debate que se realiza de acuerdo con lo establecido para los debates de totalidad (art. 74.2 RCD); c) concluido el debate, se procederá a la votación, entendiéndose los votos afirmativos favorables a la convalidación y los negativos favorables a la derogación.

El acuerdo de convalidación o derogación se publica en el *Boletín Oficial del Estado* (art. 151.6 RCD), revistiendo en la práctica la fórmula de una resolución del Presidente de la Cámara que da cuenta del mismo. La **publicación** del acuerdo de convalidación o derogación puede tener lugar una vez transcurrido el plazo de treinta días que establece el art. 86.1 CE (STC 29/1986, FJ 2).

En la doctrina se mantienen opiniones encontradas en torno a la **naturaleza** del acto de convalidación o derogación del Decreto-ley, estimando algunos autores que se trata de un acto de control parlamentario, en tanto que otros, debido a su incidencia sobre la vigencia o derogación del Decreto-ley, le confieren además un carácter normativo. En todo caso, mayoritariamente se considera que se trata

de un «acto con fuerza de ley» [art. 27.2.b) LOTC], susceptible, por lo tanto, de impugnación a través de los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad.

Los **efectos de la convalidación**, denominación sin duda impropia, siendo más correcta técnicamente la de ratificación u homologación, son los de la pervivencia en el ordenamiento jurídico con carácter definitivo, que no indefinido, del Decreto-ley, es decir, de ser una norma de vigencia provisional pasa a ser una norma de vigencia definitiva. En todo caso el Decreto-ley no se transforma en una ley formal ni pierde su condición de Decreto-ley (SSTC 29/1982, FJ 2; 111/1983, FJ 3). Lógico corolario de este entendimiento del acuerdo de convalidación es que carece de cualquier efecto sanatorio de los vicios en los que pudiera incurrir el Decreto-ley (STC 6/1983, FJ 5).

Por su parte, la **derogación** del Decreto-ley supone su expulsión del ordenamiento jurídico, al no haberse cumplido la condición resolutoria a la que estaba sujeta su pervivencia. La doctrina se encuentra dividida en torno a los efectos de la derogación, confiriéndole algunos autores efectos *ex tunc*, en tanto que un sector mayoritario le otorga efectos *ex nunc*. A la derogación se equiparan el silencio del Congreso de los Diputados sobre la convalidación o derogación del Decreto-ley, así como un pronunciamiento extemporáneo.

2. La tramitación del Decreto-ley como proyecto de ley

En coherencia con la concepción sucesiva de las vías de intervención parlamentaria del art. 86.2 y 3 CE, el art. 151.4 RCD prevé que el Presidente de la Cámara en la misma sesión en la que tiene lugar el debate sobre la convalidación o derogación del Decreto-ley, en el supuesto de que este sea convalidado, preguntará si algún Grupo parlamentario desea que se **tramite como proyecto de ley** y, en caso afirmativo, la solicitud será sometida a deci-

sión de la Cámara, tramitándose como proyecto de ley si esta se pronuncia a favor.

A diferencia de la intervención parlamentaria de convalidación o derogación regulada en el art. 86.2 CE, la contemplada en el art. 86.3 CE no es preceptiva, sino potestativa, dependiendo del Congreso de los Diputados la decisión de iniciar o no la tramitación del Decreto-ley como proyecto de ley. También, a diferencia de aquella, en este caso **intervienen las Cortes Generales**, es decir, ambas Cámaras. El procedimiento legislativo presenta la singularidad de que tiene por objeto un Decreto-ley ya convalidado, esto es, una norma vigente con fuerza y rango de ley, sustanciándose por los trámites del procedimiento de urgencia (arts. 94 RCD; 90.3 CE y 133 a 135 del Reglamento del Senado de 3 de mayo de 1994).

Las Cortes Generales ejercen con **plenitud su potestad legislativa** (art. 66.2 CE), no estando sometidas a los límites materiales del Decreto-ley y pueden introducir modificaciones en el proyecto de ley, estando prohibidas únicamente las enmiendas de totalidad (art. 151.4 RCD). En consecuencia, el resultado de seguir hasta el final la vía del art. 86.3 CE es la **aprobación de una ley formal**, que sustituye al Decreto-ley (STC 111/1983, FJ 3), pues con carácter general determina su pérdida de vigencia, salvo en los supuestos en que la ley resultante mantenga en vigor parte del Decreto-ley.

Uno de los temas más discutidos en la doctrina estriba en la posibilidad de que las **Diputaciones Permanentes** del Congreso de los Diputados y del Senado puedan tramitar el Decreto-ley como proyecto de ley en virtud de la remisión del art. 78.2 CE al art. 86 CE. La práctica parlamentaria ha venido admitiendo dicha posibilidad y este criterio se ha plasmado en el Reglamento del Congreso de los Diputados (arts. 57 y 151.5 RCD).

También es una cuestión bastante controvertida la relativa a la **relación entre el Decreto-ley y la ley resultante** de su tramitación como proyecto de ley. Para un sector mayori-

tario de la doctrina se trata de normas distintas, susceptibles de un control individualizado, careciendo la ley de efectos retroactivos, salvo que expresamente se disponga lo contrario, y, en todo caso, de efectos sanatorios sobre los posibles vicios de inconstitucionalidad en los que pudiera haber incurrido el Decreto-ley. Otros autores, sin embargo, confieren efectos retroactivos y sanatorios a la ley respecto a los vicios de inconstitucionalidad del Decreto-ley.

La postura mantenida por el **Tribunal Constitucional** no resulta suficientemente clarificadora en lo que se refiere a dicha relación. En efecto, en principio parece que el Tribunal en la STC 111/1983 configura al Decreto-ley y a la ley resultante de su tramitación como proyecto de ley como normas distintas, que han de ser impugnadas de manera autónoma, sin que la falta de impugnación de la ley extinga el proceso constitucional que tiene por objeto el Decreto-ley, de modo que parece negar efecto sanatorio a la ley respecto a los posibles vicios en los que pudiera haber incurrido el Decreto-ley. Sin embargo, en esa misma Sentencia el Tribunal únicamente se pronuncia sobre la constitucionalidad de los preceptos del Decreto-ley impugnados que no han sido reproducidos en la ley de sustitución, incluso aunque alguno de esos preceptos que se reproducen se hubiesen recurrido por transgredir los límites que al Decreto-ley impone el art. 86.1 CE, con lo que, en cierta medida, pese a su consideración como normas distintas, viene a admitir efectos sanatorios a la ley de sustitución.

Ciertamente esta doctrina ha resultado modulada en posteriores pronunciamientos en cuanto la derogación del Decreto-ley por la ley de sustitución no ha impedido que el Tribunal vele por el **correcto funcionamiento del sistema de producción normativa** y, en consecuencia, por la adecuación del Decreto-ley o de algunos de sus preceptos a las condiciones y límites que para la legislación de urgencia establece el art. 86.1 CE —presupuesto habilitante y límites materiales—

(SSTC 182/1997, FJ 1; 155/2005, FJ 2; 239/2005, FJ 2; 237/2012, FJ 2). Sin embargo, la cuestión no queda definitivamente clarificada en aquellos supuestos en que los preceptos de un Decreto-ley son impugnados por vicios constitucionales materiales distintos al incumplimiento de las condiciones y límites que le impone el art. 86.1 CE y quedan derogados por la ley de sustitución, que bien los puede reproducir o modificar sustancialmente. En estos casos, el Tribunal aplica, sin más, la doctrina general sobre la incidencia que en el objeto de los procesos de declaración de inconstitucionalidad tiene la derogación o modificación de la norma impugnada. Y así, cuando el Decreto-ley es impugnado a través del recurso de inconstitucionalidad, declara la desaparición sobrevenida del objeto del proceso respecto de aquellos preceptos derogados por la ley de sustitución a los que se les imputan vicios de inconstitucionalidad diferentes a los derivados del art. 86.1 CE, circunscribiendo el objeto del proceso exclusivamente a las condiciones y límites que al Decreto-ley le impone el citado precepto constitucional (STC 68/2007, FJ 4). No obstante, no cabe inferir de esta circunstancia una terminante posición del Tribunal a favor de conferir efectos retroactivos y sanatorios a la ley de sustitución, pues en caso de impugnarse este tipo de preceptos a través de una **cuestión de constitucionalidad**, parece que sí habría de pronunciarse sobre ellos, en aplicación de su doctrina sobre la pérdida de objeto de las cuestiones de constitucionalidad por derogación o modificación de la disposición legal cuestionada.

Cuando la conversión del Decreto-ley en ley *ex* art. 86.3 CE tiene lugar con anterioridad a la interposición del recurso de inconstitucionalidad, el enjuiciamiento de los supuestos vicios competenciales o materiales solo puede versar sobre los que pudieran imputarse a la norma vigente en el momento de interposición del recurso, esto es, a la ley tramitada por el procedimiento del art. 86.3 CE, que debe ser impugnada. El proceso constitucional pierde objeto respecto de los vicios com-

petenciales o materiales que se imputen al Decreto-ley derogado (STC 197/2015, de 24 de septiembre, FJ 2).

VI. EL DECRETO-LEY EN LOS ORDENAMIENTOS AUTONÓMICOS

Algunas Comunidades Autónomas han introducido la figura del **Decreto-ley en sus ordenamientos autonómicos** con ocasión de las últimas reformas de sus Estatutos de Autonomía, sometida a las condiciones y límites que en ellos se establecen (arts. 64 EAC; 110 EAA; 20.2 EAMur.; 44.4 EACV; 44 EAARA.; 21 bis LORAFNA; 33 EAEx.; 49 EAIB y 25.4 EACyL).

El hecho de que esta fuente normativa no esté explícitamente prevista en el Título VIII CE no puede entenderse, a juicio del Tribunal Constitucional, como una prohibición de su existencia en dichos ordenamientos, sino como una posibilidad de que puede ser introducida por el legislador estatutario, que puede atribuir al ejecutivo de la Comunidad Autónoma la facultad de dictar, en concretos supuestos, normas provisionales con rango de ley que adopten la forma de Decreto-ley. Ahora bien, este tipo de fuente ha de quedar sometida en los ordenamientos autonómicos, por razón del principio democrático en el sistema de producción normativa, a los límites que el art. 86.1 CE impone a esta figura en el ámbito estatal, que constituyen «requerimientos mínimos» que el legislador estatutario puede ampliar o endurecer para preservar más intensamente la posición del Parlamento autonómico. Así pues, «un Estatuto de Autonomía no puede atribuir al Consejo de Gobierno autonómico poderes de legislación de urgencia que no estén sujetos, en lo que corresponda, a los límites consagrados en el artículo 86.1 CE como garantía del principio democrático» (STC 93/2015, de 14 de mayo, FJ 3).

En cuanto al alcance de su función fiscalizadora, el Tribunal Constitucional entiende

que, al enjuiciar la concurrencia o no de la extraordinaria y urgente necesidad como presupuesto habilitante del Decreto-ley, debe ponderar, de un lado, la competencia autonómica ejercida al efecto, «pues la naturaleza y alcance de las competencias autonómicas hacen, en principio, menos necesario el recurso a la aprobación de las normas legales de urgencia» (STC 93/2015, FJ 5); así como, de otro lado, dado el carácter unicameral de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, su reducido tamaño y su menor actividad parlamentaria en relación con la de las Cortes Generales, el menor tiempo que requiere la tramitación de un proyecto de ley en las cámaras autonómicas, dado que ese factor temporal «puede hacer posible que las

situaciones de necesidad sean atendidas tempestivamente mediante la aprobación de leyes, decayendo así la necesidad de intervención extraordinaria del ejecutivo, con lo que dejaría de concurrir el presupuesto habilitante» (FJ 6).

Desde este primer pronunciamiento sobre la figura del Decreto-ley en el ámbito autonómico, el Tribunal Constitucional ha enjuiciado en no escasas ocasiones la constitucionalidad del uso de esta fuente normativa por parte de los ejecutivos de las Comunidades Autónomas (SSTC 95/2015, de 14 de mayo; 104/2015, de 28 de mayo; 107/2015, de 28 de mayo; 37/2016, de 3 de marzo; 157/2016, de 22 de diciembre; 211/2016, de 15 de diciembre; 103/2017, de 6 de septiembre).

BIBLIOGRAFÍA

ARAGÓN REYES M., *Uso y abuso del decreto-ley. Una propuesta de reinterpretación constitucional*, Iustel, Madrid, 2016.

ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, I., «Artículo 86. Decretos-leyes», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Cortes Generales-Edersa, Madrid, 1998, págs. 143-250.

CARMONA CONTRERAS, A. M., *La configuración constitucional del Decreto-ley*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

DE OTTO PARDO, I., *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987, págs. 195-214.

DONAIRE VILLA, F. J., *Las normas con fuerza de Ley de las Comunidades Autónomas. Las figuras del Decreto legislativo y del Decreto-ley autonómicos*, Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona, 2012.

JIMÉNEZ CAMPO, J., «Las Diputaciones Permanentes y el control sobre el Decreto-ley», *Revista de Derecho Político*, núm. 15, 1982, págs. 35-55.

JIMÉNEZ CAMPO, J. y DUQUE VILLANUEVA, J. C., «Decreto-Ley», en ARAGÓN REYES, M. (Dir.), *Temas Básicos de Derecho Constitucional*, Civitas, Madrid, 2011, t. I, págs. 424-429.

MARTÍN REBOLLO, L., «Uso y abuso del decreto-ley (Un análisis empírico)», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 174, 2015, págs. 23-92.

MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Iustel, Madrid, 2006, t. II, págs. 636-648.

PÉREZ ROYO, J., *Las fuentes del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1984, págs. 110-134.

SALAS HERNÁNDEZ, J., *Los Decretos-leyes en la Constitución española de 1978*, Civitas, Madrid, 1979.

— «Los decretos-leyes en la teoría y en la práctica constitucional», en *Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991, t. I, págs. 269-326.

SANTOLAYA MACHETTI, P., *El régimen constitucional de los Decretos-leyes*, Tecnos, Madrid, 1988.

TUR AUSINA, R., *El control parlamentario de los Decretos-leyes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

TARDÍO PATO, J. A., «La introducción de los Decretos-Leyes autonómicos en España», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 160, 2013, págs. 319-359.

Artículo 87

1. *La iniciativa legislativa corresponde al Gobierno, al Congreso y al Senado, de acuerdo con la Constitución y los Reglamentos de las Cámaras.*
2. *Las Asambleas de las Comunidades Autónomas podrán solicitar del Gobierno la adopción de un proyecto de Ley o remitir a la Mesa del Congreso una proposición de Ley, delegando ante dicha Cámara un máximo de tres miembros de la Asamblea encargados de su defensa.*
3. *Una Ley orgánica regulará las formas de ejercicio y requisitos de la iniciativa popular para la presentación de proposiciones de Ley. En todo caso se exigirán no menos de 500.000 firmas acreditadas. No procederá dicha iniciativa en materias propias de Ley orgánica, tributarias o de carácter internacional, ni en lo relativo a la prerrogativa de gracia.*

LA INICIATIVA LEGISLATIVA

Sumario: I. Titulares de la iniciativa legislativa. 1. Los proyectos de ley. 2. Las proposiciones de ley. II. La iniciativa autonómica. III. La iniciativa popular.

PIEDAD GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ

LETRADA DE LAS CORTES GENERALES
CATEDRÁTICA DE DERECHO CONSTITUCIONAL
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

I. TITULARES DE LA INICIATIVA LEGISLATIVA

El art. 87 de la Constitución —primero de los referidos al procedimiento legislativo contenidos en el Capítulo II del Título III, dedicado a «la elaboración de las leyes»— comienza enunciando los sujetos a quienes *corresponde* la iniciativa legislativa, esto es, en definición descriptiva de SANTAMARÍA PASTOR (2001, 1380), «el poder de poner en marcha el mecanismo

de elaboración de leyes en las Cortes Generales sobre propuestas de textos normativos expresados en forma articulada».

Una elemental observación del art. 87 permite distinguir distintos **sujetos** enumerados en sus tres apartados: el Gobierno, el Congreso y el Senado; las Asambleas de las Comunidades Autónomas; y el pueblo (la «iniciativa popular»), que se expresa a través de no menos de 500.000 firmas acreditadas. Una iniciativa

aparentemente **pluralista**, que respondería al deseo de ampliar los centros titulares del poder político, queriendo subrayar de una parte la posición del pueblo, titular de la soberanía, en la fase instaurativa del procedimiento legislativo y, de otra, el papel que juegan las Comunidades Autónomas, entes portadores de un *indirizzo* político distinto del estatal.

Sin embargo, un examen más pormenorizado del precepto constitucional permite diferenciar en un primer nivel a los sujetos incluidos en su ap. 1, Gobierno, Congreso de los Diputados y Senado, respecto de los que se declara que les corresponde la iniciativa legislativa; en el ap. 2 se incluyen dos formas de participación de las Asambleas de las Comunidades Autónomas en la legislación del Estado, sin calificarlas de iniciativa legislativa, aunque sí utilizando la expresión proposición de ley para una de ellas; y en el ap. 3 se habla de «iniciativa popular», omitiendo la inserción de la palabra «legislativa», también articulada mediante la presentación de proposiciones de ley.

La discriminación terminológica entre proyectos y proposiciones de ley encierra ciertas diferencias y, a su vez, existen características comunes entre las iniciativas englobadas en el segundo grupo —básicamente la necesidad de la toma en consideración por las Cámaras— que llevan a concluir al sector mayoritario de la doctrina en la existencia de dos únicos titulares de la iniciativa legislativa: Gobierno y Parlamento.

1. Los proyectos de ley

La iniciativa del Gobierno se configura como la fórmula ordinaria frente al proclamado «carácter residual» que ofrecen los procedentes de otros sujetos. Ello es consecuencia de la atribución de la función de dirección política al Gobierno (art. 97), y de que la ley constituye la acción instrumental de

desarrollo del programa político preferido por el cuerpo electoral.

Esta configuración de la iniciativa del Gobierno como ordinaria supone que aparentemente no está sujeta a filtro alguno por parte de las Cámaras y es la única iniciativa legislativa en sentido estricto, junto a la parlamentaria, materializada en el trámite de toma en consideración por el Pleno. Los demás sujetos ejercen solo una propuesta de iniciativa que debe ser asumida por una Cámara en la toma en consideración.

No obstante, pese a que las proposiciones de ley están sujetas al trámite de toma en consideración como obstáculo ineludible que han de superar, y mediante el que se transmutan en definitiva en la única forma de iniciativa ajena al Gobierno, la parlamentaria, y sin perjuicio de considerar que los únicos auténticos sujetos titulares de la iniciativa legislativa son el Gobierno y las Cámaras, **cabría establecer un cierto paralelismo entre la toma en consideración de las proposiciones de ley y la posibilidad de devolución de los proyectos de ley al Gobierno**. El resultado es el mismo: la Cámara decide en fase liminar y unilateralmente qué textos tramita en función de su oportunidad, principios y espíritu. Este paralelismo —o identidad de sentido— se ve confirmado por el art. 126.5 del Reglamento del Congreso, conforme al cual las proposiciones de ley tomadas en consideración no pueden ser objeto de enmiendas de totalidad de devolución (con excepción de las proposiciones tomadas en consideración en el Senado, que se examinan en el art. 89).

Hay, pese a esta identidad de naturaleza, dos diferencias de régimen entre los dos supuestos:

— En primer lugar, la toma en consideración ha de producirse en todo caso, constituye un requisito de procedibilidad, condición *sine qua non* para que una proposición de ley inicie su andadura. Por el contrario, el debate de totalidad sobre los proyectos de ley solo ten-

drá lugar si se presentan enmiendas de tal carácter. Luego, por tanto, existe una presunción a favor de la tramitación de los proyectos, que debe ser levantada por iniciativa expresa de un grupo parlamentario. Esta diferencia se fundamenta, por supuesto, en el carácter ordinario y prevalente de la iniciativa legislativa del Gobierno.

— La segunda diferencia, en apariencia puramente formal, alude al momento procedimental en que la decisión de la Cámara se produce. En las proposiciones de ley, con carácter previo a cualquier otro trámite, y, por tanto, al de presentación de enmiendas que ARAGÓN (1986, 288) fija como punto marcador del inicio de la fase constitutiva del procedimiento legislativo. Por el contrario, la presunción favorable a la viabilidad de los proyectos de ley juega en el sentido de la apertura del trámite de enmienda, tanto a la totalidad como al articulado, probablemente por aplicación de los principios de celeridad y economía procesal, tan caros al procedimiento administrativo. Solo concluido el plazo fijado para dicho trámite, caso de que se hayan presentado enmiendas de totalidad de devolución, tendrá lugar el pronunciamiento de la Cámara.

La diferencia, pues, en este punto, entre proyectos y proposiciones de ley estriba en una presunción favorable a su tramitación para los primeros, que permite iniciar de inmediato el trámite de enmiendas (aun a sabiendas de que no tendría eficacia alguna si la devolución se lleva a efecto). Pero en ambos casos existe una decisión de la Cámara sobre la tramitación, que atenúa la radical separación tradicional entre la iniciativa ordinaria y las restantes.

2. Las proposiciones de ley

Presentada la iniciativa del Gobierno como ordinaria, prioritaria y privilegiada, el calificativo que reserva la doctrina a las proposiciones de ley es el de residual. Se englobarían en

un mismo paquete las iniciativas parlamentarias con las de origen extraparlamentario (excluidas las gubernamentales) y, sobre la base de la distinción terminológica proyectos/proposiciones de ley que realiza el art. 87 de la Constitución, se considerarían todas ellas secundarias (PUNSET, 1982, 76) en cuanto completan la función de impulso legislativo que corresponde al Gobierno.

Partiendo de que los únicos *sujetos* a los que el art. 87 de la Constitución atribuye una auténtica potestad de iniciativa legislativa son el Gobierno, el Congreso y el Senado, y así lo declara unívocamente el ap. 1 de este artículo (en contra, SANTAOLALLA, 1997, 238), nuestra Constitución responde a la tendencia tradicional, una vez superada la iniciativa regia de los regímenes monárquicos, de adoptar un sistema de atribución de carácter mixto, destinado a producir, al menos en el plano formal, un equilibrio de competencias entre los dos poderes, ejecutivo y legislativo.

A la hora de configurar la *iniciativa parlamentaria*, el art. 87 de la Constitución, a diferencia de las primeras fases de redacción del precepto (el anteproyecto de Constitución atribuía la iniciativa a los diputados, bien directamente, bien a través de los grupos parlamentarios, sustituyendo la Ponencia del Congreso esta doble modalidad por la remisión a los Reglamentos y equiparando la Comisión del Senado a las dos Cámaras por entender negativa para la Cámara Alta la fórmula anterior, a la vez que suprimía la alusión a los diputados) y de modelos cercanos de Derecho comparado, ha optado por no reconocerla a los diputados, sino a las Cámaras. Se hace necesario, por tanto, que sus Reglamentos (y a ellos se remite la Constitución) regulen la forma en que llega a formularse el acto de iniciativa de las Cámaras. Con este fin, los Reglamentos atribuyen a los parlamentarios (15 diputados y 25 senadores, arts. 126 RC y 108 RS) y a los grupos en que se integran (así como, desde 1994, también a la Comisión General de las Comunidades Autónomas en el

Senado) la facultad de presentar una propuesta articulada, denominada proposición de ley, *que no será tal iniciativa legislativa* hasta que haya sido asumida, mediante la toma en consideración, por la respectiva Cámara, única titular reconocida por el art. 87 de la Constitución.

El trámite de toma en consideración, por tanto, representa el momento en que la Cámara ejerce su facultad de iniciativa, a partir de una propuesta que le hacen sus miembros. Sería el equivalente del acuerdo del Consejo de Ministros por el que un anteproyecto se convierte en proyecto de ley y es remitido al Congreso de los Diputados. Lo que ocurre es que, en este caso, la distinción terminológica marca claramente la variación en la naturaleza, a diferencia del ámbito parlamentario, donde los Reglamentos utilizan el término «proposición de ley» tanto antes como después de la toma en consideración, sobre la base de su ambiguo empleo por el art. 89 de la Constitución.

Como ha declarado el Tribunal Constitucional, «la toma en consideración sobre las propuestas formuladas al efecto por los diputados o por los grupos en que se integran [...] es manifestación del libre ejercicio por cada asamblea de sus atribuciones constitucionales» [...] «En este caso de propuestas de diputados o grupos parlamentarios el rechazo o aceptación de la propuesta, convirtiéndolas en iniciativa de la Cámara, constituye un paso dentro del procedimiento legislativo, integrándose en el mismo. En ese acto, cuyo contenido negativo determina la imposibilidad de continuar el procedimiento legislativo, se exterioriza una voluntad del órgano legislativo, la cual puede consistir también en el rechazo de una proposición de ley». En esta como en otras fases del proceso de elaboración de las leyes, señala el Alto Tribunal, su intervención no es posible en tanto se respeten los derechos de participación política de los diputados y grupos parlamentarios, pues «el control jurisdiccional que puede llevar a cabo se realiza solo sobre los actos mediante los que los

órganos estatales actúan sus competencias, pero no sobre la decisión adoptada en virtud de criterios políticos y de oportunidad acerca de la ocasión idónea para el ejercicio de sus competencias» (ATC 659/1987, de 27 de mayo).

También utiliza el art. 87 la denominación proposición de ley para las propuestas emanadas de otros sujetos, las Asambleas de las Comunidades Autónomas y el pueblo. Esta denominación, y su sumisión al trámite de toma en consideración, han hecho que la doctrina las asimile en cuanto a su naturaleza a las proposiciones de origen parlamentario.

Debe realizarse, no obstante, una distinción sustancial. Las Cámaras son titulares genuinos de la facultad de iniciativa; lo que ocurre es que, como para todos sus actos, precisan que se ponga en marcha el proceso de decisión. Este sería el sentido de la proposición de ley parlamentaria. Por el contrario, en el caso de los sujetos ajenos al Parlamento, **la Constitución no les atribuye una iniciativa plena, sino la facultad de presentar una propuesta** ante los sujetos que la tienen atribuida, Gobierno y Parlamento.

En el supuesto de las **Asambleas autonómicas**, esto es claro. Se han querido diferenciar las dos posibilidades ofrecidas por el art. 87.2, en el sentido de que la solicitud al Gobierno de adopción de un proyecto de ley sería mero ejercicio del derecho de petición, frente a la presentación de proposiciones de ley ante el Congreso (LAVILLA, 1992, 1997). Pero si mantenemos el carácter de la toma en consideración como trámite mediante el cual la Cámara hace suya una proposición (y su consecuencia se verá en la necesidad de su acuerdo para la retirada, art. 129 RC), debemos concluir que también aquí se trata de una mera propuesta, y que el auténtico sujeto de la iniciativa legislativa que permite que el texto se tramite es el Congreso de los Diputados, lo que nos devuelve a la aseveración primera de que *los únicos sujetos que tienen*

atribuida la iniciativa legislativa son el Gobierno y las Cámaras, ex art. 87.1 de la Constitución.

La redacción del ap. 3 de este artículo no es tan clara, puesto que para nada alude a la toma en consideración de **las proposiciones de ley de iniciativa popular**, cuya regulación se remite a una ley orgánica. Pero, desde el primer momento, el Reglamento del Congreso —anterior a la Ley Orgánica 3/1984, de 26 de marzo, reguladora de la iniciativa legislativa popular— somete estas iniciativas a dicho trámite, lo que confirma el art. 14 de la mencionada Ley Orgánica.

En consecuencia, y a pesar de la denominación utilizada por esta ley («iniciativa *legislativa* popular»), también aquí es necesario que la Cámara asuma y haga suyas estas propuestas, las acoja como propias y en el acto de toma en consideración ejercite la facultad de iniciativa que le atribuye el art. 87.1 de la Constitución.

Referidos los arts. 88 y 89 a los proyectos de ley procedentes del Gobierno y a las proposiciones de ley parlamentarias, dedicaremos un breve examen a la iniciativa popular y autonómica.

II. LA INICIATIVA AUTONÓMICA

La iniciativa es atribuida por la Constitución en exclusiva a las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, que se atenderán a lo regulado por el Estatuto de Autonomía y el respectivo Reglamento parlamentario.

La proposición de ley autonómica deberá ser formulada en forma articulada e ir acompañada de una exposición de motivos y de los antecedentes necesarios para poder pronunciarse sobre ella (art. 124 RC), no siendo inusual que estos antecedentes se reclamen de la Asamblea proponente por la Mesa del Congreso de los Diputados, aun sin detener la admisión a trámite. Los antecedentes inclui-

rán la tramitación parlamentaria en origen, que desemboca en la aprobación y remisión al Congreso de la proposición de ley.

En los primeros momentos de vigencia de la Constitución, varios autores defendieron la tesis de que el poder de iniciativa reconocido a los parlamentos autonómicos se hallaba circunscrito a la promoción de las normas estatales de articulación entre las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas que hubieran de promulgarse en virtud de los arts. 149 y 150 de la Constitución (leyes básicas, marco y de transferencia o delegación; así, SANTAMARÍA PASTOR, 1980, 888). Ya en la STC 32/1981 se niega la prioridad temporal entre legislación básica estatal y legislación de desarrollo autonómico, y hoy en día puede entenderse superada la polémica, siendo generalmente admitido que **no existen límites materiales a la iniciativa legislativa autonómica**. La práctica lo corrobora, no limitándose las proposiciones presentadas a competencias o intereses específicos de la Comunidad Autónoma.

La Constitución prevé **la delegación ante el Congreso de los Diputados de hasta un máximo de tres miembros de la Asamblea proponente encargados de la defensa de la proposición**. Designados en la forma que establezca el respectivo Reglamento (que en ocasiones impone que procedan de los grupos que han votado a favor de la proposición), su intervención tiene lugar en un turno de quince minutos, tiempo que se distribuirá entre los intervinientes. Estos tomarán la palabra en el orden que asimismo comunique la Asamblea y permanecerán en el lugar del hemicycle que les haya sido asignado durante el resto del debate, aunque sin posibilidad de participar en el mismo, abandonándolo cuando vaya a procederse a la votación.

III. LA INICIATIVA POPULAR

El art. 87.2 remite a una ley orgánica (sería la Ley Orgánica 3/1984, de 26 de marzo) las for-

mas de ejercicio y **requisitos** de la iniciativa legislativa popular, exigiendo no obstante un elevado número de firmas para cada proposición de ley y estableciendo limitaciones a su contenido. En efecto, además de la reserva general a favor del Gobierno en cuestiones cuya iniciativa está vedada a los restantes sujetos (presupuestos, planificación), se realiza una delimitación adicional por la vía de la prohibición constitucional de determinadas materias, enunciadas todas ellas de forma muy genérica, salvo la prerrogativa de gracia.

De otra parte, **la complejidad del procedimiento y el elevado número de firmas requerido hace difícil su acceso a entes que no gocen de cierta organización**, de modo que son en realidad entidades tales como los sindicatos o asociaciones profesionales los únicos sujetos con capacidad real para utilizarla. Todas estas razones llevan a que sean muy pocas las proposiciones de iniciativa popular que hayan llegado al trámite de toma en consideración y a que solo una en toda la historia constitucional se haya convertido en ley, si bien previa su acumulación con otras proposiciones de origen parlamentario.

El ATC 140/1992, de 25 de mayo (FJ 3), distingue **tres tipos de decisiones** en relación con la iniciativa legislativa popular, según su distinto ámbito de indeterminación y en relación con las posibilidades de su revisión en amparo constitucional:

— 1.º, un acto reglado que culmina el trámite de admisión de la iniciativa, después de examinar la Mesa si la proposición tiene por objeto alguna materia excluida (art. 5 LO 3/1984); control estrictamente normativo y no de oportunidad, siendo la decisión revisable plenamente en vía de amparo constitucional, pues afecta a la misma posibilidad de ejercicio del derecho.

— 2.º, un acto libre de las Cortes Generales, cual es el trámite de toma en consideración de la proposición por el Pleno del Congreso

de los Diputados (art. 127, en relación con el 126.5 RC); nada impide, dice el Tribunal Constitucional, que el Pleno, como ocurre con cualesquiera proposiciones fruto de otras iniciativas, decida no entrar a deliberar sobre el texto presentado por razones de oportunidad política, siendo evidente que tal decisión no es revisable en amparo.

— 3.º, un acto intermedio respecto de los anteriores, que puede ocasionalmente producirse, como es la concesión o no de la prórroga del plazo para la recogida de firmas, según que la Mesa aprecie o no la existencia de causa mayor (FJ 3). El Tribunal insiste en que el juicio de apreciación de la concurrencia o no de causa o fuerza mayor corresponde únicamente a la Mesa del Congreso, y que solo excepcionalmente puede ser revisada en vía de amparo en virtud de exigencias derivadas del respeto al art. 23.1 de la Constitución.

A diferencia de la sucinta regulación reglamentaria atinente a los otros tipos de iniciativa, en las proposiciones de ley de iniciativa popular la Mesa ha de aplicar la LOILP, realizando un control de legalidad en función de un canon normativo, y no político o de oportunidad, que deberá necesariamente atender al contenido establecido. La Mesa aplica la Ley Orgánica 3/1984 al ejercer sus funciones de **calificación** en dos momentos:

a) *Con carácter previo a la recogida de firmas*

El procedimiento se inicia con la presentación de la proposición de ley por una Comisión promotora de la misma, cuyos datos personales han de constar en la documentación aportada.

El escrito de presentación deberá contener el texto articulado de la proposición de ley acompañado de una exposición de motivos. Con anterioridad a la modificación introducida por la Ley Orgánica 4/2006, se exigía la presentación de un documento en el que se deta-

llaran las razones que aconsejaban, a juicio de los firmantes, su tramitación y aprobación por las Cámaras (documento al que se daba lectura al inicio del debate de toma en consideración). Este documento ha sido sustituido por la participación en el debate de una persona designada por la Comisión promotora, si así lo contemplan los Reglamentos de las Cámaras (*sic*).

No es infrecuente que falte alguno de estos documentos, cuya cumplimentación reclamará la Mesa a la Comisión promotora, para su subsanación en el plazo de un mes [art. 5.2.b) LO].

El ATC 140/1992 (FJ 4) señala que, en la medida en que la iniciativa legislativa se ejerce ante las Cortes Generales de la Nación y, por tanto, su ámbito desborda el del territorio de cualquier Comunidad Autónoma, el texto de la proposición en los pliegos (cabe entender que también el que se presenta ante el Congreso) debe redactarse en la lengua oficial del Estado, el castellano, sin perjuicio de que pueda hacerse, a la par, en cualesquiera otras lenguas propias de las Comunidades Autónomas. Así lo recoge la reforma de la Ley Orgánica de 2006.

A diferencia de la regulación reglamentaria referida a otras proposiciones de ley, sobre la base del art. 87.3 de la Constitución, la Ley Orgánica 3/1984 establece una serie de causas de inadmisión de la proposición que afectan a su contenido, lo que destaca la STC 76/1994: «cuando el ordenamiento establezca causas de inadmisión en atención al contenido material de las proposiciones —como sucede en el caso de la iniciativa legislativa popular— el control de la Mesa deberá necesariamente atender a ese contenido, sin que con ello invada ninguna función jurisdiccional reservada a los Jueces y Tribunales» (FJ 2). Estas causas de inadmisión, levemente suavizadas por la reforma de 2006, son:

— Que tenga por objeto alguna de las **materias excluidas** de la iniciativa popular por el art. 2 de la Ley Orgánica, que enumera las

contenidas en el art. 87.3 de la Constitución (materias propias de ley orgánica —entre ellas los Estatutos de Autonomía—, tributarias, de carácter internacional o relativas a la prerrogativa de gracia) y añade las reservadas por la Constitución a la iniciativa del Gobierno («las mencionadas en los arts. 131 y 134.1 de la Constitución», es decir, planificación y presupuestos). A ellas han de sumarse, aunque no se mencione expresamente en la Ley, la reforma constitucional, vedada a la iniciativa popular por el art. 166, en cuyo caso la inadmisión se produce por falta de legitimación, como recoge la STC 76/1994, así como las materias derivadas de la distribución competencial entre Estado y Comunidades Autónomas, con las matizaciones que deben hacerse en cuanto al control liminar por parte de la Mesa que se exponen en el comentario al art. 89.

— Que el texto de la proposición verse sobre **materias manifiestamente distintas** y carentes de homogeneidad entre sí.

— La **previa existencia** en el Congreso o el Senado de un proyecto o proposición de ley que verse sobre el mismo objeto de la iniciativa popular y que se halle, cuando esta se presenta, en el trámite de enmiendas u otro más avanzado.

— El hecho de que sea **reproducción** de otra iniciativa popular de contenido igual o sustancialmente equivalente presentada durante la legislatura en curso.

Como puede apreciarse, la Ley Orgánica, habilitada por el art. 87.3 de la Constitución para fijar los requisitos de la iniciativa popular, establece una serie de limitaciones materiales (añadidas a las exclusiones constitucionales) que cabría calificar de excesivamente severas y en ocasiones no justificadas.

La **admisión** a trámite de la iniciativa en este primer momento será comunicada a la Junta Electoral Central, la cual garantizará la regularidad del procedimiento de recogida de fir-

mas, notificando a la Comisión promotora la admisión, al objeto de que se produzca la recogida en el plazo de nueve meses (seis antes de la reforma de 2006) o tras una prórroga de tres meses cuando concorra causa mayor apreciada por la Mesa del Congreso, so pena de caducidad de la iniciativa.

En cuanto a los efectos de la **inadmisión** a trámite de la proposición de ley por la Mesa del Congreso, la Ley Orgánica (art. 6) faculta a la Comisión promotora para interponer recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Si el Tribunal decide que la proposición no incurre en causa de inadmisión, el procedimiento seguirá su curso. Si decide que la irregularidad afecta a determinados preceptos, la Mesa del Congreso lo comunica a los promotores, a fin de que estos manifiesten si desean retirar la iniciativa o mantenerla una vez que hayan efectuado las modificaciones correspondientes.

b) *Tras la recogida de firmas*

Una vez completada la recogida de firmas en la forma establecida por la Ley Orgánica, los pliegos son elevados a la Junta Electoral Central para su comprobación y recuento definitivos. Comprobado el cumplimiento de los re-

quisitos exigidos para la válida presentación de la proposición, la Junta Electoral Central eleva a la Mesa del Congreso certificación acreditativa del número de firmas válidas.

Se inicia entonces la **tramitación parlamentaria** de la proposición: la Mesa ordena la publicación de la proposición y la remite al Gobierno a efectos de manifestación de criterio y disconformidad con la tramitación por razones presupuestarias y, una vez transcurrido el plazo de treinta días, queda en condiciones de ser incluida en el orden del día de una sesión plenaria para su toma en consideración (arts. 13.1 Ley Orgánica 3/1980 y 127 en relación con el art. 126 RC), inclusión que deberá tener lugar en el plazo de seis meses, según la Ley Orgánica 4/2006.

La Ley Orgánica 3/2015, de 30 de marzo, sin perjuicio de mantener la remisión a los Reglamentos de las Cámaras para la tramitación parlamentaria, incluye en el art. 13.2 LOILP la exigencia de que la persona designada por la Comisión Promotora sea llamada a comparecer en la Comisión del Congreso de los Diputados competente por razón de la materia, con carácter previo al debate de toma en consideración por el Pleno, para que exponga los motivos que justifican la presentación de la iniciativa legislativa popular.

BIBLIOGRAFÍA

ARAGÓN REYES, M., «La iniciativa legislativa», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 16 monográfico («La ley y el procedimiento legislativo»), 1986, págs. 287-312.

ARNALDO ALCUBILLA, E., DELGADO-IRIBARREN, M. y SÁNCHEZ NAVARRO, A., *Iniciativa legislativa popular*, La Ley, Madrid, 2013.

BIGLINO CAMPOS, P., «Iniciativa legislativa», en *Enciclopedia jurídica básica*, vol. III, Civitas, Madrid, 1995, págs. 3596-3599.

— «Iniciativa legislativa popular», en *Enciclopedia jurídica básica*, vol. III, Civitas, Madrid, 1995, págs. 3599-3601.

CABELLO FERNÁNDEZ, M. D., *Democracia directa e iniciativa legislativa popular*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

DORREGO DE CARLOS, A., «Art. 88: Iniciativa legislativa gubernamental», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, tomo VII, Cortes Generales-Edersa, Madrid, 1998, págs. 289-353.

GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., *La iniciativa legislativa del Gobierno*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

PARRA GÓMEZ, D., *La iniciativa legislativa de las Comunidades Autónomas*, Fundación M. Giménez Abad, Zaragoza, 2016.

PUNSET, R., «La iniciativa legislativa en el ordenamiento español», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 14, 1982, págs. 77 y ss.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A., «Art. 87», en GARRIDO FALLA, F. (Dir.), *Comentarios a la Constitución*, 1.^a ed., Madrid, 1980.

— «Arts. 87, 88, 89 y 90», en GARRIDO FALLA, F. (Dir.), *Comentarios a la Constitución*, 3.^a ed., Civitas, Madrid, 2001, págs. 1378-1413.

Artículo 88

Los proyectos de Ley serán aprobados en Consejo de Ministros, que los someterá al Congreso, acompañados de una exposición de motivos y de los antecedentes necesarios para pronunciarse sobre ellos.

LA INICIATIVA LEGISLATIVA DEL GOBIERNO

Sumario: I. Aprobación de los proyectos de ley por el Consejo de Ministros y remisión a las Cortes Generales. II. Documentación aneja a los proyectos de ley. 1. La exposición de motivos. A) Concepto. De la exposición de motivos al preámbulo de la ley. B) Valor interpretativo del preámbulo. C) La exigibilidad de la exposición de motivos. 2. Los antecedentes necesarios. III Proyecto de ley que reproduce uno anterior.

PIEDAD GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ

LETRADA DE LAS CORTES GENERALES
CATEDRÁTICA DE DERECHO CONSTITUCIONAL
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

I. APROBACIÓN DE LOS PROYECTOS DE LEY POR EL CONSEJO DE MINISTROS Y REMISIÓN A LAS CORTES GENERALES

Siendo el **Consejo de Ministros** el órgano colegiado del Gobierno y descartada por la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (LG) la posible diferencia de composición entre ambos, existe una identificación de la atribución de la iniciativa legislativa al Gobierno por el art. 87 CE con la aprobación y remisión de los proyectos de ley por el Consejo de Ministros que establece el art. 88. Incluso en el supuesto de que fueran órganos distintos, tendría sentido la distinción, por cuanto se especifica que es el órgano colegiado más elevado del Gobierno el que debe ejercer la iniciativa.

La primera de las funciones atribuidas al Consejo de Ministros por el art. 5.1 LG, siguiendo

al art. 88 CE, es la aprobación de los proyectos de ley y su remisión al Congreso de los Diputados o, en su caso, al Senado [en alusión al Proyecto de Ley del Fondo de Compensación Interterritorial (FCI), *vid.* arts. 158.2 y 74.2 CE], lo que simboliza la importancia que la iniciativa legislativa tiene entre las funciones del Gobierno, muy por delante de la potestad reglamentaria, que solo aparece recogida en octavo lugar. La segunda función recogida es también de iniciativa legislativa, aprobar el proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado. Las siguientes se refieren a otras normas con rango de ley y a los tratados internacionales [art. 5.c) a e)].

La iniciativa legislativa se atribuye por la Constitución al **Gobierno** en su conjunto y no al Presidente del Gobierno (como ocurre en Francia), lo que supone la exclusión tanto de la iniciativa del Presidente del Gobierno como de la individual de los Ministros, en

congruencia con la responsabilidad solidaria que establece el art. 108 de la Constitución. Coincide, pues, la exigencia constitucional de que el Gobierno actúe el poder de iniciativa en forma colegial con la obligatoriedad, que también recae sobre aquel, de ser solidariamente responsable en su gestión política ante el Congreso de los Diputados.

La Ley del Gobierno niega la iniciativa legislativa al **Gobierno en funciones**. Si se conecta la función de iniciativa con la ejecución del programa de gobierno (es decir, con la dirección política), es lógico que se produzca esta limitación, que no entraría dentro del ámbito de actuación del Gobierno en funciones, el cual, según el art. 21.3, «limitará su gestión al despacho ordinario de los asuntos públicos, absteniéndose de adoptar, salvo casos de urgencia debidamente acreditados o por razones de interés general cuya acreditación expresa así lo justifique, cualesquiera otras medidas». En coherencia, pues, se declara expresamente (art. 21.5) que el Gobierno en funciones no podrá aprobar el proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado ni presentar proyectos de ley al Congreso de los Diputados o, en su caso, al Senado.

La hasta ahora escasamente regulada iniciativa legislativa del Ejecutivo (además de por los arts. 88 y 89 de la Constitución, apenas por el art. 22 de la Ley 50/1997) es objeto de regulación más amplia por partida doble en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP): de una parte, la LPAC dedica su Título VI y último a la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria, con el alcance general determinado por su ámbito de aplicación a todas las Administraciones Públicas (art. 1.1); de otra parte y en consonancia, en ley tramitada en paralelo, la LRJSP modifica la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, en lo que aquí nos interesa rehaciendo el Título V (ahora con la rúbrica «De la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria del

Gobierno», arts. 22 a 28), según señala el preámbulo de la Ley 40/2015 con dos finalidades: extraer de este Título el artículo dedicado al control del Gobierno, en el que impropiamente se encontraba, que pasa a constituir uno específico con una redacción más acorde con la normativa reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa; y reformar el procedimiento a través del cual se ejerce la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria en línea con los principios establecidos con carácter general para todas las Administraciones en la LPAC, que entrañan la elaboración de un Plan Anual Normativo, la realización de una consulta pública con anterioridad a la redacción de las propuestas, el reforzamiento del contenido de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo, la atribución de funciones al Ministerio de la Presidencia para asegurar la calidad normativa y la evaluación *ex post* de las normas aprobadas.

Se incorporan a la LPAC los principios de buena regulación, hasta entonces contenidos en los arts. 4 a 7 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, con alguna modificación, en particular la mención expresa de su aplicación a la potestad reglamentaria. Como consecuencia de las iniciativas sobre *Better Regulation* de la Unión Europea y de las recomendaciones de la OCDE, se introducen en las dos leyes citadas, y ello constituye una novedad relevante, preceptos dedicados a la planificación y a la evaluación normativa, tanto *ex ante* (análisis de impacto normativo, hasta entonces regulado por el RD 1038/2009 y luego desarrollado por RD 931/2017) como *ex post*, y a otros aspectos de la técnica normativa (publicidad de las normas, entrada en vigor), muy en particular un control de calidad de la actividad normativa por el Ministerio de la Presidencia. Asimismo, se regula en ambas leyes con cierto detalle la participación de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de las normas con rango de ley y reglamentos.

El nuevo art. 26 LG comienza la regulación del procedimiento de elaboración de antepro-

yectos de ley y proyectos de otras normas señalando que su redacción estará precedida de cuantos estudios y consultas se estimen convenientes para garantizar el acierto y la legalidad de la norma. Esto se reitera más adelante respecto de momentos distintos de la tramitación.

Son preceptivos para los anteproyectos de ley, además de los que pudieran resultar de la materia objeto de regulación (incluido el dictamen del Consejo de Estado, arts. 21 y 22 de la LO 3/1980), el informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio o Ministerios proponentes (art. 26.5). Cuando la propuesta normativa afecta a la organización administrativa de la Administración General del Estado, a su régimen de personal, a los procedimientos y a la inspección de los servicios, será necesario recabar la aprobación previa del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas antes de ser sometida al órgano competente para su promulgación (cabe entender que en los anteproyectos de ley, será antes de someterlos al Consejo de Ministros y de su envío a las Cortes Generales, aunque la redacción parece referida a las normas reglamentarias); si transcurridos quince días desde la recepción de la solicitud de aprobación por el citado Ministerio no formula objeción, se entiende concedida. Será además necesario informe previo del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas cuando la norma pueda afectar a la distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas (art. 26.5).

La nueva normativa introduce la participación ciudadana como trámite ordinario en la elaboración de disposiciones no solo administrativas sino legales. Si la Constitución prevé en su art. 105.a), previa regulación legal, la audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general que les afecten, a la audiencia de los interesados se va a añadir con carácter general, salvo las consabidas

amplias excepciones, un trámite de consulta pública. El art. 133 LPAC impone que, con carácter previo a la elaboración de un proyecto o anteproyecto de ley o de reglamento, se realicen los trámites de consulta, audiencia e información pública.

El nuevo art. 26 LG prevé una consulta pública previa a la elaboración del texto de la iniciativa, a través del portal web del Departamento competente, en la que se recabará opinión de los sujetos potencialmente afectados por la futura norma y de las organizaciones más representativas sobre los problemas que se pretenden solucionar con aquella, la necesidad y oportunidad de su aprobación, sus objetivos y las posibles soluciones alternativas regulatorias y no regulatorias (art. 26.2); así como una audiencia posterior sobre el texto de la norma a los ciudadanos afectados, también a través del portal web, cuando afecte a los derechos e intereses legítimos de las personas. Con esta audiencia se pretende obtener cuantas aportaciones adicionales puedan hacerse por otras personas o entidades. Asimismo, podrá recabarse directamente la opinión de las organizaciones o asociaciones reconocidas por ley que agrupen o representen a los posibles afectados y cuyos fines guarden relación directa con su objeto (art. 26.6).

El centro directivo competente ha de elaborar con carácter preceptivo una Memoria del Análisis de Impacto Normativo (MAIN), cuyo contenido pretende una evaluación apriorística de la calidad y eficacia de la norma. La nueva redacción del art. 26.3 de la LG incorpora y amplía (muy en particular con varias referencias al Derecho y práctica europeos) el contenido del Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, por el que se regula la memoria del análisis de impacto normativo, que con posterioridad ha sido sustituido por el Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre. Se trata de una evaluación *ex ante* de la iniciativa que incluye el contenido típico de los cuestionarios o *Checklisten*, instrumento de técnica normativa.

Cumplidos los trámites de consulta y audiencia públicas, primera elevación al Consejo de Ministros en su caso (para decisión sobre ulteriores trámites y en particular sobre consultas, informes y dictámenes, art. 26.4) y emisión de informes y dictámenes preceptivos y solicitados, el anteproyecto se somete a la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios y se eleva al Consejo de Ministros (art. 26.8) para su aprobación y remisión del proyecto de ley al Congreso de los Diputados o al Senado, acompañándolo, como exige el art. 88 CE, de una exposición de motivos, así como de la documentación propia del procedimiento de elaboración a que se refiere el art. 7.b) y d) de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y su normativa de desarrollo.

Esta documentación, que debe ser publicada, incluye los anteproyectos de ley y los dictámenes solicitados a los órganos consultivos correspondientes. En suma, no solo las Cortes Generales podrán disponer de la misma información que tuvo el Gobierno al aprobar el proyecto de ley, sino que esta información será hecha accesible para todos los ciudadanos desde el ámbito del propio Ejecutivo.

En esta fase de elevación del anteproyecto a la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios, al Ministerio de la Presidencia, en el que está encuadrado el Secretariado del Gobierno, le compete asegurar la coordinación y la calidad de la actividad normativa del Gobierno. Junto con la función de coordinación del Plan Anual Normativo (cuya preparación atribuye el RD 286/2017 a la Junta de Planificación y Evaluación Normativa), que persigue la claridad y estabilidad del ordenamiento jurídico, evitando duplicidades, contradicciones y continuas reformas, es encomiable que se haya introducido en la Ley del Gobierno un primer control de la calidad de las leyes, referido al anteproyecto. El objeto de este control entendemos ha de ser, entre otros, el cumplimiento de las Directrices de Técnica Normativa, cometido encargado al

Secretariado del Gobierno y que alcanza a la estructura y contenido de las normas, así como al lenguaje de la ley y a su correcta inserción en el ordenamiento jurídico.

En un sistema de redacción difusa o descentralizada de los anteproyectos de ley, que realizan los distintos Ministerios, es fundamental que se atribuya a un órgano, no ya el que exista cierta homogeneidad formal y estructural en las leyes, sino también la coherencia del ordenamiento jurídico, que tiende de por sí a ser confuso y a veces contradictorio dada la proliferación normativa propia de nuestros días, muy en particular en un Estado compuesto en el que se superponen distintos sistemas normativos. Por ello, se ha creado una Oficina de Coordinación y Calidad Normativa, dependiente de la Subsecretaría de Presidencia y Administraciones Territoriales, cuyo funcionamiento regula el RD 1081/2017.

Conforme al art. 88 CE, los proyectos aprobados en Consejo de Ministros han de ser sometidos (o remitidos, como dice el art. 26.8 LG) al Congreso de los Diputados (o al Senado, en el caso citado) para que inicien su tramitación parlamentaria. **Mediante esta remisión se pone en acción la facultad de iniciativa legislativa atribuida al Gobierno** por el art. 87 CE. Con la mera aprobación de un proyecto de ley por el Consejo de Ministros no existirá tal iniciativa, que solo se ejercita con el envío del proyecto de ley a las Cortes Generales.

Se trata de dos actos íntimamente conectados, aprobación y remisión, que no pueden ser concebidos independientemente. Cabría un retraso en la remisión (que podría deberse a la introducción de modificaciones sobre el anteproyecto sometido al Consejo), que incluso pudiera dar lugar a la ausencia de aquella (por disolución de las Cámaras, por ejemplo). Pero, en general, puede decirse que la remisión es un acto automático de ejecución del acuerdo de aprobación del Consejo de Ministros. En este sentido se manifiesta el antiguo art. 22.1 LG y el actual art. 127 LPAC, se-

gún el cual «el Gobierno ejercerá la iniciativa legislativa prevista en la Constitución mediante la elaboración y aprobación de los anteproyectos de ley y la ulterior remisión de los proyectos de ley a las Cortes Generales». Compete su realización al Ministro de la Presidencia, como Secretario del Consejo, quien certifica los tres ejemplares del anteproyecto aprobado recibidos del Ministro proponente y remite uno al Presidente del Congreso de los Diputados (o al del Senado, en el caso del Fondo de Compensación Interterritorial). La remisión se materializa con la presentación del proyecto en el Registro de la Cámara.

El art. 88.1 CE impone al Gobierno que **la remisión de los proyectos de ley se dirija al Congreso de los Diputados**. La indicación del destinatario inmediato de los proyectos de ley tiene una trascendencia sustancial: uno de los pilares del bicameralismo desigual que establece la Constitución es precisamente el rígido orden de tramitación de los proyectos de ley, como también de las restantes iniciativas legislativas. Al predominio del Congreso contribuyen con igual eficacia política el que sea tanto la Cámara que decide en última instancia como la que examina en primer lugar los proyectos; prioridad de tramitación de mayor relevancia de lo que a primera vista puede parecer, en función de la brevedad de plazos de que dispone el Senado para examinar los proyectos, así como por el juego parlamentario de los partidos, que intentan concertar sus compromisos políticos en el Congreso de los Diputados.

Esta discriminación entre las Cámaras al regular la remisión de los proyectos de ley carece de precedentes en nuestra historia constitucional del siglo XIX, cuyos textos reservaban al Congreso la prioridad de tramitación exclusivamente respecto de los proyectos «sobre contribuciones y crédito público», y en la Constitución de 1869, además, los relativos a la fuerza militar. La mención de la Cámara baja, que no figuraba en el Anteproyecto de Constitución (art. 81), fue introducida por la Ponencia de esta Cámara.

II. DOCUMENTACIÓN ANEJA A LOS PROYECTOS DE LEY

1. La exposición de motivos

A) *Concepto. De la exposición de motivos al preámbulo de la ley*

El art. 88 de la Constitución exige que los proyectos de ley se remitan (sometan) al Congreso «acompañados de una exposición de motivos y de los antecedentes necesarios para pronunciarse sobre ellos». Esta exigencia se corresponde con el principio general de necesidad de motivación de los actos dirigidos a tutelar intereses públicos, que se ha ido afirmando por costumbre desde el pasado siglo.

Constituye esta exigencia **una novedad constitucional**, no solo en nuestro Derecho, sino también en el comparado, pues apenas en la Constitución griega se encuentra un precepto similar. Suele reservarse tal requerimiento a los Reglamentos parlamentarios, donde aparece, en nuestro caso, ya en 1810 (como exposición «a lo menos de palabra»). De la regulación contenida en el actual Reglamento del Congreso, junto a la reproducción del dictado constitucional (art. 109) y a la consideración de la exposición de motivos a efectos de enmiendas «y, en general, a todos los efectos del procedimiento legislativo», como si de un artículo se tratara (art. 110), destaca el art. 114.2, conforme al cual «las enmiendas que se hubieren presentado en relación con la exposición de motivos se discutirán al final del articulado, si la Comisión acordare incorporar dicha exposición de motivos como preámbulo de la ley».

De esta regulación reglamentaria se desprenden algunas diferencias entre exposición de motivos y preámbulo, que, sin embargo, se ven desmentidas por la práctica parlamentaria actual. En efecto, desde el punto de vista normativo, la exposición de motivos acompaña al proyecto que se remite al Congreso de los Diputados y tiene carácter preceptivo, por imperativo constitucional; por el contrario, el

preámbulo precede a las leyes y tiene carácter facultativo, como se desprende del art. 114.2 del Reglamento del Congreso. A su vez, desde el punto de vista conceptual y de contenido, algunos autores distinguen entre el carácter meramente justificativo de las exposiciones, que explican las razones para la opción adoptada, frente al contenido más político que ofrecerían los preámbulos.

Pero, pese a las distinciones conceptuales, ambos términos se utilizan indistintamente en la teoría y en la práctica, por la doctrina y el Tribunal Constitucional. Dicho uso indistinto avalaría la posición de quienes consideran que no hay diferencia sustancial ni de contenido entre exposiciones de motivos y preámbulos, distinguiéndose ambos textos exclusivamente por el órgano que los aprueba. Lo cierto es que, por más que desde un plano conceptual pudiéramos entender que se trata de dos textos distintos, con diferentes objetivos, la tramitación que reciben en el procedimiento legislativo, tanto en la normativa como en la realidad, conducen a un resultado uniformador.

Los proyectos de ley son recibidos en el Congreso de los Diputados acompañados de una exposición de motivos coherente con su contenido inicial, coherencia que se va perdiendo a medida que la aprobación de enmiendas origina la modificación del primer texto. No siempre se cumple, pues, la finalidad de congruencia pretendida por el precepto reglamentario que impone la discusión de las enmiendas sobre la exposición de motivos al final del articulado del proyecto (art. 114.2).

De otra parte, el preámbulo, como texto emanado del Parlamento distinto de los motivos esgrimidos por el Gobierno, carece de cauce procedimental propio que permita su materialización. Tan solo en el trámite inicial de enmiendas, cuando aún se desconoce cuál será la posición de la mayoría que orientará el contenido del proyecto en un determinado sentido, podría reglamentariamente ofrecerse un texto alternativo a la «exposición» del Go-

bierno. De ahí que un sector de la doctrina defienda la eliminación del preámbulo de las leyes (SANTAOLALLA LÓPEZ, 1991, 47-64).

Conforme a las Directrices de Técnica Normativa aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005, la exposición de motivos (como en general la parte expositiva de las disposiciones) «cumplirá la función de describir su contenido, indicando su objeto y finalidad, sus antecedentes y las competencias y habilitaciones en cuyo ejercicio se dicta. Si es preciso, resumirá sucintamente el contenido de la disposición, a fin de lograr una mejor comprensión del texto, pero no contendrá partes del texto articulado. Se evitarán las exhortaciones, las declaraciones didácticas o laudatorias u otras análogas».

En esta norma se aprecia una identificación del contenido de la exposición de motivos con el del preámbulo de la ley, entendiendo que este reproducirá aquella, con pocas modificaciones. Podemos concluir, en consecuencia, que se ha producido una pérdida de la función de las exposiciones de motivos en nuestra práctica legislativa, pues pretenden ser un texto anticipado del futuro preámbulo de las leyes, mientras que su función específica será asumida por uno de los antecedentes que acompañan al proyecto: la memoria justificativa.

B) Valor interpretativo del preámbulo

La cuestión del valor normativo de los preámbulos parece resuelta en la doctrina en el sentido de no reconocer a los preámbulos de las leyes valor normativo, al menos con la misma intensidad que al articulado. Por el contrario, es unánime la opinión de que cumplen una innegable función interpretativa y así lo ha confirmado el Tribunal Constitucional, quien ha apelado a los preámbulos de disposiciones de distinto rango para aclarar dudas sobre determinados extremos de las mismas, bien recurriendo a los antecedentes legislativos sobre la materia en ellos mencio-

nados (STC 54/1982, FJ 2), bien para indagar sobre la voluntad del legislador (SSTC 28/1984, FJ 2; 12/1982, FJ 4; 32/1983, FF.JJ. 2 y 4; 99/1987, FJ 2).

Incluso el Alto Tribunal se ha pronunciado directamente sobre el valor interpretativo de los preámbulos en la sentencia de 12 de noviembre de 1981. El Tribunal declara: «La segunda puntualización se refiere al preámbulo de la Ley (del Parlamento Vasco) 2/1981, en el que se contienen afirmaciones que contradicen o interpretan erróneamente preceptos de la Constitución española y del Estatuto del País Vasco. **En la medida en que el preámbulo no tiene valor normativo**, consideramos que no es necesario, ni resultaría correcto, hacer una declaración de inconstitucionalidad expresa que se recogiera en la parte dispositiva de esta sentencia. Sin embargo, consideramos conveniente, **en cuanto que los preámbulos son un elemento a tener en cuenta en la interpretación de las leyes**, manifestar expresamente que el preámbulo de la Ley 2/1981 carece de valor interpretativo alguno en la medida que el mismo se refiere a preceptos que sean declarados inconstitucionales y nulos en la sentencia o sean interpretados en la misma conforme a la Constitución y al Estatuto de Autonomía y de manera contraria a lo expresado en dicho preámbulo».

La STC 116/1999, de 17 de junio, reitera que «es doctrina constante de este Tribunal que las exposiciones de motivos carecen de valor normativo, por lo que no pueden ser objeto directo de un recurso de inconstitucionalidad (SSTC 36/1981, FJ 7; 150/1990, FJ 2; 212/1996, FJ 15; y 173/1998, FJ 4)».

Esta doctrina ha sido matizada en la Sentencia 31/2010, sobre la Ley Orgánica 6/2006, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, en la forma siguiente: «Ahora bien, **carencia de valor normativo no equivale a carencia de valor jurídico**, del mismo modo que la imposibilidad de erigirse en objeto directo de un recurso de inconstitucionalidad

no supone que los preámbulos sean inaccesibles a un pronunciamiento de nuestra jurisdicción en tanto que posible objeto accesorio de un proceso referido principalmente a una disposición normativa. De hecho, en la propia STC 36/1981 hicimos una declaración expresa sobre el valor interpretativo del preámbulo entonces examinado, bien que proclamándola en la fundamentación jurídica y sin llevarla formalmente al fallo. Nuestro proceder en la citada STC 36/1981 es consecuencia de la naturaleza jurídica de los preámbulos y exposiciones de las leyes, que sin prescribir efectos jurídicamente obligados y carecer, por ello, del valor preceptivo propio de las normas de Derecho, tienen un valor jurídicamente cualificado como pauta de interpretación de tales normas. Su destinatario es, pues, el intérprete del Derecho antes que el obligado a una conducta que, por definición, el preámbulo no puede imponer. El valor jurídico de los preámbulos de las leyes se agota, por tanto, en su cualificada condición como criterio hermenéutico. Toda vez que, por tratarse de la expresión de las razones en las que el propio legislador fundamenta el sentido de su acción legislativa y expone los objetivos a los que pretende que dicha acción se ordene, constituye un elemento singularmente relevante para la determinación del sentido de la voluntad legislativa, y, por ello, para la adecuada interpretación de la norma legislada» (FJ 7).

En lo que se refiere al preámbulo de un Estatuto de Autonomía, el Tribunal declara que «su condición de interpretación cualificada nunca podrá imponerse a la que, con carácter privativo y excluyente y con verdadero alcance normativo, solo puede predicarse de la autoridad interpretativa de este Tribunal» y enjuicia los párrafos cuestionados del preámbulo al hilo del enjuiciamiento de preceptos objeto de impugnación expresa. Es entonces cuando se pronuncia sobre la interpretación de los mismos que cupiera deducir de los párrafos del preámbulo y cuando en su caso priva «al preámbulo del valor jurídico que le es característico, esto es, de su interpretación cualificada», lo que incluso lleva al

fallo, declarando que «carecen de eficacia jurídica interpretativa las referencias del Preámbulo del Estatuto de Cataluña a “Cataluña como nación” y a la “realidad nacional de Cataluña”».

C) *La exigibilidad de la exposición de motivos*

La exigencia de una exposición de motivos aneja a los proyectos de ley contenida en el art. 88 CE plantea las consecuencias que su eventual incumplimiento pueda generar.

La generalidad de la doctrina se ha pronunciado por el carácter no esencial de la exposición de motivos, con el resultado de que su ausencia no viciaría el procedimiento legislativo ni la ley consiguiente, de forma que se trataría de una mera obligación política del ejecutivo, cuyo cumplimiento podrían exigir las Cámaras, pero cuya inobservancia no determina la inconstitucionalidad de la ley que, en definitiva, se apruebe.

Tal sería la posición del Tribunal Constitucional en la sentencia 108/1986, en relación con la remisión tardía al Congreso de la exposición de motivos y la memoria explicativa del Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial. El Tribunal señala que «el defecto indicado solo tendría relevancia si hubiese menoscabado los derechos de diputados o Grupos parlamentarios del Congreso; siendo los hechos, en el caso de ser ciertos, plenamente conocidos por ellos sin que mediase protesta por su parte, hay que entender que los afectados no consideraron que existiese lesión a sus derechos, y que, si defecto hubo, fue convalidado por la misma Cámara, por lo que este Tribunal no puede entrar a examinar su existencia o relevancia».

Esta posición del Tribunal Constitucional se asienta sobre dos pilares: la consideración de que solo las reglas esenciales del procedimiento son insubsanables y la posibilidad de reparación de las subsanables, para lo cual el

vicio debe ser puesto de relieve en el momento procesal oportuno, al objeto de que pueda rectificarse. Por último, también puede operar la convalidación, siendo preciso para ello que no haya terceros perjudicados en sus derechos.

En el supuesto de que un proyecto de ley remitido carezca de exposición de motivos, **corresponde a la propia Cámara**, pues, **denunciar su ausencia**. La Mesa del Congreso de los Diputados, a la que incumbe, conforme al art. 31.1 del Reglamento, la calificación de los escritos y documentos de índole parlamentaria así como declarar su admisibilidad o inadmisibilidad, es quien debe apreciar el incumplimiento del requisito constitucional y tomar el acuerdo subsiguiente, que no sería tanto de devolución al Gobierno, como entienden algunos autores, cuanto de dejar pendiente la calificación y tramitación del proyecto, reclamando de aquel el cumplimiento del requisito constitucional, como se hace en las ocasiones en que se aprecia la falta de antecedentes. Una vez recibidos, el proyecto es admitido a trámite e inicia su tramitación parlamentaria con la remisión a la Comisión competente y la apertura del plazo de enmiendas.

La calificación de los proyectos de ley por la Mesa del Congreso no se adentra más allá de la apreciación de la existencia de la exposición de motivos de los proyectos, sin analizar su contenido para apreciar su suficiencia o insuficiencia. Cabría pensar en que algún diputado o Grupo parlamentario alegara, como lo ha hecho en la realidad respecto de algún antecedente preceptivo, la insuficiencia de la exposición de motivos y solicitara de la Mesa la reclamación de su complementación por el Gobierno.

2. Los antecedentes necesarios

Conforme al art. 88 CE, los proyectos de ley aprobados por el Consejo de Ministros deben ser remitidos al Congreso de los Diputados

acompañados, además de la exposición de motivos, de «los antecedentes necesarios para pronunciarse sobre ellos». **Este precepto, que también carece de parangón en el Derecho comparado, ha sido criticado por su excesivo detallismo, impropio de un texto constitucional.**

Detallismo que era todavía mayor en el Anteproyecto de Constitución, cuyo art. 81.1 exigía, de una parte, que los proyectos de leyes orgánicas o de bases fueran acompañados del informe del Consejo de Estado, y de otra, remitía a una ley orgánica de régimen jurídico de la Administración el establecimiento de los antecedentes que deben acompañar a los proyectos, sin perjuicio de los que reclamaran las Cámaras, lo que fue suprimido por la Ponencia en el Congreso de los Diputados, manteniéndose la mención al dictamen del Consejo de Estado para determinados proyectos de ley hasta la Comisión Mixta Congreso-Senado instituida por la Ley para la Reforma Política con el objeto de resolver los disensos entre las dos Cámaras. Al no existir discordia sobre este punto, cabe afirmar que la Comisión, en este como en otros casos, se extralimitó en sus funciones.

El Reglamento del Congreso reproduce el art. 88 CE con una ligera variante («Los proyectos remitidos por el Gobierno irán acompañados de una exposición de motivos y de los antecedentes necesarios para poder pronunciarse sobre ellos», art. 109), exigencias que también aparecen referidas a las proposiciones de ley (art. 124), como de forma similar en el Reglamento del Senado.

Por su parte, como se ha señalado supra en el epígrafe 1.3, el nuevo art. 26.8 LG se refiere a la remisión de los proyectos aprobados por el Consejo de Ministros al Congreso de los Diputados o, en su caso, al Senado, acompañado de una exposición de motivos y de la documentación propia del procedimiento de elaboración a que se refieren las letras b) y d) del art. 7 de la Ley 9/2013, documentación que incluye los anteproyectos de ley y los dictá-

menes solicitados a órganos consultivos, así como la MAIN a que nos hemos referido con anterioridad.

Los antecedentes remitidos a las Cámaras deben dotar a estas al menos de la misma información con que ha contado el Consejo de Ministros para la aprobación del proyecto de ley. La nueva regulación de la MAIN, que permite conocer las alternativas de regulación y los impactos jurídicos, económico-presupuestarios y otros, así como un resumen de las principales aportaciones recibidas en el trámite de consulta pública, junto con el acompañamiento de estudios e informes, puede contribuir a una mejor capacidad de decisión por el legislativo.

En la STC 68/2013, al dilucidar si se ha producido una vulneración del procedimiento de elaboración de las leyes por la **omisión de unos informes entre los antecedentes**, el Tribunal recuerda que «los informes referidos, previstos en sendas normas de rango infralegal, no se encontrarían propiamente insertos dentro del procedimiento legislativo, sino en su caso, dentro del procedimiento prelegislativo, y su ausencia solo podría suponer un vicio de constitucionalidad formal de la ley si los fallos en la conformación de una eventual voluntad gubernamental implicasen que el Congreso de los Diputados careciese de los elementos necesarios para pronunciarse sobre el proyecto presentado [STC 238/2012, de 13 de diciembre, FJ 3.b)]», lo que descarta que se haya producido.

En cuanto a la finalidad de los antecedentes, el Tribunal Constitucional ha considerado que aportan elementos de juicio para la decisión (STC 108/1986), pero ha señalado que **«la ausencia de un determinado antecedente solo tendrá trascendencia si se hubiere privado a las Cámaras de un elemento de juicio necesario para su decisión, pero, en este caso, el defecto, que tuvo que ser conocido de inmediato, hubiese debido ser denunciado ante las mismas Cámaras y los recurrentes no ale-**

gan en ningún momento que esto ocurriese. No habiéndose producido esa denuncia, es forzoso concluir que las Cámaras no estimaron que el informe era un elemento de juicio necesario para su decisión, sin que este Tribunal pueda interferirse en la valoración de la relevancia que un elemento de juicio tuvo para los parlamentarios».

Por lo que se refiere a su **remisión tardía**, la misma sentencia reitera que el defecto indicado solo tendría relevancia si hubiese menoscabado los derechos de diputados o Grupos parlamentarios del Congreso, y hubiese sido reclamado por ellos, como se ha señalado en relación la exigibilidad de la exposición de motivos.

III. PROYECTO DE LEY QUE REPRODUCE UNO ANTERIOR

En la STC 238/2012 FJ 3.a), el Tribunal se pronuncia sobre la presentación de un proyecto de ley que **reproduce uno anterior rechazado** por el Congreso de los Diputados en votación de enmienda a la totalidad: «... al regular la iniciativa legislativa del Gobierno, ni la Constitución en sus arts. 87 y 88, ni los arts. 108 y ss. del Reglamento del Congreso de los Diputados se refieren a la imposibilidad de que se presente una iniciativa idéntica a una anteriormente presentada y rechazada por la Cámara. El Gobierno puede presentar proyectos de ley sobre cualquier materia, con la excepción de los procedimientos de reforma de algunos Estatutos de Autonomía, y en determinados supuestos la única iniciativa legislativa reconocida por la Constitución es la gubernativa, como sucede, por ejemplo, respecto de los proyectos de ley de presupuestos generales del Estado (art. 134 CE). Por tanto, no existiendo limitación alguna respecto de la capacidad de iniciativa prevista en la Constitución o en los Reglamentos parlamentarios a favor del Ejecutivo, no cabe admitir que se entienda contraria al bloque de constitucionalidad una iniciativa que sea reproducción de otra previamente rechazada (...) Entre las

funciones del Ejecutivo está la de ejercer la iniciativa legislativa y entre las del Parlamento aceptar o rechazar tal iniciativa, pero sin que ni unas ni otras se vean limitadas más que allí donde la Constitución así lo ha entendido preciso».

En relación con el procedimiento prelegislativo y la **remisión de los mismos antecedentes** que el proyecto de ley anterior, continúa [FJ 3.b)]: «el proyecto de ley presentado el día 29 de noviembre a la Mesa del Congreso se acompañaba de los mismos antecedentes que se remitieron con el proyecto de ley rechazado el 25 de noviembre, de lo que se deduce que los requisitos exigidos por el [anterior] art. 22.2 de la Ley del Gobierno se cumplieron formalmente, independientemente de la valoración política que merezca el hecho de que la documentación fuera idéntica a la presentada con carácter previo respecto de una iniciativa rechazada anteriormente. De nuevo aquí no existe vicio de inconstitucionalidad que merezca reproche alguno, más allá de que se reconozca que no estamos ante una tramitación legislativa ejemplar».

Por último, en cuanto a la **ausencia de un nuevo dictamen** del Consejo General del Poder Judicial que acompañase al proyecto de ley presentado por el Gobierno, el Tribunal recuerda [FJ 3.c)] que «el Gobierno se limitó, en aplicación de un principio de economía procedimental, a enviar a las Cortes el mismo que en su día elaborase el Consejo General del Poder Judicial para el proyecto de ley rechazado el 25 de noviembre de 2011, habida cuenta de la identidad absoluta de contenido entre el primer y el segundo proyecto de ley. Por tanto, el informe sobre el contenido material de la norma existía y se aportó en el expediente de la iniciativa legislativa, aunque, formalmente, el Consejo lo emitió para otro proyecto de ley». Aun admitiendo que «efectivamente pudiera haber existido una irregularidad menor por no haber solicitado el Gobierno al Consejo nuevo informe», el TC recuerda la STC 108/1986, FJ 3, según la cual «la ausencia de un deter-

minado antecedente solo tendrá trascendencia si se hubiere privado a las Cámaras de un elemento de juicio necesario para su decisión, pero, en este caso, el defecto, que tuvo que ser conocido de inmediato, hubiese debido ser denunciado ante las mismas Cámaras». A la vista del *Diario de Sesiones* que recoge la discusión sobre la tramitación del proyecto de ley, el Tribunal concluye que «en ningún caso existe referencia directa a la falta del informe del Consejo General del Poder Judicial, ni se actuó por parte de los recurrentes en ningún sentido respecto de esta ausencia pese a tener expedita la vía del amparo constitucional frente a actos parlamen-

tarios sin valor de ley (art. 42 de la LOTC), de lo que cabe deducir que no se produjo en este caso menoscabo alguno de los derechos de los Diputados o Grupos Parlamentarios del Congreso, máxime si se tiene en cuenta que la opinión del Consejo General del Poder Judicial sobre el contenido material del proyecto llegó a conocimiento de los Diputados y Senadores, con lo cual ha de reconocerse que las Cámaras contaron con el elemento de juicio necesario para su decisión, independientemente de las valoraciones, que no cumple hacer aquí, que merezca el procedimiento que el Gobierno siguió para hacer llegar ese elemento de juicio a las Cámaras».

BIBLIOGRAFÍA

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M.^a, «Los Preámbulos de las Leyes», en *Estudios de Derecho público en homenaje a Ignacio de Otto*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 1993, págs. 167-207.

DORREGO DE CARLOS, A., «Art. 88: Iniciativa legislativa gubernamental», en dirigidos por ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, tomo VII, Cortes Generales-Edersa, Madrid, 1998, págs. 289-353.

EZQUIAGA GANUZAS, F. J., «Concepto, valor normativo y función interpretativa de las exposiciones de motivos y los preámbulos», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 20, 1988, págs. 27-49.

GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., *La iniciativa legislativa del Gobierno*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

- *El procedimiento legislativo ordinario en las Cortes Generales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.
- «Iniciativa legislativa del Gobierno y técnica normativa en las nuevas leyes administrativas (Leyes 39 y 40/2015)», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 38, 2016, págs. 433-452.

SAINZ MORENO, F., «Antecedentes necesarios para pronunciarse sobre un proyecto de ley (art. 88 CE)», en *La calidad de las leyes*, Parlamento Vasco, Vitoria-Gasteiz, 1989, págs. 15-50.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A., «Art. 88», en GARRIDO FALLA, F. (Dir.), *Comentarios a la Constitución*, 3.^a ed., Civitas, Madrid, 2001, págs. 1397-1404.

SANTAOLALLA LÓPEZ, F., «Exposiciones de motivos de las leyes: motivos para su eliminación», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 33, 1991, págs. 47-64.

TAJADURA TEJADA, J., «Exposiciones de motivos y preámbulos», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 44, 1998, págs. 141-153.

Artículo 89

- 1. La tramitación de las proposiciones de ley se regulará por los Reglamentos de las Cámaras, sin que la prioridad debida a los proyectos de ley impida el ejercicio de la iniciativa legislativa en los términos regulados por el artículo 87.*
- 2. Las proposiciones de ley que, de acuerdo con el artículo 87, tome en consideración el Senado, se remitirán al Congreso para su trámite en este como tal proposición.*

TRAMITACIÓN DE LAS PROPOSICIONES DE LEY

Sumario: I. Admisión a trámite de las proposiciones de ley. 1. Facultades de calificación de la Mesa de las Cámaras. 2. Requisitos. II. La toma en consideración de las proposiciones de ley. III. La prioridad en la tramitación de los proyectos de ley. 1. La presunción de viabilidad de los proyectos de ley. 2. La inclusión en el orden del día de los proyectos de ley. 3. La agilización del procedimiento: declaración de urgencia y sesiones extraordinarias. 4. La especial prioridad del proyecto de Ley de Presupuestos (vid. art. 134 CE). 5. Facultades del Gobierno sobre otras iniciativas. IV. Proposiciones de ley del senado.

PIEDAD GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ
LETRADA DE LAS CORTES GENERALES
CATEDRÁTICA DE DERECHO CONSTITUCIONAL
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

I. ADMISIÓN A TRÁMITE DE LAS PROPOSICIONES DE LEY

1. Facultades de calificación de la Mesa de las Cámaras

El art. 89 CE remite la regulación de la tramitación de las proposiciones a los Reglamentos de las Cámaras. La tramitación parlamentaria de todas las iniciativas legislativas comienza con su admisión a trámite por la Mesa del Congreso de los Diputados, con ex-

cepción del proyecto de Ley del Fondo de Compensación Interterritorial, que es remitido por el Gobierno al Senado, en cumplimiento del art. 74.2 de la Constitución (siendo objeto de una tramitación, por tanto, especial), y de las proposiciones de ley de iniciativa de la Cámara Alta.

Como los restantes «escritos y documentos de índole parlamentaria», los proyectos y proposiciones de ley deben ser calificados por la Mesa con arreglo al Reglamento, declarando su admi-

sibilidad y tramitación, de acuerdo asimismo con las normas reglamentarias (art. 31.4.º y 5.º RC).

Hasta 1988, el Tribunal Constitucional aplicó la doctrina de los *interna corporis acta* para no controlar el trámite de admisión de las iniciativas parlamentarias. **A partir de la sentencia 118/1988, se admite la revisión en amparo de los *interna corporis* si lesionan derechos fundamentales susceptibles de este recurso.** El auto 428/1989 inadmite un recurso contra la inadmisión de una proposición por versar sobre materias ajenas a la competencia de la Comunidad Autónoma.

En las sentencias 205/1990 y 76/1994 se configura el trámite de admisión como control del sistema de fuentes. Se admite el control de contenido de las proposiciones de iniciativa popular porque, al constituir el control de la Mesa un control de legalidad y no ser aquellas legalmente admisibles con cualquier contenido, «deberá necesariamente atender a ese contenido». Pero, cuando se trate de proposiciones de ley respecto de las cuales el ordenamiento jurídico no ha establecido límites materiales (las de origen parlamentario), la actividad de calificación y admisión de la Mesa se limitará al control del cumplimiento de los requisitos formales y, en su caso, al examen liminar de su adecuación a Derecho, aunque ***solo podrá acordar la inadmisión cuando la contradicción o la inconstitucionalidad sea evidente*** (STC 76/1994, FJ 2).

La sentencia 95/1994 estima un recurso contra la inadmisión de una proposición de ley por contenido impropio de una propuesta legislativa, pues recogía principios de impulso de la acción política y de gobierno, por entender que en el Reglamento del Parlamento de Cataluña no existen límites definidores de una materia que sea propia de la ley, afirmando que «excepto en aquellos casos en que constitucional o estatutariamente se hubiere conferido expresamente competencia exclusiva a otros órganos no legislativos, la Mesa no puede inadmitir una proposición de ley

porque la materia a regular no sea propia de esta forma jurídico-normativa» (FJ 4). «La ley se define por su forma y no por relación a la materia» (FJ 5). El Tribunal precisa que la inadmisión por falta de título competencial «solo sería posible en el caso de que la incompetencia material resultase indiscutible» (FJ 5). Si se trata «de una proposición contraria a la Constitución o ajena a las competencias atribuidas al ordenamiento en cuyo seno pretende integrarse, la Mesa solo podrá acordar la inadmisión cuando la contradicción a Derecho o la inconstitucionalidad de la proposición sean palmarias y evidentes» (FJ 4); «un control material como el verificado por la Mesa solo sería posible si resultara evidente la inconstitucionalidad —material o competencial— de la proposición» (FJ 5).

Sin embargo, la sentencia 124/1995 llega a una conclusión opuesta en cuanto a la posibilidad de control material, entendiéndose que las funciones de calificación y admisión por la Mesa de las proposiciones de ley parlamentarias se circunscriben exclusivamente, por la naturaleza de estas, a la mera comprobación del cumplimiento de exigencias formales. Es decir, solo admite el control material cuando una norma lo permite y excluye el control de inconstitucionalidad, aunque esta sea manifiesta. Es más, considera que «aun en la hipótesis de que la proposición recayese sobre una materia respecto de la cual aquella Comunidad Autónoma careciese de competencia, correspondería al Pleno de la Cámara rechazarla por esa u otra razón o, por el contrario, decidir pese a ello su toma en consideración y depurarla de eventuales vicios de inconstitucionalidad a lo largo de las distintas fases que integran el procedimiento legislativo. Más aún: para el caso de que la proposición de ley eventualmente inconstitucional alcanzase la forma definitiva de ley y perdurasen esos eventuales vicios de inconstitucionalidad, solo a este Tribunal, cuando los sujetos legitimados para ello así lo demandasen, correspondería pronunciarse sobre la constitucionalidad o no de esa futura ley» (FJ 4). «De [la] doble naturaleza de las proposi-

ciones de Ley de origen parlamentario, como instrumento para poner en movimiento el procedimiento legislativo, pero, también, como vía adecuada para forzar el debate político y obligar a que los distintos grupos políticos tengan que tomar expreso partido sobre la oportunidad de regular mediante ley una determinada materia —decisión que, además, es de la exclusiva competencia del Pleno de la Cámara (art. 94 del Reglamento)—, se deriva la exigencia de que la Mesa, en tanto que órgano de administración y gobierno interior, limite sus facultades de calificación y admisión de las mismas al exclusivo examen del cumplimiento de los requisitos formales reglamentariamente exigidos, pues de lo contrario no solo estaría asumiendo bajo un pretendido juicio técnico una decisión política que solo al Pleno corresponde, sino que, además, y desde la óptica de la representación democrática, estarían obstaculizando la posibilidad de que se celebre un debate público entre las distintas fuerzas políticas con representación parlamentaria cuyo efecto representativo ante los electores se cumple con su mera existencia, al margen, claro está, de que la iniciativa, en su caso, prospere» (FJ 3).

La doble naturaleza de estas proposiciones de ley se reitera, por todas, en la STC 242/2006 FJ 5: las proposiciones de ley parlamentarias «no solo son una forma —sin duda, la más señalada y expresiva— de participación de los parlamentarios en la potestad legislativa de las Cámaras parlamentarias, [sino] también un cauce instrumental al servicio de la función representativa característica de todo Parlamento, operando como un instrumento eficaz en manos de los distintos grupos políticos que integran el Pleno de la Cámara, y que les permite obligar a que este se pronuncie acerca de la oportunidad de la iniciativa presentada». Esta doble naturaleza de las proposiciones de ley no solo pone claramente de relieve la íntima conexión entre los dos apartados del art. 23 CE, sino que su ejercicio se integra claramente en el núcleo del *ius in officium* protegido constitucionalmente a través del art. 23.2 CE. Como se desprende de

las SSTC 124/1995, de 18 de julio, FJ 3, y 38/1999, de 22 de marzo, FJ 3, «ello obliga a ser extremadamente rigurosos con las decisiones de los órganos rectores de las Cámaras que inadmiten a trámite dichas iniciativas y que limitan, por lo tanto, ambos derechos».

La STC 10/2016 parece no obstante iniciar un giro hacia la posición anterior (anticipado tal vez por los votos particulares a los AATC 135/2004 y 85/2006), en la medida en que, sin perjuicio de citar la doctrina contenida en la 124/1995, afirma que no puede olvidarse tampoco que, excepcionalmente, en la STC 95/1994 admitió la posibilidad de rechazar una propuesta de ley cuando sea «contraria a la Constitución o ajena a las competencias atribuidas al ordenamiento en cuyo seno pretende integrarse», exigiéndose para ello, con base en la STC 205/1990, «que la contradicción a Derecho o la inconstitucionalidad de la proposición sean palmarias y evidentes» (FJ 4), lo que reitera en el FJ 5 como parte de la doctrina constitucional a aplicar al caso concreto (véase también STC 107/2016, FJ 3). De modo que, aunque sea por la confusa vía de citar resoluciones contrarias entre sí como parte de su doctrina constitucional, el Tribunal podría inaugurar un nuevo cambio de dirección que ampliaría en los dos supuestos citados el ámbito de la facultad calificadora de las Mesas.

En la sentencia 38/1999, de 22 de marzo, en relación con la inadmisión a trámite de una proposición de ley por la Mesa de la Junta General del Principado de Asturias por inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional reitera que, si la legalidad aplicable no impone límite material alguno a la iniciativa, la verificación de su admisibilidad ha de ser siempre formal. Este criterio se ratifica en sentencias posteriores sobre otras iniciativas (SSTC 107/2001, 203/2001, 177/2002, 40/2003 y 208/2003).

Ha de tenerse en cuenta también respecto de las proposiciones de ley la doctrina contenida en los AATC 135/2004 y 85/2006 en relación

con la admisión a trámite por la Mesa del Parlamento Vasco del llamado «Plan Ibarretxe» y por la Mesa del Congreso de los Diputados de la propuesta de reforma del Estatuto de Cataluña, respectivamente, en el sentido de que se niega la idoneidad objetiva para que un proyecto de norma pueda de por sí violar la Constitución y la posibilidad de que el Tribunal interfiera en el debate parlamentario en una especie de recurso previo. Un proyecto de norma acaso inconstitucional, dice el Tribunal, no es como tal un proyecto inconstitucional. La antijuridicidad se predica de normas definitivamente instaladas en el ordenamiento, no de simples proyectos de normas ni antes aun de la sola intención de producir normas. ***La inconstitucionalidad únicamente puede predicarse de las normas, no de las iniciativas parlamentarias*** (ATC 85/2006, FJ 3). Véanse, no obstante, distintos autos dictados en el marco del proceso de independencia de Cataluña, sobre el deber de la Mesa del Parlamento de impedir o paralizar cualquier iniciativa que suponga alterar unilateralmente el marco constitucional o incumplir las resoluciones del TC (por todos, AATC 123 y 124/2017, FJ 8, y 144/2017, FJ 6).

Sobre la *recalificación* de escritos (cuando la Mesa otorga una calificación y, en consecuencia, una tramitación distinta de aquella con la que fue presentada), el Tribunal, en la sentencia 99/1987, declara que «la calificación de los escritos y documentos parlamentarios por los órganos rectores de las Cámaras solo podrán alterar la que el propio autor del escrito o documento haya hecho cuando efectivamente pueda apoyar esta rectificación en algún precepto reglamentario» [FJ 1.b)].

2. Requisitos

De conformidad con el art. 126 RC, la iniciativa puede proceder de un diputado o de un grupo parlamentario con la sola firma de su portavoz. Es decir, que **están legitimados para presentar proposiciones de ley quin-**

ce diputados o un grupo parlamentario.

Las proposiciones de ley deben ser presentadas en el Registro de la Cámara acompañadas de una exposición de motivos y de los antecedentes necesarios para pronunciarse sobre ellas (art. 124 RC). No obstante, la exigencia de antecedentes es puramente formal, siendo frecuente que estos consistan en una sucinta (y breve) relación de los textos legislativos vigentes que la proposición pretende modificar o sustituir.

Además de lo expuesto sobre las facultades de calificación de la Mesa, los límites materiales a las proposiciones de ley de origen parlamentario derivan de lo previsto en los arts. 84 (delegación legislativa en vigor) y 134.6 (aumento de créditos o disminución de ingresos presupuestarios). Pero en ninguno de los dos casos ello afecta a la admisión a trámite, pues en el primero el Gobierno está facultado para oponerse a la tramitación y, en el segundo, el Gobierno ha de dar su conformidad a la tramitación, que se presume por silencio durante treinta días (art. 126.2 RC).

No obstante, también existen supuestos de contenido relacionados con la legitimación, por cuanto existen ámbitos reservados a la iniciativa legislativa del Gobierno, cuya regulación legislativa no puede ser iniciada por medio de proposiciones de ley: materias de orden económico-financiero, cuya exclusividad deriva de su conexión instrumental con la dirección de la política que atribuye al Gobierno el art. 97 CE. Así, el art. 131.1 de la Constitución atribuye al Gobierno la elaboración de los proyectos de planificación económica (proyectos de ley, conforme al ap. 1 de este artículo) y, de otra parte, la iniciativa reservada al Gobierno por antonomasia es la *presupuestaria*, esto es, la elaboración de los Presupuestos Generales del Estado, cuyo proyecto de ley —conforme al art. 134 CE— debe presentar anualmente ante el Congreso de los Diputados al menos tres meses antes de la expiración de los del año anterior. La reserva va acompañada del control posterior sobre las iniciativas de otros sujetos (proposi-

ciones de ley o enmiendas) que puedan suponer aumento de créditos o disminución de ingresos presupuestarios. Sobre la no aplicación de otros límites materiales a las proposiciones de ley, en referencia a leyes valencianas, véase la STC 153/2016, FJ 3.a).

En la misma sentencia [FJ 3.b)], en cuanto a los **antecedentes necesarios**, el TC aclara que «no cabe proyectar sobre la facultad de los grupos parlamentarios de presentar proposiciones de ley exigencias y requisitos exigidos solo por el ordenamiento para los proyectos de ley del Gobierno [SSTC 36/2013, de 14 de febrero, FJ 4, y 111/2013, de 9 de mayo, FJ 2.b), por ejemplo, en relación con la intervención, mediante informe, del Consejo de Estado]». En cuanto a la consideración de si se cumple con el requisito de los antecedentes necesarios, el Tribunal reitera: «De acuerdo con nuestra doctrina le corresponde a la propia Mesa de la Cámara interpretar individualizadamente, de conformidad con las normas aplicables, qué materiales son imprescindibles en cada ocasión para poder realizar adecuadamente el control formal que se plasma en la calificación y en la decisión sobre la admisibilidad de las iniciativas legislativas, y para que el debate legislativo se realice con plena libertad de decisión. Debe hacerlo motivadamente y de manera razonable, siendo el control que puede realizar este Tribunal meramente externo y limitado a la suficiencia y coherencia jurídica de dicha motivación (SSTC 38/1999 y 177/2002), pues, como hemos dicho en la STC 242/2006, de 24 de julio, FJ 6, cuando se trata de enjuiciar decisiones de la mesas de una cámara parlamentaria “las consideraciones funcionales que rodean a esta institución y a su control no pueden ser desconocidas y obligan a limitar nuestro control a las decisiones arbitrarias o manifiestamente irrazonables”».

Los efectos de la admisión a trámite de proposiciones de ley presentadas por quince diputados o un grupo parlamentario, son (art. 126.2 RC) la publicación de la proposición de ley en el *Boletín Oficial de las Cortes*

Generales y la remisión al Gobierno para que manifieste su criterio respecto de la toma en consideración, así como su conformidad o no a la tramitación si implicara aumento de créditos o disminución de ingresos presupuestarios.

No ha sido frecuente que el Gobierno manifestara su criterio respecto de la toma en consideración de proposiciones de ley, aunque en la XII legislatura, con un Gobierno en funciones o ya investido, pero en minoría, ha aumentado. Tampoco solía oponerse a la tramitación de proposiciones de ley, y no solo esto se ha convertido en habitual en un Congreso fragmentado, sino que algunos desacuerdos con la Mesa han desembocado en la presentación de conflictos de competencias ante el Tribunal Constitucional.

El Gobierno dispone de treinta días para negar su conformidad a la tramitación de la proposición de ley (art. 126.3), plazo que se entiende aplicable asimismo para la manifestación de criterio sobre la misma. Una vez transcurrido el plazo, la proposición de ley queda en condiciones de ser incluida en el orden del día para su toma en consideración. Si el grupo proponente desea incluir esta en un Pleno anterior, solicitará del Gobierno, en la reunión de la Junta de Portavoces en que se elabore el orden del día, la renuncia a dicho plazo. Una vez transcurrido el plazo de treinta días, la proposición estará en condiciones de ser incluida en el orden del día del Pleno para su toma en consideración.

En cuanto a **los efectos de la inadmisión a trámite de la iniciativa**, una vez solicitada y rechazada la reconsideración del acuerdo de la Mesa conforme al art. 31.2 RC, se abre la posibilidad del recurso de amparo *ex* art. 42 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, alegando violación del *ius in officium* amparado por el art. 23 de la Constitución. No establece el Reglamento plazo para la solicitud de reconsideración ni para que la Mesa resuelva sobre la misma, por lo que habrá de entenderse que su interposición inte-

rumpe el plazo para pedir el amparo constitucional.

La **doctrina constitucional sobre la solicitud de reconsideración en el trámite de admisión** puede resumirse en la forma siguiente: la doble instancia en la vía parlamentaria no es una exigencia constitucional, pero, creada reglamentariamente la solicitud de reconsideración, su obstaculización ilegítima afecta al derecho del art. 23.2 (ATC 52/1994); no hay lesión constitucional en no reconocer reglamentariamente efecto suspensivo a la solicitud de reconsideración; el Tribunal no pone reparos a que la inadmisión inicial sea acordada de forma inmotivada siempre que el acuerdo que resuelva la solicitud de reconsideración aporte la motivación inicialmente omitida (STC 41/1995); la reconsideración es vía previa cuyo agotamiento es preceptivo para considerar el acuerdo firme y recurrible en amparo ante el Tribunal Constitucional (STC 161/1988).

II. LA TOMA EN CONSIDERACIÓN DE LAS PROPOSICIONES DE LEY

Admitida a trámite una proposición de ley y transcurrido el plazo para emisión de criterio o disconformidad por el Gobierno, la proposición puede ser incluida en el orden del día para su toma en consideración. El TC ha declarado su falta de jurisdicción sobre los acuerdos de toma o no en consideración: «la toma en consideración sobre las propuestas formuladas al efecto por los diputados o por los grupos en que se integran... es manifestación del libre ejercicio por cada asamblea de sus atribuciones constitucionales... En este caso de propuestas de diputados o grupos parlamentarios el rechazo o aceptación de la propuesta, convirtiéndolas en iniciativa de la Cámara, constituye un paso dentro del procedimiento legislativo, integrándose en el mismo. En ese acto, cuyo contenido negativo determina la imposibilidad de continuar el procedimiento legislativo, se exterioriza una voluntad del órgano legislativo, la cual

puede consistir también en el rechazo de una proposición de ley». En esta como en otras fases del proceso de elaboración de las leyes, señala el Alto Tribunal, su intervención no es posible en tanto se respeten los derechos de participación política de los diputados y grupos parlamentarios, pues «el control jurisdiccional que puede llevar a cabo se realiza solo sobre los actos mediante los que los órganos estatales actúan sus competencias, pero no sobre la decisión adoptada en virtud de criterios políticos y de oportunidad acerca de la ocasión idónea para el ejercicio de sus competencias» (ATC 659/1987, de 27 de mayo).

III. LA PRIORIDAD EN LA TRAMITACIÓN DE LOS PROYECTOS DE LEY

La prioridad en la tramitación parlamentaria de los proyectos de ley, enunciada pero no desarrollada por el art. 89 CE, carece de una regulación sistemática en los Reglamentos parlamentarios. El Reglamento del Senado formula una declaración general en su art. 105 (*Los proyectos del Gobierno recibirán tramitación prioritaria sobre las proposiciones de ley*), pero no articula los medios para hacerla efectiva. El Reglamento del Congreso de los Diputados solo alude al carácter prioritario, referido a un único asunto (que puede ser —por tanto— de carácter no legislativo), en el ap. 3 del art. 67, relativo a la fijación del orden del día. Un precepto similar aparece en el art. 71.1 RS.

A falta de desarrollo sistemático del principio de prioridad reconocido constitucionalmente, de los distintos preceptos de los Reglamentos pueden extraerse sus manifestaciones.

1. La presunción de viabilidad de los proyectos de ley

Cronológicamente, la primera manifestación en el procedimiento legislativo del carácter

ordinario y preferente de las iniciativas del Gobierno es que se inicia inmediatamente su tramitación parlamentaria, puesto que el acuerdo de admisión de la Mesa del Congreso de los Diputados incluye la orden de su publicación, la apertura del plazo de enmiendas y el envío a la Comisión correspondiente (art. 109 RC). Por el contrario, las proposiciones de ley precisan del acuerdo de toma en consideración por el Pleno para que se inicie el plazo de enmiendas y se remitan a la Comisión competente (126 RC). Con carácter previo a la decisión de la Cámara, el Gobierno dispondrá de treinta días para oponerse a la tramitación por implicar aumento de créditos o disminución de ingresos presupuestarios.

Esta presunción favorable de viabilidad y de «conveniencia pública» de los proyectos, además de permitir iniciar el procedimiento, trasladada a los Grupos parlamentarios la carga de instar que se produzca el debate de totalidad, mediante la presentación de enmiendas de este carácter. En efecto, solo habrá debate y votación de totalidad si se hubieran presentado enmiendas de tal naturaleza en el plazo reglamentario (art. 112.1 RC). Concluido el plazo de enmiendas sin que se hayan presentado, podrá iniciarse el debate en Comisión mediante la designación de una Ponencia (art. 113.1 RC). Por el contrario, las proposiciones de ley, cualquiera que sea su origen, han de ser necesariamente sometidas al debate y votación de toma en consideración. Dado que esto requiere la inclusión en el orden del día de una sesión plenaria, es posible que muchas de ellas no inicien nunca su tramitación parlamentaria.

2. La inclusión en el orden del día de los proyectos de ley

La prioridad debida a los proyectos de ley conforme al art. 89 de la Constitución ha de tener reflejo en su inclusión en el orden del día, para garantizar su pronta tramitación. Tanto el Reglamento del Congreso como el del Senado (arts. 67.3 RC y 71.1 RS) permiten al Gobierno incluir en el **orden del día del**

Pleno un asunto (un solo asunto, especifica el Reglamento del Senado) con carácter prioritario. Estos preceptos muestran una diversidad en el término utilizado («podrá pedir que [...] se incluya» en el Reglamento del Congreso; «podrá incluir» en el Reglamento del Senado), que no ha provocado disparidades en su aplicación: en ambas Cámaras, reunida la Junta de Portavoces para fijar con el Presidente (en el Congreso; para ser oída en la fijación, en el Senado) el orden del día de una sesión determinada, el representante del Gobierno (Secretario de Estado o Director General de Relaciones con las Cortes) solicita la inclusión de un asunto (que puede ser no legislativo), que se incluye forzosamente.

Por lo que se refiere al **orden del día de las Comisiones**, es fijado por su Mesa respectiva, de acuerdo con el Presidente de la Cámara, teniendo en cuenta el calendario fijado por la Mesa, siendo la voluntad política de la mayoría (que coincide normalmente con la del Gobierno) la que decide la inclusión de un proyecto en el calendario de trabajos de la Comisión con mayor o menor premura, o simplemente su estancamiento. Si el Gobierno quiere activar la tramitación de un proyecto de ley en Comisión no puede recurrir (como en el Pleno, al que se entienden referidos los arts. 67.3 RC y 71.1 RS) a la inclusión de un asunto con carácter prioritario, sino que acudirá a la mayoría de que disponga en la Mesa de la Comisión.

3. La agilización del procedimiento: declaración de urgencia y sesiones extraordinarias

Asimismo, como una manifestación de la prioridad debida a los proyectos de ley, el Gobierno dispone de facultades que le permiten agilizar su tramitación, actuando sobre el procedimiento para acortar los plazos o avanzar en el tiempo.

— De conformidad con el art. 90.3 CE, puede declarar la **urgencia** de los proyectos de ley, con el efecto de reducir el plazo ordinario de

tramitación por el Senado de dos meses a veinte días naturales (*vid.* al respecto el comentario al art. 90 y la STC 234/2000, que confirma esta facultad del Gobierno sin límite temporal).

El Reglamento del Congreso otorga asimismo al Gobierno la facultad de solicitar la tramitación de un asunto por el procedimiento de urgencia, siendo la Mesa la competente para acordarlo (en ocasiones exige la motivación de la solicitud), y el efecto la reducción de los plazos ordinarios a la mitad.

— En la misma dirección de agilización del procedimiento legislativo, el art. 73.2 de la Constitución atribuye al Gobierno la facultad de pedir la reunión de las Cámaras en **sesión extraordinaria**, esto es, fuera de los períodos ordinarios de sesiones (*vid.* art. 73.1) en los mismos términos que a la Diputación Permanente y a la mayoría de los miembros de las Cámaras. La inclusión del Gobierno entre los sujetos legitimados para instar la celebración de sesión extraordinaria responde a la existencia de un parlamentarismo cooperativo, siendo frecuentes las solicitudes para tramitar textos legislativos (bien solo en Pleno, bien en las fases anteriores del procedimiento), mucho más cuando se prevé políticamente que las Cámaras no reanudarán su labor en un próximo período de sesiones, ya que quedarán disueltas antes de que se inicie.

4. La especial prioridad del proyecto de Ley de Presupuestos (*vid.* art. 134 CE)

El proyecto de Ley de Presupuestos es el único que tiene fijado por la Constitución su calendario de presentación y aprobación (aps. 3 y 4 del art. 134). Ello origina que los Reglamentos establezcan un procedimiento especial para su tramitación y que los de ambas Cámaras declaren tajantemente que el proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado *gozará de preferencia en la tramitación con respecto a los demás trabajos de la Cámara* (arts. 133.2 RC, 148.1 RS).

5. Facultades del Gobierno sobre otras iniciativas

Las facultades del Gobierno en el procedimiento legislativo no se limitan a sus propias iniciativas. Enunciaremos simplemente los medios de que dispone el Gobierno para actuar sobre las iniciativas procedentes de otros sujetos, que le permiten asegurar la prioridad debida a los proyectos de ley, de una parte, y, de otra, que la totalidad de la legislación sea coherente, manteniéndose dentro de la orientación política fijada por el Gobierno en función de la competencia atribuida por el art. 97 de la Constitución:

— Manifestación de su criterio respecto a las proposiciones de ley, como consecuencia de su función de dirección política y de ser titular de la iniciativa legislativa ordinaria y prevalente. Reconocida por el art. 126.2 RC, y aunque dicho criterio rara vez se emite, esta facultad permite al Gobierno retrasar la toma en consideración de las proposiciones durante el plazo de treinta días previsto para emitir criterio, al que por otra parte se daría lectura en el Pleno.

— Oposición a una proposición o enmienda por delegación legislativa en vigor (84 CE);

— Agilización procesal de las proposiciones de ley, mediante la inclusión de un *asunto* en el orden del día (arts. 67.3 RC, 71.2 RS), la solicitud de declaración de urgencia a la Mesa del Congreso (la facultad de declaración contenida en el art. 90.3 CE se refiere solo a proyectos) o la solicitud de sesión extraordinaria (art. 73.2 CE).

— Presentación de proyectos de ley para su tramitación acumulada (que ha de decidir la Mesa del Congreso) con una o varias proposiciones de ley tomadas en consideración.

— Oposición a las proposiciones y enmiendas que supongan aumento de créditos o disminución del gasto (art. 134.6 CE), que puede manifestar en el plazo de treinta y quince

días, respectivamente, en el Congreso de los diputados, o de diez o cinco días (dos en caso de urgencia) en el Senado.

IV. PROPOSICIONES DE LEY DEL SENADO

La Constitución impone (art. 89.2) que las proposiciones de ley tomadas en consideración por el Senado se remitan al Congreso para su trámite en este como tal proposición. Es decir, que, con la salvedad señalada del Proyecto de Ley del Fondo de Compensación Interterritorial, se establece la tramitación preferente en el Congreso de todos los proyectos y proposiciones de ley, reflejo del bicameralismo atenuado que establece, desequilibrado en favor del Congreso.

La Mesa del Senado comprueba la concurrencia de los requisitos (art. 108.1) de **legitimación**, suscribiendo la proposición un grupo parlamentario, veinticinco senadores o la Comisión General de las Comunidades Autónomas (en virtud de la facultad concedida por el art. 56 del Reglamento del Senado, tras la reforma de 11 de enero de 1994); de **forma**, debiendo ser formulada en texto articulado y acompañada de una exposición justificativa y, en su caso, de una memoria en que se evalúe su coste económico; y de **contenido**, en los mismos términos expuestos con carácter general.

Los *efectos* de la admisión a trámite por la Mesa del Senado son la publicación en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales (Sección Senado)* y la apertura de un plazo de quince días para que se presenten proposiciones de ley alternativas, que deben cumplir los mismos requisitos y deberán versar sustancialmente sobre el mismo objeto o materia que la presentada en primer lugar. Concluido el plazo, la proposición de ley originaria y las alternativas presentadas (asimismo publicadas), pueden incluirse en el orden del día de una sesión plenaria para el trámite de toma en consideración. A diferencia del régimen esta-

blecido por el Reglamento del Congreso, conforme al art. 151 RS, la proposición de ley habrá sido remitida, de inmediato tras su presentación, al Gobierno para que manifieste su conformidad o disconformidad con la tramitación, si en su opinión supone aumento de créditos o disminución de ingresos presupuestarios. Si el Gobierno no remite su disconformidad motivada en diez días, prosigue la tramitación.

El debate y votación de la toma en consideración se realiza por orden de presentación y, aprobada una de ellas, se entiende efectuada su toma en consideración. El Reglamento del Senado admite la posibilidad de que se apruebe un grupo de artículos de una proposición, en cuyo caso se procede a votar las restantes proposiciones de ley, «de modo que pueda completarse, sin contradicción con lo aprobado, el ámbito de las materias reguladas en la proposición de ley originaria» (art. 108.6 RS). En este supuesto, se procederá a una votación de totalidad del texto resultante que, caso de resultar afirmativa, supondrá la toma en consideración del mismo.

El texto tomado en consideración será remitido por el Presidente del Senado al Congreso de los Diputados, para su trámite en este como tal proposición (arts. 108.5 RS, 125 RC).

Las proposiciones de ley tomadas en consideración por el Senado no son sometidas al trámite de toma en consideración por el Congreso de los Diputados (art. 125 RC), pero, a diferencia de las restantes proposiciones de ley, pueden ser objeto de enmiendas a la totalidad de devolución (art. 126.5 RC). Cabría pensar que este precepto viola la facultad de iniciativa del Senado, proclamada por el art. 87.1 de la Constitución, subordinándola a la voluntad del Congreso, pero lo que se hace en realidad es dar a las proposiciones de ley tomadas en consideración por dicha Cámara el mismo tratamiento que a los proyectos del Gobierno, sometidos en el debate y votación de totalidad a la posibilidad de aprobación tanto de enmien-

das a la totalidad de devolución como de texto alternativo. En este sentido, tal vez quepa aceptar lo que en un principio parece contrario a la Constitución, como decisión del Congreso al comienzo de la tramitación sobre la viabilidad de la iniciativa procedente de un sujeto ajeno. La posibilidad de devolución de una proposición de ley al Senado cobra su sentido en el caso de mayorías distintas en las dos Cámaras, en la que el Congreso, Cámara donde reside la mayoría

que apoya al Gobierno, rechaza tramitar la proposición.

Debe tenerse en cuenta que, entre los temas planteados para la reforma constitucional del Senado, figura la posibilidad de que inicien su tramitación en esta Cámara los proyectos y proposiciones «de incidencia autonómica», propuesta desarrollada por el Consejo de Estado en su Informe sobre Modificaciones de la Constitución Española de 2006.

BIBLIOGRAFÍA

ARCE JANÁRIZ, A., «El trámite de admisión de los procedimientos parlamentarios en la jurisprudencia constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 46, 1996, págs. 207-238.

DE LA PEÑA RODRÍGUEZ, L., *Derecho parlamentario español y Tribunal Constitucional*, Comares, Granada, 1998.

GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., *La iniciativa legislativa del Gobierno*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

- *El procedimiento legislativo ordinario en las Cortes Generales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.
- «Artículos 125 y 126», en *Comentarios al Reglamento del Congreso de los Diputados*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2012, págs. 876-909.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A., «Artículo 89», en GARRIDO FALLA, F. (Dir.), *Comentarios a la Constitución*, 3.^a ed., Civitas, Madrid, 2001, págs. 1405-1413.

Artículo 90

1. *Aprobado un proyecto de ley ordinaria u orgánica por el Congreso de los Diputados, su Presidente dará inmediata cuenta del mismo al Presidente del Senado, el cual lo someterá a la deliberación de este.*

2. *El Senado en el plazo de dos meses, a partir del día de la recepción del texto, puede, mediante mensaje motivado, oponer su veto o introducir enmiendas al mismo. El veto deberá ser aprobado por mayoría absoluta. El proyecto no podrá ser sometido al Rey para sanción sin que el Congreso ratifique por mayoría absoluta, en caso de veto, el texto inicial, o por mayoría simple, una vez transcurridos dos meses desde la interposición del mismo, o se pronuncie sobre las enmiendas, aceptándolas o no por mayoría simple.*

3. *El plazo de dos meses de que el Senado dispone para vetar o enmendar el proyecto se reducirá al de veinte días naturales en los proyectos declarados urgentes por el Gobierno o por el Congreso de los Diputados.*

Sumario: I. Bicameralismo imperfecto en el procedimiento legislativo ordinario. II. Reforma constitucional del Senado, representación territorial y defensa del bicameralismo imperfecto en el procedimiento legislativo ordinario.

RAMÓN PUNSET BLANCO

CATEDRÁTICO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
UNIVERSIDAD DE OVIEDO

I. BICAMERALISMO IMPERFECTO EN EL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO ORDINARIO

A tenor de la Constitución, las Cortes Generales, que están formadas por el Congreso de los Diputados y el Senado, ejercen la potestad legislativa del Estado y aprueban sus Presupuestos (art. 66.1 y 2). Aparte de su significación en el plano de las relaciones internormativas y de su consiguiente repercusión en el de la posición constitucional de las Cortes, ello quiere decir que a nuestro Parlamento nacional compete la fijación última

del contenido de las leyes formales estatales. Ahora bien, en el ejercicio de esa función el bicameralismo español resulta radicalmente imperfecto, dada la absoluta preeminencia otorgada al Congreso sobre el Senado en el interior del procedimiento legislativo ordinario. Según ha destacado el Tribunal Constitucional, «La Constitución, como expresión auténtica de la voluntad soberana del pueblo español, ha consagrado un sistema parlamentario en el que en la formación de voluntad de sus Cámaras se prioriza al Congreso sobre el Senado (art. 90 CE)» (STC 136/2011, FJ 5).

1. El Congreso examina en primer lugar los proyectos y proposiciones de ley, independientemente de su procedencia y materia (arts. 87, 88 y 89 CE). La única excepción a esta regla la establece el art. 74.2 CE respecto a la tramitación de la Ley del Fondo de Compensación Interterritorial, cuya andadura en las Cortes ha de comenzar por el Senado. Las mismas proposiciones de ley dimanantes de la iniciativa legislativa senatorial deben remitirse al Congreso (art. 89.2 CE), de manera que no abren por sí mismas, en la Alta Cámara, la fase central o decisoria del procedimiento legislativo. En el Congreso reciben, sin embargo, un trato reglamentario similar al otorgado a los proyectos de ley del Gobierno, pues el art. 125 RC, efectuando la lectura más favorable, aunque no la única jurídicamente posible, del art. 89.2 CE, dispone que «las proposiciones de ley que, de acuerdo con la Constitución, hayan sido tomadas en consideración por el Senado, serán tramitadas por el Congreso como tales proposiciones de ley, **excluido el trámite de toma en consideración**». Una exclusión que concede a tales proposiciones la presunción de aceptabilidad de que gozan los proyectos, que solo se debaten liminarmente en el pleno del Congreso si son objeto de enmiendas a la totalidad, tanto de devolución (art. 126.5 RC) como de texto alternativo. De todos modos, **las iniciativas legislativas del Senado han sido, durante estos cuarenta años de régimen constitucional, muy escasas, y mucho más escasas todavía las que finalmente se han convertido en leyes**. Como escribe P. GARCÍA ESCUDERO, «aun partiendo de que el número de proposiciones de ley en el Derecho parlamentario moderno de todos los países es siempre muy inferior al de proyectos remitidos por el Ejecutivo, y de que tampoco el Congreso de los Diputados utiliza con demasiada frecuencia las facultades que al respecto le atribuye la Constitución, un rápido repaso del número de proposiciones de ley presentadas en el Senado y de su destino final demuestra la escasa voluntad política de que prosperen estas iniciativas, o, dicho en términos realistas, el escaso uso que el grupo mayoritario ha hecho

de este instrumento en el Senado, prefiriendo su ejercicio en la Cámara baja» (2006, pág. 148; *vid.* también págs. 479-480). Además de proporcionar las cifras al respecto, añade esta autora que cuando la oposición consigue imponer su voluntad en el Senado en razón de la composición de la Cámara, las proposiciones senatoriales son con frecuencia detenidas en el Congreso mediante la aprobación de una enmienda a la totalidad de devolución (2012, 877, nota 460).

2. Según el art. 90.1 CE, cuando el Congreso apruebe «un proyecto de ley ordinaria u orgánica, su Presidente dará *inmediata* cuenta del mismo al Presidente del Senado, el cual lo someterá a la deliberación de este». Lo mismo sucede con las proposiciones de ley, pues, aunque la Comisión Mixta Congreso-Senado suprimió la referencia a las mismas en la redacción definitiva del texto constitucional, «la evidente semejanza de ambas figuras pone de relieve la identidad de razón para su régimen jurídico» (STC 97/2002, de 25 de abril, FJ 4). En la misma decisión, el Tribunal Constitucional constata igualmente la celeridad que los tres apartados del art. 90 quieren imprimir al *iter* legislativo senatorial. El Senado, en efecto, dispone solo de un plazo de dos meses (o de veinte días naturales, si el Gobierno o el Congreso efectuaran una declaración de urgencia) para, mediante mensaje motivado, oponer su veto o formular enmiendas al texto recibido. El art. 106.2 y 3 RS (y el art. 134 para los casos de urgencia) se cuida de precisar que «dicho plazo se entiende referido al período ordinario de sesiones» y que «en el caso de que concluyese fuera de este período, se computarán los días necesarios del siguiente hasta completar el plazo de dos meses». Ello sin perjuicio de la posibilidad de convocar sesiones extraordinarias. El proyecto «no podrá ser sometido al Rey para sanción sin que el Congreso ratifique por mayoría absoluta, en caso de veto, el texto inicial, o por mayoría simple, una vez transcurridos dos meses desde la interposición del mismo, o se pronuncie sobre las enmiendas, aceptándolas o no por mayoría simple» (art. 90.2 y 3 CE). Como se

ve, **el Senado opera como simple Cámara de reflexión o de segunda lectura (y apresurada, por cierto) en la fase central o decisoria del procedimiento legislativo común**, habida cuenta del breve plazo de que dispone para vetar o enmendar los textos procedentes de la otra Asamblea y de la facilidad con que esta última puede quebrantar ese veto y esas enmiendas.

La declaración de urgencia por el Consejo de Ministros, el 24 de noviembre de 1995, de la tramitación en el Senado del Proyecto de Ley Orgánica sobre regulación de la interrupción voluntaria del embarazo fue inadmitida a trámite por la Mesa de la Cámara, al sostener que el Gobierno carecía de competencia para efectuar tal declaración en ese momento procedimental. Consideraba la Mesa que la facultad que el art. 90.3 CE confiere al Gobierno debe ejercitarse con anterioridad al inicio de la tramitación de los proyectos de ley en el Congreso, «pues el derecho constitucional del Gobierno debe entenderse en su ámbito propio, concluyendo cuando la iniciativa legislativa entra en el ámbito competencial del poder legislativo, de forma que una vez que ha tenido entrada en sede parlamentaria, las competencias sobre la tramitación del Proyecto de Ley corresponden al órgano legislativo». La STC 234/2000, de 3 de octubre, con gran economía argumental y citándose estrictamente al caso, no rechazó de plano esta interpretación del órgano rector del Senado, ni trató de enmarcar la facultad gubernamental dentro de nuestra forma parlamentaria de gobierno. El Tribunal se limitó a señalar, en primer lugar, que la declaración de urgencia por el Ejecutivo, aun remitido ya el Proyecto a las Cortes, no priva a estas del ejercicio de su función legislativa, incidiendo sobre la cronología del procedimiento, pero no sobre el contenido del texto en tramitación. Tampoco tiene por qué traducirse la declaración en merma alguna de los principios constitucionales que han de informar el procedimiento legislativo en cuanto procedimiento de formación de la voluntad del órgano (FJ 13). A lo que se debe añadir que el

Gobierno había comunicado la declaración de urgencia a la Alta Cámara cuando el Proyecto de Ley ni siquiera había sido dictaminado por la Comisión correspondiente del Congreso, esto es, bastante antes de que se hubiera podido iniciar la tramitación senatorial de dicho Proyecto (FJ 14). Por ello, declara que el acuerdo inadmisorio de la Mesa del Senado «invadió la atribución que el art. 90.3 CE confiere al Gobierno». En realidad, y dado el carácter políticamente ultrasensible del citado Proyecto, la decisión impeditiva del órgano rector de la Cámara constituyó un puro acto de *filibustering*. En cualquier caso, la obstrucción devino irrelevante porque las Cortes se disolvieron el 9 de enero de 1996.

3. **¿Qué efectos se derivarían del incumplimiento del plazo por el Senado?** A mi juicio, en tal circunstancia habría de someterse el texto aprobado por el Congreso a la sanción regia. El art. 90.2 CE determina que el proyecto no puede ser sometido al Rey para sanción *cuando el Senado lo haya vetado o enmendado* y hasta que el Congreso se pronuncie sobre el veto y las enmiendas. Por tanto, y puesto que el Senado dispone de un plazo límite para vetar o enmendar, el transcurso de semejante plazo sin que la Alta Cámara haya hecho uso de sus facultades debe considerarse como uno de los tres presupuestos (los otros dos serían la aprobación sin modificaciones por parte del Senado del proyecto dimanante del Congreso y el pronunciamiento de esta Asamblea sobre el veto o las enmiendas senatoriales) de la sanción regia. La actitud del Senado resultaría, además, inconstitucional. Como reconocía la Norma supletoria de la Presidencia de esa Cámara de 14 de febrero de 1984 —dictada a fin de dar cumplimiento al art. 90.2 CE en la tramitación del proyecto de Ley Orgánica del derecho a la educación—, el plazo es imperativo, y así lo disponen también los arts. 106 y 118 RS. Precisamente, y para garantizar el respeto del plazo constitucionalmente arbitrado, el ap. 4.º de la aludida Norma supletoria decía que, a tal propósito, «podrá fijarse el tiempo máximo de debate de un proyecto, distribuyéndolo

lo entre las intervenciones previstas», y que, «agotado dicho tiempo, se procederá a realizar las votaciones que quedaren pendientes». En la actualidad, y según dispone el art. 135.4 RS para el trámite de la deliberación en el Pleno, la Mesa «podrá modificar la duración de las intervenciones cuando así lo aconseje el desarrollo de los debates».

Para un sector de la doctrina, sin embargo (cfr. GARCÍA ESCUDERO, 2006, 484-486), el sometimiento de los textos legislativos no vetados o enmendados por la Alta Cámara, ni tampoco aprobados por ella, a la sanción real chocaría «con el concepto formal de ley como norma emanada de las dos Cámaras que componen las Cortes Generales». Ahora bien, el art. 66.2 CE atribuye el ejercicio de la potestad legislativa del Estado a las Cortes Generales precisamente *en tanto que órgano complejo*, integrado por dos órganos simples, el Congreso de los Diputados y el Senado (art. 66.1 CE), los cuales concurren, en los términos constitucional y reglamentariamente establecidos, y solo dentro de ellos, a la formación del mandato legislativo parlamentario. El Tribunal Constitucional sostiene esta misma tesis, que yo siempre he propugnado (cfr. PUNSET, 2001, 344-345), y en la Sentencia 97/2002 resuelve conforme a ella el caso planteado. Este consistía en que el Pleno del Senado había rechazado el veto formulado contra una proposición de ley aprobada por el Congreso y también el dictamen de la Comisión senatorial que había introducido en ella algunas correcciones técnicas, sin ratificar tampoco el texto que le había remitido el Congreso. La Mesa del Congreso, una vez recibida la correspondiente comunicación del Presidente de la Alta Cámara dándole cuenta de estas circunstancias, acordó trasladar el texto de la proposición «a la Presidencia del Gobierno, para la sanción real». El Tribunal Constitucional consideró tal acuerdo conforme con la Constitución.

4. Aplicando certeramente el art. 81.2 CE, el Reglamento del Congreso ha dispuesto que en **los proyectos de ley orgánica vetados**

por el Senado «la ratificación del texto inicial y consiguiente levantamiento del veto requerirá en todo caso (o sea, aunque hayan transcurrido dos meses desde la interposición del veto) el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de la Cámara» (art. 132). En cambio, el mismo precepto determina, de manera quizás muy rigurosa, pero no menos lógica desde el punto de vista de la forma de gobierno, que «el texto resultante de la incorporación de enmiendas introducidas por el Senado y aceptadas por el Congreso será sometido a una votación de conjunto», debiendo ser igualmente aprobado por mayoría absoluta, entendiéndose que, de otro modo, «quedará ratificado el texto inicial del Congreso y rechazadas *todas* las enmiendas propuestas por el Senado».

El Senado, en cualquier caso, no comenzó a hacer uso del veto hasta la VIII Legislatura (2004-2008). Este veto, en efecto, se opuso el 13 de diciembre de 2004 y el 10 de diciembre de 2007 frente al Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado. La Alta Cámara tenía a la sazón una mayoría distinta de aquella que en el Congreso sostenía al Gobierno, lo que había sucedido antes únicamente en 1995 (año en el que se adoptó la conflictiva decisión de la Mesa que dio lugar a la STC 234/2000). En ambos vetos su levantamiento mediante la mayoría absoluta del Congreso puso de relieve la rareza de la posición senatorial en el interior de nuestra forma de gobierno. El Senado es una Asamblea cuya composición responde eminentemente al principio de representación política, a pesar de lo cual: *a)* no interviene en la relación fiduciaria de las Cortes con el Gobierno; *b)* puede vetar, no obstante, los Presupuestos, que son la quintaesencia de la política gubernamental; *c)* el Presidente del Gobierno, que no precisa de la confianza del Senado, se halla, no obstante, constitucionalmente legitimado para decretar su disolución. Extravagante sistema.

De otro lado, y refiriéndose al primero de los vetos, escribe GARCÍA MEXÍA que, como consecuencia de su formulación, «los presupuestos

salían del Senado igual que entraron, no siendo pues posible su examen y su enmienda parcial: surgía de este modo la paradoja de que el uso por el Senado de su más importante instrumento de modulación legislativa se volvía en su contra, reduciendo su intervención en la tramitación legislativa de los presupuestos a la más completa irrelevancia práctica, a resultados del posterior levantamiento de los vetos por parte del Congreso de los Diputados. En otras palabras, la posición “de fuerza” del Senado, lejos de robustecerlo frente al Gobierno, sirvió para debilitarlo. Consciente de la primacía jurídico-constitucional del Congreso de los Diputados, el Gobierno pudo permitirse el “precio político” del veto senatorial» (2005, 108).

Finalmente, **la introducción de enmiendas por el Senado en el texto aprobado por el Congreso** ha llevado a la doctrina y a la jurisprudencia a preguntarse si resulta constitucionalmente lícito apurar esa facultad senatorial hasta el punto de que las enmiendas carezcan de homogeneidad y congruencia con lo decidido en la Cámara Baja. No se trata, por tanto, de cuestionar las enmiendas de adición, materialmente novedosas, pero incardinadas de modo natural en el sector de la realidad objeto de regulación por el proyecto procedente del Congreso. El problema lo plantea la práctica de los *cavaliers législatifs*, que contraviene, en mi opinión, la reserva de prioridad procedimental establecida por la Constitución (cfr. arts. 87.2, 88, 89.2 y 90.1) en favor del Congreso de los Diputados (véase, en parecidos términos, MORALES ARROYO, 2005, 85 y ss.). No lo consideró así, en un principio, el Tribunal Constitucional (cfr. la Sentencia 194/2000, de 19 de julio, FJ 3). Tampoco el estudio de GARCÍA ESCUDERO (2006, 494 y ss. *et passim*). Con posterioridad, sin embargo, el Alto Tribunal reformuló su doctrina al respecto en las SSTC 119/2011, de 5 de julio, y 136/2011, de 13 de septiembre. En aquella dejó dicho que «la intención del constituyente es que la aprobación de los textos legislativos se produzca siempre, en primer lugar, en el Congreso», por lo que «parece lógico concluir

que la facultad de enmienda senatorial a la que se refiere el art. 90.2 CE se entendió, al elaborar la Constitución, limitada a las enmiendas que guarden una mínima relación de homogeneidad material con los proyectos de ley remitidos por el Congreso», ya que «[e]sta interpretación es, sin duda, la que mejor se adecua a las disposiciones constitucionales que regulan la facultad de iniciativa legislativa del Senado y el procedimiento legislativo general» (FJ 6). En la STC 136/2011, que examinaba la introducción en el Senado de enmiendas que no guardaban relación de homogeneidad material ni textual alguna con el proyecto de ley remitido por el Congreso, el Voto Particular del Magistrado Aragón Reyes señalaba con acierto lo siguiente: «con la calificación como enmiendas de lo que en realidad constituyen verdaderos supuestos de iniciativa legislativa, no solo se vulnera la distinción constitucional entre esta facultad de iniciativa y el derecho de enmienda (...), sino que además se infringe el art. 89.2 CE, que determina que las proposiciones de ley que, de acuerdo con el art. 87.1 CE, tome en consideración el Senado, se remitirán al Congreso para su tramitación como tal proposición».

II. REFORMA CONSTITUCIONAL DEL SENADO, REPRESENTACIÓN TERRITORIAL Y DEFENSA DEL BICAMERALISMO IMPERFECTO EN EL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO ORDINARIO

La abundante literatura doctrinal que hoy defiende la reforma constitucional del Senado y su conversión en una verdadera Cámara de representación territorial suele proponer un mayor equilibrio posicional entre las dos Asambleas de nuestras Cortes Generales. Sobre todo, naturalmente, en el ámbito del procedimiento legislativo ordinario y por lo que se refiere a las cuestiones relativas a las Comunidades Autónomas. Sucede, sin embargo, que tal procedimiento se halla estrechamente vinculado a la forma de gobierno, sin que pue-

da desligarse de ella, la cual no es otra cosa, en definitiva, que la forma de relación entre los órganos constitucionales en orden a la creación primaria del Derecho. Debido a esto, la pretensión de articular la composición estrictamente territorial del Senado —cuyos miembros, según la tesis dominante, habrían de elegirse o designarse en su totalidad por las Comunidades Autónomas— con el reforzamiento del papel de la Cámara no podría dejar de tener presente la posición central del bloque Gobierno-Congreso en el sistema constitucional.

1. Por ello el Senado territorial habría de conservar en todo caso su naturaleza de Cámara de segunda lectura en el procedimiento legislativo y su actual iniciativa legislativa heterónoma, incluso (salvo lo dispuesto en los arts. 74.2 y 158 CE) en la elaboración de la legislación de directa incidencia autonómica. Esto sería aplicable, desde luego, a la tramitación del proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado, cuya especial sustancia política, como expresión del programa gubernamental en el que se basa la confianza otorgada por el Congreso al candidato a la presidencia del Ejecutivo, resulta de todo punto notoria.

Ahora bien, la competencia del Senado en materia legislativa debería continuar siendo universal. El Senado genuinamente autonómico, pues, ha de pronunciarse sobre todo tipo de leyes, sin que, como sucede en Bélgica, quepa admitir la existencia de leyes monocamerales, reservadas únicamente a la aprobación del Congreso. Ello no solo porque la mayoría de las leyes tienen conexión directa o indirecta con las competencias de las Comunidades Autónomas, sino también porque la presencia inmediata de estas en la Alta Cámara persigue, además de un fin garantista, una finalidad participativa acorde con una visión moderna de la forma territorial del Estado.

Sin embargo, es muy importante que todos los proyectos y proposiciones de ley se presenten primero ante el Congreso de los Diputados

(con la excepción señalada en el art. 74.2 CE), ya que únicamente esta Cámara fundamenta, mediante legitimación fiduciaria, la dirección de la política que corresponde al Gobierno. Tal dirección la ejerce el Gobierno, en parte, a través de su dominio de la fase introductoria del procedimiento legislativo, mediante el cual programa la actividad legislativa de las Cortes gracias a la confianza con que cuenta en el Congreso. Una confianza, en fin, que tiene como base el programa del Presidente del Gobierno, que ha de traducirse esencialmente en el envío a dicha Cámara de proyectos de ley. Considero, pues, de todo punto incongruente con nuestra forma de gobierno —y aun con toda forma parlamentaria de gobierno— la propuesta doctrinal de que el Senado territorial conozca en primer lugar los textos legislativos de mayor o menor incidencia en el acervo competencial autonómico, ya que el Senado no mantiene con el Gobierno ninguna relación de confianza institucionalizada y, en consecuencia, no cabe que opere como filtro liminar del ejercicio de la dirección de la política por parte del Ejecutivo.

2. Algún autor lamenta que el Senado disponga de un plazo de tan solo dos meses para vetar o enmendar un texto legislativo aprobado por el Congreso, plazo que encima puede quedar reducido al de veinte días naturales en los proyectos declarados urgentes por el Gobierno o por el propio Congreso. Ciertamente, se trata de plazos bastante cortos, pero únicamente en lo relativo al ejercicio de la facultad de enmienda, no a la de veto. La decisión de vetar, en tanto que disconformidad radical de la misma naturaleza que las enmiendas a la totalidad de devolución previstas en el Reglamento del Congreso (cfr. art. 110.3), no precisa, en orden a su adopción, de plazos más amplios, salvo que se pretenda potenciar sus efectos de bloqueo. Por lo que atañe a las enmiendas (necesitada su formulación, quizás, de mayor sosiego), no resulta fácil otorgarles un tiempo superior de aprobación, dada la obligación constitucional que pesa sobre el Gobierno de «presentar ante el Congreso de los Diputados los Presupuestos

Generales del Estado al menos tres meses antes de la expiración de los del año anterior» (art. 134.3 CE).

También se discute y cuestiona la excesiva supremacía intraparlamentaria del Congreso que configura el art. 90.2 de la CE. En materias de relevancia autonómica, al menos, algunos autores preferirían dar más juego a un sistema de resolución de conflictos como el de las Comisiones mixtas de conciliación, de modo que amplían a tal objeto los supuestos considerados por el art. 74.2 CE y agravan las mayorías en él requeridas para que el Congreso supere definitivamente las diferencias con el Senado. A propósito de esto, varias veces he expresado mi convencimiento de que la potenciación del Senado en el *iter* legislativo tropieza con un obstáculo formidable que la hace técnicamente poco operativa al aumentar la complejidad procedimental existente. Este obstáculo consiste en la pluralidad de los tipos de leyes creados por el constituyente, caracterizados unos por la mayor o menor cualificación de las mayorías precisas para su aprobación, otros por variadas singularidades en su procedimiento de elaboración y otros, en fin, por la intervención de un número más o menos grande de órganos o segmentos orgánicos, tanto del Estado como, en ocasiones, de las Comunidades Autónomas, en el curso de su redacción y adopción. Creo, además, que la importancia de este obstáculo lo convierte en infranqueable para cualquier propuesta de reforma de la posición del Senado en el procedimiento legislativo. Si los tipos de leyes hubieran sido reducidos por el constituyente a los de leyes ordinarias y leyes de reforma constitucional, la reconversión de la posición de la Alta Cámara en dicho procedimiento mediante el reforzamiento de la misma en la aprobación de las leyes de relevancia autonómica sería más factible (aunque no se encontraría exenta de problemas, según inmediatamente se advertirá). Pero, enfrentados con un sistema de creación jurídica primaria de la complejidad del existente, el reforzamiento aludido no puede concluir sino en inyectar nuevas dosis de barroquismo en

ese sistema, acentuando los inconvenientes de nuestro bicameralismo.

Por otra parte, hay que tener en cuenta la dificultad que ofrecería, en no pocos supuestos, la tarea de identificar la legislación de incidencia autonómica —salvo, claro está, en los casos más evidentes (reforma de Estatutos, leyes orgánicas del art. 150.2 CE, etc.), en los que el *nomen iuris* de la disposición proyectada permitiría su inmediata calificación—, dada la cuasi universal potencialidad de afectación de los intereses autonómicos por obra de toda clase de leyes, sobre todo en un modelo de distribución vertical de poderes como el español, en el que ocupan un lugar preponderante las competencias compartidas (de diferente intensidad, además) entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Si ya es difícil, a veces, determinar si una concreta materia ha de regularse o no mediante ley orgánica, y si un mismo texto legal cabe que contenga normas de ley orgánica y de ley ordinaria, calcúlese el efecto que produciría multiplicar esa labor para precisar, en orden al robustecimiento de la posición senatorial en su aprobación, qué clase de leyes son relevantes desde la perspectiva autonómica. Tampoco resultaría sencillo decidir a qué órgano parlamentario correspondería la facultad de apreciar esa relevancia y cómo habrían de solventarse las inevitables controversias suscitadas por su acción calificadora. Desde luego, no cabe duda de que, como testimonia la experiencia alemana, la distribución por materias del peso posicional de las dos Cámaras del Parlamento plantearía problemas de calificación de las leyes; problemas en los que se hallarían implicados sucesivamente dichas Cámaras, el Jefe del Estado y el Tribunal Constitucional. Por supuesto, los conflictos de calificación pueden resolverse en la propia sede parlamentaria, bien recurriendo a la intervención de una Comisión mixta, bien a una reunión conjunta de las Mesas del Congreso y del Senado, por citar dos posibilidades. No obstante, aunque la resolución de tales órganos seguramente sería suficiente —si es que no lo fueran los términos del art. 91 CE—

para impedir una negativa del Rey a promulgar una ley a su juicio indebidamente calificada y aprobada por las Cortes, de ninguna manera vincularía al Alto Tribunal, sujeto únicamente a un canon normativo en el examen de constitucionalidad de las leyes. En suma, pues, la equiparación *ratione materiae* de los poderes del Congreso de los Diputados y del Senado tal vez generaría un plus de incertidumbre sobre la validez de las disposiciones legislativas parlamentarias. Añádase que no resultaría inimaginable, según acredita el ejemplo alemán, que, por razones estrictamente políticas y con menoscabo de la técnica de legislar (cuando no, también, del principio de seguridad jurídica), se dividiera en varios proyectos de ley la regulación unitaria de una materia a fin de reducir al mínimo la intervención cualificada del Senado.

Finalmente, ¿merecería la pena afrontar todas estas dificultades y problemas para obtener una mejora del papel del Senado en el procedimiento legislativo que, por razones

derivadas de la lógica de la forma de gobierno, nunca podría ir más allá de la ampliación del número de las «decisiones de las Cortes Generales» a que se refiere el art. 74.2 CE o del establecimiento de un mecanismo de relaciones intercamerales de similar alcance? Quiero decir que toda agravación de las condiciones de resolución final de las discrepancias por parte del Congreso me parecería contradictoria con la forma parlamentaria de gobierno constitucionalmente establecida. No es, en efecto, posible requerir una mayoría cualificada superior a la absoluta sin atentar contra la función de dirección política atribuida a un Gobierno que goza de la confianza del Congreso. Por eso semejante clase de mayorías (de tres quintos o de dos tercios) únicamente se exigen para la aprobación de la reforma constitucional. Así, en resumidas cuentas, **la sensibilidad autonómica del Senado en el procedimiento legislativo ha de alcanzarse solamente gracias a su composición, no merced a su intromisión en el núcleo de la forma de gobierno.**

BIBLIOGRAFÍA

Véase la que figura al final del comentario al art. 69 y además:

GARCÍA ESCUDERO, P., *El procedimiento legislativo ordinario en las Cortes Generales*, CEPC, Madrid, 2006.

— «Artículo 125», en RIPOLLÉS SERRANO, M. R., *Comentarios al Reglamento del Congreso de los Diputados*, editados por dicha Cámara en 2012.

GARCÍA MEXÍA, P., «El Senado», en TORNOS MAS, J. (Dir.), *Informe Comunidades Autónomas 2004*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2005, págs. 95 y ss.

MORALES ARROYO, J. M., «Los modelos de Senado», *Revista de Derecho Político*, núm. 63, 2005, págs. 77 y ss.

PUNSET, R., *Estudios parlamentarios*, CEPC, 2001.

— *Potestades normativas y forma de gobierno*, CEPC, Madrid, 2014, segunda parte.

RUIZ RUIZ, J. J., *El veto del Senado*, CEPC, Madrid, 2007.

Artículo 91

El Rey sancionará en el plazo de quince días las leyes aprobadas por las Cortes Generales, y las promulgará y ordenará su inmediata publicación.

Sumario: I. La sanción y la promulgación en nuestro Derecho constitucional histórico. II. La sanción y la promulgación de la ley en el Derecho comparado. III. La sanción y la promulgación de la ley en la Constitución de 1978. El refrendo. IV. La aplicación del art. 91: el camino de la ley hasta el Boletín Oficial del Estado. V. El plazo de los quince días. VI. La publicación de las leyes. VII. La promulgación y publicación de las leyes autonómicas.

ENRIQUE ARNALDO ALCUBILLA

LETRADO DE LAS CORTES GENERALES
CATEDRÁTICO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS

I. LA SANCIÓN Y LA PROMULGACIÓN EN NUESTRO DERECHO CONSTITUCIONAL HISTÓRICO

La Constitución primigenia de nuestra historia, la de 1812, fue especialmente detallista tanto en la regulación de la sanción regia, toda vez que atribuía al Monarca la facultad de veto absoluto, como de la promulgación y publicación de la ley, llegando incluso a contener el art. 155 la fórmula concreta de sanción y promulgación, muy similar a la vigente, de la que se han suprimido solamente las referencias a que el Rey lo es «por la gracia de Dios y por la Constitución de la Monarquía» y la concreción de las autoridades a las que se manda cumplir y ejecutar la ley («a todos los Tribunales, justicias, jefes, gobernadores y demás autoridades, así civiles como militares y eclesiásticas, de cualquier clase y dignidad»). Recordemos que con Alfonso XII la salutación anterior cambia y se dice: «Rey constitucional de España por la gracia de Dios», que desaparece con el Rey Juan Carlos, cuya fórmula de legitimación es simplemente «Rey de España».

Las Constituciones posteriores a la de Cádiz son más parcas y sobrias, sin perder un ápice de precisión. Las de 1834, 1837, 1845 y 1876 parten de la compartición de la potestad legislativa por las Cortes y el Rey, de manera tal que la sanción es el acto de voluntad del Rey, que, adicionado a la previa decisión del Parlamento —elegido por sufragio restringido— da lugar a la ley. De esta manera el Rey podrá negarse a la sanción, interponer el veto, lo que impedía obstativamente que el proyecto fuera ley. En las de 1837 (art. 39), 1845 (art. 38) y 1876 (art. 44) se repite idéntica fórmula: «Si uno de los Cuerpos Colegisladores desechase algún proyecto de ley, o le negare el Rey la sanción, no podrá volverse a proponer un proyecto de ley sobre el mismo objeto en aquella legislatura».

Sólo la Constitución de 1869 se separa radicalmente del modelo anterior, al partir de la proclamación de que la soberanía no era compartida y, por tanto, de que la potestad legislativa no es coparticipada entre el Rey y el Parlamento. El art. 34 es contundente: «La potestad de hacer las leyes reside en las Cor-

tes». De esta forma, la potestad del Rey de sancionar y promulgar las leyes pierde el significado tradicional que tenía la también pomposamente denominada «real provisión» de las leyes decretadas o aprobadas por las Cortes.

Lógicamente, tras el advenimiento de la forma republicana, la Constitución de 1931 suprime la referencia a la sanción (unida umbilicalmente a la Monarquía), y atribuye al Presidente de la República la promulgación de las leyes sancionadas (así las denomina, curiosamente, con terminología monárquica) por el Congreso de los Diputados, dentro del plazo de quince días, contados desde aquel en que la sanción (la aprobación, en realidad) le hubiere sido oficialmente comunicada. En fin, y lo que es más relevante, confiere al Presidente de la República la capacidad de imponer un veto suspensivo motivado a las leyes no urgentes, en estos términos: «Si la ley se declara urgente por las dos terceras partes de los votos emitidos por el Congreso, el Presidente procederá a su inmediata promulgación. Antes de promulgar las leyes no declaradas urgentes, el Presidente podrá pedir al Congreso, en mensaje razonado, que las someta a nueva deliberación. Si volvieren a ser aprobadas por una mayoría de dos tercios de votantes, el Presidente quedará obligado a promulgarlas».

II. LA SANCIÓN Y LA PROMULGACIÓN DE LA LEY EN EL DERECHO COMPARADO

En las Constituciones monárquicas vigentes no encontramos preceptos semejantes al art. 91 de la Constitución Española, que suma sanción y promulgación, excepción hecha de la belga, cuyo Texto Refundido es de 17 de febrero de 1994. La de los Países Bajos de 1983 solo confiere al Monarca la sanción de las leyes aprobadas por los Estados Generales y la de Dinamarca de 1953 se limita a decir que «la firma del Rey al pie de las decisiones en materia de legislación y de gobierno confiere a es-

tas fuerza ejecutiva, siempre que vaya acompañada del refrendo de uno o varios Ministros».

Las Constituciones republicanas confieren al Jefe del Estado la promulgación de las leyes. Así, el art. 10 de la Constitución francesa de 1958, el art. 82 de la Ley Fundamental de Bonn o el art. 73 de la Constitución italiana de 1947. En esta se atribuye al Presidente de la República la facultad de «por medio de un mensaje motivado a las Cámaras, solicitar una nueva deliberación. En el caso de que las Cámaras aprueben nuevamente la ley, esta deberá ser promulgada». En la Constitución francesa el Presidente puede, antes de la expiración del plazo de quince días siguientes a la transmisión por el Gobierno de la ley definitivamente adoptada por el Parlamento, solicitar de este «una nueva deliberación de la ley o de algunos de sus artículos. Esta nueva deliberación no puede ser rechazada», de forma que de ser aprobada de nuevo debe ser promulgada.

III. LA SANCIÓN Y LA PROMULGACIÓN DE LA LEY EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978. EL REFRENDO

1. La concepción trifásica del procedimiento legislativo hace comprender este como el conjunto de actos necesarios para llegar al acto normativo que es la ley, siendo el último de ellos el denominado «integrativo de la eficacia» en el que se insertan, en dos momentos separados, la sanción y la promulgación, de un lado, y la publicación oficial, de otro, de la Ley. Su aprobación definitiva por quien tiene atribuida la potestad legislativa del Estado *ex* art. 66 de la Constitución, las Cortes Generales, confiere plena validez a la ley, pero con la sanción, promulgación y publicación consiguie y alcanza su integración con plena eficacia en el ordenamiento jurídico.

2. Nuestra vigente Constitución, con otras, como la belga, anclada en la tradición histórica —que no fue puesta en duda durante el de-

bate constituyente— **suma los dos institutos de la sanción y la promulgación**, y lo hace no solo en el precepto aquí comentado sino, asimismo, al definir las funciones concretas del Monarca, en el art. 62: «Corresponde al Rey: a) sancionar y promulgar las leyes».

En la Monarquía Parlamentaria, como es natural y lógico, el Rey carece de toda intervención en el proceso de formación de las leyes, que son obra exclusiva del Parlamento. La dicción imperativa («sancionará», «promulgará») es prueba inequívoca de que es un acto debido, obligado, necesario para el Monarca que debe realizar en todo caso. Está obligado estrictamente a sancionar y promulgar las leyes que se le presenten. Como señala SANTALLA LÓPEZ, el sentido de este acto de sanción y promulgación es dar fe de las leyes aprobadas por las Cámaras, sin que ello comporte ninguna potestad de controlar la regularidad formal o material de las leyes precedentes de las Cortes. El alcance de esta atribución es más simbólico que político, y encaja, en consecuencia, plenamente en la condición del Jefe del Estado como símbolo de su unidad. Por otra parte, la sanción y promulgación carece, como enseguida veremos, de valor jurídico sustantivo. Una ley es perfecta desde su aprobación por las Cortes, siendo tales actos meros requisitos *ad solemnitatem*, aun cuando no *ad pompam*.

Al acto de sanción y promulgación de la ley le es también aplicable la exigencia del refrendo (art. 64 de la Constitución), que comporta la transferencia de responsabilidad al refrendante. Aunque el citado precepto habilita para el refrendo de los actos del Rey al Presidente del Gobierno y a los Ministros, en el caso de las leyes siempre aparece a continuación de la del Rey la firma del primero, como se infiere, por lo demás, del art. 2.1.h) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

3. Sobre estas bases continuar abundando en la discusión sobre qué fue, otrora, la sanción y la promulgación de las leyes, será sin duda un tributo a la Historia del Derecho, sin

más. Pueden completarse páginas y páginas sobre la sanción regia en la Monarquía absoluta o en la dualista y limitada, pero en la Monarquía parlamentaria (art. 1.3 en relación con el art. 56) es un mero formalismo, **un acto de vestidura formal de las leyes aprobadas por el depositario de la soberanía popular**. La sanción regia es no tanto un anacronismo, salvo en el nombre, como un residuo histórico a través del cual el Jefe del Estado refuerza la solemnidad y dignidad de las leyes mediante su firma, al lado de la que se coloca la del Presidente del Gobierno, que asume la plena responsabilidad jurídico-política.

Aun cuando el constituyente parece querer diferenciar dos actos separados —sanción y promulgación—, lo cierto es que se superponen en uno solo, la firma del Jefe del Estado en el documento original en que la ley se inserta, firma que no puede negar, pues carece de poder de veto, sea absoluto o devolutivo. La intervención regia es preceptiva y determinante, pero su alcance es meramente simbólico.

La **distinción entre sanción y promulgación** se debe a la Constitución francesa de 1799 que atribuía la primera al Cuerpo legislativo y confiaba la segunda al Primer Cónsul (Bonaparte). La promulgación significaba la resurrección solapada de la sanción regia en manos de Napoleón. Sin embargo, la evolución del constitucionalismo continental lo que hizo fue acumular ambos institutos y así las Constituciones monárquicas determinaban que «el Rey sanciona y promulga las leyes», sin llegar a diferenciar ambos actos. Por ello proliferaron teorías explicativas diversas sobre la promulgación: unos la equiparaban a la publicación, otros a la sanción y otros, en fin, le atribuyeron un carácter certificante o de autenticación, en el sentido de que el texto legal ha cobrado existencia jurídica una vez cumplidos todos los trámites.

Su justificación efectiva es, en fin, muy débil en el constitucionalismo democrático. SANTAMARÍA PASTOR escribe que, configurada la pro-

mulgación como un instituto diferente de la sanción, es desconcertante, pues se produce simultáneamente en el acto de firma por el Rey del documento original en que la ley se inserta. El desconcierto se agrava, por lo demás, porque la promulgación no es ni un instrumento de control material formal de constitucionalidad, ni le añade un plus de validez constitucional ni es tampoco un acto de comunicación ante el pueblo de que la ley se ha aprobado. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ confirman que la promulgación es simplemente la proclamación formal de la ley como tal ley y se traduce en el consiguiente mandato dirigido genéricamente a los poderes públicos y los ciudadanos en orden a su cumplimiento y observancia.

La fórmula en que se concreta, inspirada —como se ha dicho— en el art. 155 de la Constitución gaditana es la siguiente: «A todos los que la presente vieren y entendieren, sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente ley... Por tanto, Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta Ley» (por cierto, prácticamente idéntica a la de la Segunda República en su parte final).

IV. LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 91: EL CAMINO DE LA LEY HASTA EL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO¹

Una vez aprobada definitivamente la ley por las Cortes Generales, el Presidente del Congreso de los Diputados remite atento oficio al Presidente del Gobierno en el que da cuenta y adjunta el «original de la ley» de que se trate, «a fin de que pueda darse cumplimiento a lo dispuesto en el art. 91 de la Constitución».

¹ Deseo agradecer muy especialmente la información facilitada y las enseñanzas, teóricas y empíricas, de dos espléndidos funcionarios del Estado que prestaron sus servicios en el Secretariado del Gobierno, José Luis VERDÚ y Carlos GARCÍA CANO.

Aun cuando los Reglamentos parlamentarios no incluyen el plazo máximo de remisión, **una consolidada costumbre manifiesta que se realiza con la máxima celeridad** —con carácter general no más de un día, salvo en leyes complejas que hayan sufrido numerosas enmiendas en el debate y aprobación final—, que sí es requerida formalmente para las leyes que prevén su entrada en vigor en una fecha determinada. Entre ellas, sin duda, la principal es la Ley de los Presupuestos Generales del Estado, cuya publicación en el *Boletín Oficial del Estado* (antes *Gaceta de Madrid*) no puede demorarse más allá del 31 de diciembre, pues entra en vigor al día siguiente. Las Secretarías Generales del Congreso de los Diputados y del Senado deben acelerar al máximo la revisión del «original de la ley» presupuestaria a efectos de su remisión a la Presidencia del Gobierno. Ahora bien, como es bien sabido que «la prisa no es nunca buena consejera», la experiencia demuestra tozudamente que no ha habido en nuestra reciente historia ninguna Ley de Presupuestos que no haya merecido una corrección de errores de cierta complejidad.

Pues bien, el oficio parlamentario es recibido por la Secretaría de Estado de Relaciones con las Cortes —que es el órgano de comunicación habitual con las Cámaras y que así se denomina por el art. 2.1 del Real Decreto 771/2017, de 28 de julio, sobre la estructura orgánica del Ministerio de la Presidencia— que, a su vez, lo traslada al Secretariado del Gobierno, a quien se encomienda la responsabilidad de esta fase final del procedimiento legislativo. Es plenamente coherente con el refrendo gubernamental de las leyes que sea el propio Gobierno quien la asuma y, por tanto, que **la remisión al Monarca para la sanción y promulgación se haga desde el Palacio de la Moncloa y no desde el Palacio del Congreso**, aun cuando, en algún tiempo, con la Ley de relaciones entre los Cuerpos Colegiados de 1837, se dispuso la presentación de la ley al Monarca por la Comisión parlamentaria de la última Cámara en que se hubiese discutido.

El Secretariado del Gobierno es —según el art. 9 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno— el órgano de apoyo del Consejo de Ministros, que se integra en la estructura orgánica del Ministerio de la Presidencia, y que, entre otras, asume la función de «velar por la correcta y fiel publicación de las disposiciones y normas emanadas del Gobierno que deban insertarse en el *Boletín Oficial del Estado*» [letra f)]. Pues bien, aunque dicho apartado solamente se refiere a las disposiciones administrativas, asume asimismo el Secretariado del Gobierno —que se denominó del Consejo de Ministros, desde su creación allá por 1823— la función de velar por el cumplimiento de las exigencias constitucionales derivadas del art. 91 de la Constitución en relación con la sanción y promulgación de las leyes [art. 9.2.a) que se introducen en la disposición final tercera de la Ley 40/2015, de 1 de octubre]. Así, **recibido por el Secretariado del Gobierno el texto de la Ley aprobada por las Cortes, y una vez comprobada formalmente su adecuación, lo remite al *Boletín Oficial del Estado*** para que confeccione las galeradas de la ley. Preparadas las pruebas de imprenta, en el plazo aproximado de un día, salvo excepciones, el Secretariado del Gobierno las examina, comprueba su corrección y procede inmediatamente a **la numeración de la ley**, solicitando del *Boletín Oficial del Estado* que las confeccione «en canto dorado» (papel de oficio con corte dorado, también denominado «de canto dorado», si bien a veces se emplea el plural «cantos dorados»), conforme a una tradición que arranca de la Constitución de 1837.

El canto dorado es materialmente un papel de oficio encabezado con el escudo de España, de color amarillo (recordemos que el de los proyectos de ley es sepia) de 320 x 236 mm cuyos bordes están impresos con hilo dorado. En ese papel oficial tan singular se hace constar el texto definitivo y solemne de la ley en el que figuran las firmas de S. M. El Rey y del Presidente del Gobierno. Así, pues el *Boletín Oficial del Estado* remite al Secretaria-

do del Gobierno el «canto dorado» que, tras ser nuevamente revisado, es remitido a la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia con el fin de recabar **la firma manuscrita** del Presidente del Gobierno, o, en su caso, del Vicepresidente en funciones de Presidente. Cuando el Secretariado del Gobierno recibe el «canto dorado» firmado por el refrendante lo remite al Palacio de la Zarzuela a efectos de la sanción regia. Tras ser recibido de vuelta con la firma manuscrita de S. M. El Rey, a través de su Secretario de Despacho, se envía copia del «canto dorado» con la orden de «Insértese» al *Boletín Oficial del Estado* para la publicación de la ley al día siguiente. El original del «canto dorado» se remite al Congreso de los Diputados a través de la Secretaría de Estado de Relaciones con las Cortes, en cuyo Archivo se custodia.

Conforme al art. 2 del Real Decreto 181/2008, de 8 de febrero, de ordenación del diario oficial «Boletín Oficial del Estado», este se publica en edición electrónica y además en edición impresa con idénticas características y contenido. El texto publicado «tendrá la consideración de oficial y auténtico» (art. 3.1). En el supuesto de que la disposición publicada contenga errores que alteren o modifiquen su contenido, se procederá a su corrección conforme a los criterios que establece el art. 26 del referido Real Decreto.

V. EL PLAZO DE LOS QUINCE DÍAS

El art. 91 establece un plazo similar al prevenido por otros ordenamientos, quince días, para que el Jefe del Estado sancione y, promulgue y ordene la publicación de las leyes. Aun cuando no se concreta el *dies a quo*, no solo la práctica sino el sentido común lo fijan en el momento en que el texto es recibido por el Gobierno del Congreso de los Diputados o del Senado. De no seguirse esta interpretación, cualquier retraso en la preparación del texto oficial por parte de las Secretarías Generales de las Cámaras, reduciría —puede que hasta considerablemente— el plazo con

que cuentan el Monarca y el Gobierno para sus cometidos. El plazo, en fin, de quince días comprende el conjunto de los actos que conforma esta fase integrativa de la eficacia.

Aun cuando es recordado por todos los comentaristas, carece hoy de sentido la rememoración del Auto de 21 de marzo de 1983 del Tribunal Constitucional, dictado cuando estaba vigente el recurso previo de inconstitucionalidad que habría de interponerse en el plazo de tres días «desde que el texto definitivo del proyecto recurrible estuviese concluido». El Tribunal entendió entonces que el plazo de quince días previsto en el art. 91 de la Constitución era compatible con el de los tres días para interponer el recurso previo, «ya que una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico permite integrar ambos preceptos, el 91 CE y el 79.2 LOTC, entendiendo que el legislativo no debe proseguir la tramitación del texto definitivo del proyecto hasta que transcurran los tres primeros días desde que dicho texto estuviera concluido».

VI. LA PUBLICACIÓN DE LAS LEYES

La modesta **orden de inserción** en el *Boletín Oficial del Estado* se convierte en acto determinante, pues la publicación oficial determina la producción de efectos de la ley. Así una actividad puramente material alcanza la mayor relevancia y trascendencia para la existencia plena de la ley, para su vinculatoriedad. Como dice el Auto del Tribunal Constitucional 434/1990, de 11 de diciembre: «La publicación de las leyes es un requisito de eficacia frente a terceros, reconocido con carácter general en los arts. 91 de la Constitución y 2 del Código Civil. Asimismo, el art. 38 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, consecuente con el carácter constitutivo de las sentencias recaídas en los procedimientos de inconstitucionalidad y, por tanto, con la extensión de efectos *erga omnes* y *ex nunc*, establece que producirán efectos generales desde su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*».

La ley es perfecta desde su aprobación por las Cámaras, pero no vincula ni obliga a nadie, autoridades o ciudadanos, hasta que no aparece inserta en el diario oficial ya que la publicación de la ley «es una exigencia constitucional» (STC 141/1998, de 29 de junio). El art. 9.3 de la Constitución garantiza, entre otros, el principio de publicidad de las normas, como también el de la seguridad jurídica. El primero es consecuencia del segundo, en la medida en que no puede exigirse el cumplimiento de las leyes si no se ofrecen los medios para su conocimiento. La publicación fija el inicio del cómputo del plazo para su obligatoriedad efectiva, pudiendo ser exigible y aplicable. Según el art. 2.1 del Código Civil (que forma parte del Título Preliminar, cuyo valor cuasi-constitucional recuerda la STS 3.^a, Sección 2.^a, de 13 de abril de 2012) las leyes entrarán en vigor a los veinte días de su completa publicación en el *Boletín Oficial del Estado* (en concreto o en la sección de «Disposiciones generales») si en ellas no se dispone otra cosa, supuesto cada vez más frecuente, pues al legislador, salvo en las leyes más complejas, le complace establecer un plazo más cercano de entrada en vigor, aunque en no pocas ocasiones se pospone la vigencia por meses o años. La norma existe y es válida, aunque no haya entrado en vigor.

Por otra parte, el art. 96 CE establece que los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, en el *BOE*, forman parte del ordenamiento interno, y en el mismo sentido el art. 1.5 del Código Civil. Así pues, aunque el principio de publicidad de las normas no es un derecho fundamental (ATC 647/1986), no es menos cierto que viene exigido constitucionalmente en el art. 9.3 y «desde la perspectiva de los ciudadanos adquiere una relevancia esencial, ya que estos solo podrán asegurar sus posiciones jurídicas, así como su efectiva sujeción y la de los poderes públicos al ordenamiento jurídico, si los destinatarios de las normas tienen una efectiva oportunidad de conocerlas en cuanto tales normas, mediante

un instrumento de difusión general que dé fe de su existencia y contenido, por lo que resultarán evidentemente contrarias al principio de publicidad aquellas normas que fueran de imposible o muy difícil conocimiento» (SSTC 187/1989 y 141/1998).

VII. LA PROMULGACIÓN Y PUBLICACIÓN DE LAS LEYES AUTONÓMICAS

En un Estado compuesto como el español, en el que confluyen una pluralidad de poderes legislativos, para las leyes aprobadas por las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, **los Estatutos de Autonomía atribuyen al Presidente de la Comunidad respectiva la promulgación** de las mismas, que efectúan «en nombre del Rey» (todos, con excepción del art. 27.5 del Estatuto de Autonomía del País Vasco, que dispone simplemente que «las leyes del Parlamento serán

promulgadas por el Presidente del Gobierno Vasco, el cual ordenará la publicación de las mismas en el *Boletín Oficial del País Vasco* en el plazo de quince días de su aprobación y en el *Boletín Oficial del Estado*). La promulgación tiene el mismo carácter reglado u obligado para el Presidente de la Comunidad que la sanción y la promulgación de las leyes estatales para el Monarca. Todos los Estatutos, incluido el citado, prevén la **dobles publicación**, aunque lógicamente a efectos de la vigencia se atiende a la fecha de su publicación en el *Boletín Oficial* de la Comunidad Autónoma (véanse, al respecto, los AATC 579/1989, 620/1989 y 278/1993). La publicación autonómica tiene carácter constitutivo o de perfección de su eficacia, fijando el momento de su entrada en vigor. La que se realiza en el del Estado tiene un significado instrumental puramente informativo, muy saludable desde el punto de vista del principio de publicidad material y también del de seguridad jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

ARAGÓN REYES, M., *Dos estudios sobre la Monarquía Parlamentaria en la Constitución española*, Civitas, Madrid, 1990.

ARNALDO ALCUBILLA, E. (Coord. Gral.), *Enciclopedia Jurídica*, La Ley, Madrid, 2008 (voces «Sanción», «Promulgación», «Publicación» y «Refrendo»).

GUTIÉRREZ VICÉN, C., «Sinopsis art. 91 de la Constitución española», *Portal de la Constitución*, www.congresodelosdiputados.es.

RODRÍGUEZ ZAPATA, J., *Sanción, promulgación y publicación de las leyes*, Tecnos, Madrid, 1987.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A., «Artículo 91 de la Constitución», en GARRIDO FALLA, F. (Dir.), *Comentarios a la Constitución*, 3.ª ed. ampliada, Civitas, Madrid, 2001.

SANTAOLALLA LÓPEZ, F., «Artículo 91 de la Constitución», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, tomo VII, Cortes Generales-Edersa, Madrid, 1998.

SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J. J., *La sanción y promulgación de la ley en la Monarquía parlamentaria*, Tecnos, Madrid, 1987.

Artículo 92

1. *Las decisiones políticas de especial trascendencia podrán ser sometidas a referéndum consultivo de todos los ciudadanos.*
2. *El referéndum será convocado por el Rey, mediante propuesta del Presidente del Gobierno, previamente autorizada por el Congreso de los Diputados.*
3. *Una ley orgánica regulará las condiciones y el procedimiento de las distintas modalidades de referéndum previstas en esta Constitución.*

Sumario: I. La opción constitucional por la democracia representativa. II. Tratamiento constitucional del referéndum consultivo. III. El referéndum en el ámbito autonómico. 1. El referéndum como elemento constitutivo en el procedimiento de creación de las CC.AA. 2. Los referéndums de aprobación de Estatutos de Autonomía. 3. Los referéndums de reforma estatutaria. 4. Otras modalidades de referéndum en el ámbito autonómico. 5. Referéndum y consultas populares en el ámbito autonómico. IV. El referéndum de reforma constitucional. 1. El referéndum en el procedimiento de reforma constitucional (art. 167 CE). 2. El referéndum en el procedimiento de reforma constitucional (art. 168 CE). V. Los referéndums municipales.

NICOLÁS PÉREZ SOLA
CATEDRÁTICO
UNIVERSIDAD DE JAÉN

I. LA OPCIÓN CONSTITUCIONAL POR LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

La concepción constitucional dual del derecho fundamental a la participación política (art. 23 CE) está manifestamente descompensada en favor de la representación, lo que muestra la insuficiencia real de la participación directa en nuestro sistema jurídico, situándonos ante la verdadera dimensión del problema: **la escasa virtualidad de este derecho fundamental** frente a la excesiva formalización de la representación política y los órganos de representación de los ciudadanos.

Cabe pues anticipar el carácter excepcional que conlleva dicha consulta frente a la preeminencia de las instituciones representativas y la toma de decisiones en los órganos democráticamente elegidos (SSTC 76/1994 y 119/1995). De tal forma que si bien a través de las distintas modalidades de referéndum tiene lugar el «llamamiento directo al titular de la soberanía para la toma de decisiones políticas», no estamos ante un cauce para la «instrumentación de cualquier derecho de participación», sino ante aquella que excepcionalmente «puede ser directamente ejercida por el pueblo» (STC 103/2008). De tal manera que «la opinión del cuerpo electoral se expresa por medio del su-

fragio emitido en el curso de un proceso electoral, a fin de que el resultado de la consulta pueda jurídicamente imputarse a la voluntad general de la correspondiente comunidad política» y así puede ser considerada como «genuina manifestación del derecho fundamental de participación política» recogido en el art. 23.1 CE (STC 31/2015).

La Constitución española recoge ocho tipos diferentes de consultas directas, por lo que **la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum (LOMR)**, debería haber contemplado la regulación de todas y cada una de ellas y no haberse centrado prácticamente en los referéndums autonómicos para dar una salida al proceso de generalizado acceso a la autonomía. La LOMR «es la llamada por el art. 92.3 CE para regular las condiciones y el procedimiento de las distintas modalidades de referéndum previstas en la Constitución, siendo además la única Ley constitucionalmente adecuada para el cumplimiento» de la reserva competencial del art. 149.1.23 CE y la genérica del art. 81 CE para el desarrollo del derecho fundamental de participación política reconocido en el art. 23.1 CE (STC 103/2008). En la LOMR solo se regula en cierta medida el referéndum consultivo del art. 92 CE y en una mínima parte el referéndum de reforma constitucional. Se omite en la LOMR cualquier referencia concreta al referéndum «consultivo» de ámbito autonómico o local y al procedimiento especial que se debiera seguir para la incorporación en su caso de Navarra al País Vasco, aunque los procesos puestos en marcha en el País Vasco y, más tarde, en Cataluña han propiciado una consistente jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre este mecanismo de participación.

II. TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL DEL REFERÉNDUM CONSULTIVO

Se trata de una consulta facultativa, de carácter propositivo, de iniciativa gubernamental exclusivamente contemplada en el art. 92 CE

para **propiciar la participación ciudadana en torno a decisiones de especial trascendencia** y circunscrita su propuesta al Presidente del Gobierno. Respecto a las decisiones políticas de especial trascendencia, cabe señalar en primer lugar la dificultad que supone para el intérprete dilucidar el sentido concreto de estos términos.

La primera ocasión en que se puso en práctica el procedimiento recogido en el art. 92 CE fue para la convocatoria y celebración del **referéndum relativo a la permanencia de España en la Organización del Tratado del Atlántico Norte**, si bien la cuestión planteada se enmarcaba dentro de una posición global del Estado respecto a la seguridad y a la política exterior de nuestro país. La consulta que tuvo lugar el 12 de marzo de 1986 arrojó el resultado favorable a la permanencia de España en la OTAN del 52,5%, el voto negativo alcanzó el 39,8%. La participación fue de un 59,7% y la abstención se elevó al 40,2%.

La segunda ocasión en que se ha acudido a este tipo de referéndum ha sido al hilo del proceso de **ratificación por los Estados miembros de la Unión Europea del proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa**. En efecto, el instrumento de convocatoria fue en este caso la Ley Orgánica 17/2003, de medidas para la celebración simultánea de las elecciones al Parlamento Europeo y del Referéndum sobre el Proyecto de Constitución para Europa. La consulta tuvo lugar el 20 de febrero de 2005 y arrojó un bajo porcentaje de participación (42,3%), si bien es cierto que el voto afirmativo fue muy elevado (76,1%) frente al 17% negativo.

III. EL REFERÉNDUM EN EL ÁMBITO AUTONÓMICO

El tratamiento más amplio que se contiene en la LOMR es el relativo al conjunto de referéndums susceptibles de celebración en el ámbito autonómico, si bien hay que destacar que tampoco realiza la LOMR aportación alguna

de carácter sustancial a la regulación de los referéndums de reforma estatutaria, limitándose a exigir el cumplimiento de los requisitos previamente establecidos en los respectivos Estatutos.

1. El referéndum como elemento constitutivo en el procedimiento de creación de las CC.AA.

Únicamente en el procedimiento de acceso a la autonomía (art. 151 CE) se introduce, como requisito imprescindible para la perfección del proceso, la celebración de consultas directas a la población afectada. Por tanto, el constituyente optó por recoger el referéndum como elemento constitutivo en el proceso de creación de las CC.AA. a través del mecanismo regulado por el art. 151 CE y omitió cualquier referencia al referéndum para el proceso de incorporación a la autonomía por la vía del art. 143 CE. Los territorios históricos quedaron exentos del referéndum de ratificación de la iniciativa autonómica. Curiosamente estamos en presencia del único referéndum en el que se ha fijado un quórum de participación y votación favorable siendo además en ambos casos muy elevado.

La única ocasión en que tuvo lugar este tipo de consulta fue en el inicio del proceso de configuración de la Comunidad Autónoma de Andalucía. La consulta popular tuvo lugar el 28 de febrero de 1980, si bien en la provincia de Almería faltaron 22.750 votos afirmativos para lograr el 50%. En consecuencia, la Junta Electoral Central resolvió por acuerdo de 24 de abril de 1980 el rechazo de la ratificación de la iniciativa autonómica. El obstáculo que impedía la continuación del proceso autonómico no era otro que el art. 8.2 de la LOMR, dictado en desarrollo del art. 151 CE, que exigía el voto afirmativo de la mayoría absoluta de los electores de cada provincia. Esta situación de bloqueo fue finalmente superada tras dos reformas legislativas. La Ley Orgánica 12/1980, de modificación del art. 8.4 de la LOMR, establecía que se entendería rati-

ficada la iniciativa autonómica en las provincias en las que se hubiere obtenido la mayoría de votos afirmativos previstos siempre que estos supusieran la «mayoría absoluta del censo de electores en el conjunto del ámbito territorial que pretenda acceder al autogobierno». La Ley Orgánica 13/1980, de sustitución en la provincia de Almería de la iniciativa autonómica, contenía un artículo único junto a la disposición final de idéntico tenor a la de la Ley Orgánica 12/1980. Así las Cortes Generales, por los motivos de interés nacional y conforme a la solicitud de los Diputados y Senadores de la provincia de Almería, declaraban «sustituir en esta provincia la iniciativa autonómica» con objeto de incorporarse al proceso autonómico de las otras provincias andaluzas por el procedimiento del art. 151 CE.

2. Los referéndums de aprobación de Estatutos de Autonomía

La convocatoria de referéndum para la aprobación del Estatuto del País Vasco se efectuó por Real Decreto-ley 13/1979, en el que se contenía una remisión al Real Decreto 2120/1978, sobre normas para la celebración de consultas directas a la nación. La consulta tuvo lugar el 25 de octubre de 1979. El nivel de participación fue del 58,85%. Los votos afirmativos alcanzaron el 90,35%, frente al 5,15% de los negativos. Con la respuesta favorable de los ciudadanos se procedió por las Cortes Generales a su aprobación y, tras la sanción real, se publicó por Ley Orgánica 3/1979.

La convocatoria de referéndum para la aprobación del Estatuto de Cataluña se realizó por Real Decreto-ley 14/1979. Este texto se limitaba a fijar la fecha de la consulta y, dada la inexistencia de normas de desarrollo de la CE relativas al referéndum, contenía una remisión al Real Decreto 2120/1978, sobre normas para la celebración de consultas directas a la nación. El referéndum tuvo lugar el día 25 de octubre, respondiendo favorablemente los ciudadanos de Cataluña. La participación alcanzó el 59,70%, el voto afirmativo fue el 52,6%

y el negativo el 4,6%. Tras su aprobación por las Cortes Generales y la sanción real, se publicó por Ley Orgánica 5/1979.

Con la aprobación de la LOMR y su entrada en vigor se creaba un marco normativo al que se habían de ajustar los referéndums para la aprobación de los Estatutos de Autonomía de aquellas CC.AA. que hubiesen optado por el procedimiento establecido en el art. 151 de la CE. El legislador orgánico dedicó el art. 9 de la LOMR a la regulación del procedimiento para llevar a cabo el referéndum de aprobación de Estatutos de Autonomía contemplados en los núms. 3 y 5 del art. 151.2 CE.

El referéndum de aprobación del Estatuto de Autonomía de Galicia se celebró el 21 de diciembre de 1980. La participación fue muy escasa (28,26%), los votos afirmativos alcanzaron el 20,73%, no superando el 5,58% los negativos. Tras la ratificación de las Cámaras y la sanción real, fue publicado por Ley Orgánica 1/1981.

El referéndum de aprobación del Estatuto de Autonomía de Andalucía vino precedido por el complejo proceso que culminó con la aprobación de las Leyes Orgánicas 12 y 13/1980, que permitió que la Comisión encargada de la redacción del anteproyecto de Estatuto, tomando como base el texto aprobado en Carmona, asumiera el proyecto de Estatuto, culminando la tramitación con la convocatoria del referéndum para el 20 de octubre de 1981. El nivel de participación alcanzó el 53,49%, si bien el respaldo al texto fue muy elevado 84,4%. Tras la ratificación de las Cámaras y la sanción real, fue publicado por Ley Orgánica 6/1981.

3. Los referéndums de reforma estatutaria

La relevancia de la reforma estatutaria justifica su tratamiento diferenciado, si bien el referente último de este procedimiento viene determinado por los arts. 147.3 y 152.2 CE. De tal modo que si el art. 147.3 CE es de aplicación a todos los Estatutos de Autonomía para

su reforma, el art. 152.2 CE solo lo es para las CC.AA. constituidas a través del procedimiento establecido en el art. 151 y la disposición transitoria 2.^a CE. Por tanto, la celebración necesariamente de una consulta popular es una exigencia constitucional derivada del art. 152.2 CE. **Los cuatro Estatutos de Autonomía ratificados por referéndum contemplan dos procedimientos diferentes para su reforma** atendiendo al objeto de la misma: según se altere o no la organización de los poderes de la Comunidad y afecte a sus relaciones con el Estado. En todo caso cabe señalar la novedad que supone la incorporación del referéndum al proceso de reforma introducido en la última reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Valencia (art. 81.5).

Una vez aprobado el proyecto de reforma del Estatuto de Cataluña por las Cortes Generales, se convocó la consulta, que tuvo lugar el 18 de junio de 2006 con un porcentaje de participación del 48,85%, si bien el sentido afirmativo de los votos alcanzó el 73,24%, frente al voto negativo del 20,57%. El Estatuto de 2006 reproduce la necesaria consulta a los ciudadanos de la reforma estatutaria aprobada por las Cortes Generales mediante una ley orgánica que incluirá la autorización del Estado para que la Generalitat convoque dicha consulta [arts. 222 y 223.1.i)].

Tras la aprobación por las Cortes Generales del proyecto de reforma del Estatuto de Autonomía de Andalucía, la consulta de aprobación del Estatuto de Autonomía de Andalucía tuvo lugar el 18 de febrero de 2007, si bien arrojó un porcentaje de participación reducido (36,28%), el sentido afirmativo del voto expresado (87,45%) contrastó con el porcentaje negativo (9,48%).

4. Otras modalidades de referéndum en el ámbito autonómico

Aunque hemos de hacer mención al procedimiento para la supresión del art. 17.6.b) del

Estatuto de Autonomía del País Vasco, únicamente se debe reseñar al respecto que para que tuviera lugar sería preciso un procedimiento que requerirá la autorización de tres quintos de ambas Cámaras, así como ulterior ratificación del Parlamento Vasco. Por último, y es aquí donde se contiene la peculiaridad de este procedimiento, la reforma que del Estatuto de Autonomía se realice, con la supresión del art. 17.6.b), debe contar con el apoyo de los ciudadanos vascos a través de referéndum «convocado al efecto, debidamente autorizado». En todo caso se debe admitir la singularidad del precepto así como constatar que estamos en presencia de un procedimiento de reforma estatutaria agravadísimo.

Otra modalidad de referéndum lo es para llevar a cabo la alteración de los límites geográficos que contempla el Estatuto Vasco en relación con «otros territorios o municipios» ubicados «en su totalidad dentro del País Vasco» (art. 8). Iniciado el procedimiento de incorporación al País Vasco de los municipios de La Puebla de Arganzón y el Condado de Treviño para su integración en la provincia de Álava y la CA del País Vasco, tuvo lugar la aprobación por Ley Orgánica 4/1983, del Estatuto de Castilla y León, en cuya disposición transitoria 7.^a se preveía un procedimiento para la segregación de enclaves de la misma ubicados en el interior del territorio de otra Comunidad. Por último, se completaba este proceso con el «refrendo entre los habitantes del territorio o municipio que pretende la segregación, aprobado por mayoría de los votos válidos emitidos» y la aprobación en su caso por las Cortes Generales mediante Ley Orgánica. Dicha disposición fue objeto por el Gobierno y Parlamento Vasco de sendos recursos de inconstitucionalidad. En la Sentencia que puso fin a los recursos de inconstitucionalidad acumulados en su día, se concluía la constitucionalidad de la disposición transitoria 7.^a del Estatuto de Castilla y León por entender que no existe colisión alguna entre la regulación de un procedimiento de incorporación al País Vasco contenido en el art. 8 de

su Estatuto y la regulación de la posible segregación de su territorio de municipios de la CA de Castilla y León (STC 99/1986).

La especificidad de Navarra como entidad territorial llevó al constituyente en la disposición transitoria 4.^a CE a prever una vía a través de la que se pudiese incorporar al País Vasco. En este sentido la disposición adicional 2.^a de la LORARFNA indica que el Parlamento será el órgano foral competente para ejercer la iniciativa a que se refiere la disposición transitoria 4.^a CE, que debe ser aprobada por la mayoría de sus miembros y ratificada por la mayoría de los votos emitidos en una consulta popular convocada al efecto. El Estatuto del País Vasco, si bien se remite inicialmente a la disposición transitoria 4.^a CE (art. 2.2), al regular en el Título IV su reforma, traslada a las Cortes Generales su tramitación. En efecto, el Congreso y el Senado establecerán por mayoría absoluta qué requisitos de los establecidos en el art. 46 se aplicarán para la reforma del Estatuto de Autonomía del País Vasco, que deberán en todo caso incluir la aprobación del Órgano Foral competente, la aprobación mediante Ley Orgánica, por las Cortes Generales, y el referéndum del conjunto de los territorios afectados (art. 47.2 Estatuto Autonomía del País Vasco).

5. Referéndum y consultas populares en el ámbito autonómico

A tenor de los nuevos Estatutos de Autonomía de Cataluña y Andalucía se podría desarrollar por estas CC.AA. la legislación relativa al establecimiento del régimen jurídico, las modalidades, el procedimiento, la realización y la convocatoria por ella misma o por los entes locales en el ámbito de sus competencias de encuestas, audiencias públicas, foros de participación y cualquier instrumento de consulta popular. En otros Estatutos reformados también aparece la atribución de competencias de desarrollo legislativo y ejecución sobre el sistema de consultas populares en los términos de los arts. 92 y 149.1.32 CE; así Is-

las Baleares (art. 31.10) y con referencias a uno u otro precepto en los Estatutos de Castilla y León (art. 71.1.15) y Aragón (art. 71.27). Aunque conviene recordar que con anterioridad ya se había recogido la competencia en desarrollo legislativo y ejecución sobre el sistema de consultas populares en el ámbito de la Comunidad en los Estatutos de Asturias (art. 11), Canarias (art. 32), Extremadura (art. 8), Murcia (art. 11) La Rioja (art. 9) e Islas Baleares con una redacción ahora modificada.

La resolución por el TC de la impugnación de la Ley del Parlamento Vasco 9/2008, de convocatoria y regulación de una consulta popular, al objeto de recabar la opinión ciudadana de la Comunidad del País Vasco sobre la apertura de un proceso de negociación para alcanzar la paz y la normalización política, ha permitido fijar por parte del mismo el ámbito, procedimiento y límites de las consultas populares contribuyendo a precisar el alcance de estas. En efecto, tras la afirmación del referéndum como instrumento de participación directa de los ciudadanos en los asuntos públicos «para el ejercicio del derecho fundamental» (art. 23) se señala por el Alto Tribunal que lo definitivo para definir una consulta como referéndum es que «su convocatoria requiere entonces de una autorización reservada al Estado, ha de atenderse a la identidad del sujeto consultado, de manera que siempre que este sea el cuerpo electoral, cuya vía de manifestación propia es la de los distintos procedimientos electorales con sus correspondientes garantías, solo entonces estaríamos ante una consulta referendaria» (STC 103/2008). Concluía el TC indicando que «no cabe en nuestro ordenamiento constitucional, en materia de referéndum, ninguna competencia implícita (...) solo pueden convocarse y celebrarse los referendo que expresamente estén previstos en las normas del Estado, incluidos los Estatutos de Autonomía, de conformidad con la Constitución».

La jurisprudencia posterior del Alto Tribunal ha permitido una mayor concreción del con-

cepto de referéndum. Así, con ocasión de la resolución del recurso de inconstitucionalidad presentado contra el Estatuto de Autonomía de Cataluña ya se pronunció el TC en el sentido de que «el objeto de las consultas populares tampoco puede desbordar “el ámbito de las competencias autonómicas y locales, por lo que es evidente que no puede haber afectación alguna del ámbito competencial privado del Estado”» (STC 31/2010), con este fundamento se declaró con posterioridad la inconstitucionalidad de las actuaciones de la Generalitat de Cataluña relativas a la convocatoria a los catalanes, las catalanas y las personas residentes en Cataluña para que manifesten su opinión sobre el futuro político de Cataluña el día 9 de noviembre de 2014 (STC 138/2015).

En efecto, la cuestión que se ha planteado el TC al hilo del enjuiciamiento de la constitucionalidad de la Ley del Parlamento de Cataluña 4/2010, de consultas populares por vía de referéndum, es si una Comunidad Autónoma, a tenor de la distribución de competencias en materia de referéndum, puede «configurar nuevos tipos o modalidades» de consulta popular más allá de lo previsto en la LOMR. En concreto, en esta Ley se contemplan dos modalidades de consulta en el ámbito de Cataluña, las consultas relativas a cuestiones de especial trascendencia para la ciudadanía en el ámbito de las competencias de la Generalitat así como las consultas en el ámbito local sobre materias de su competencia.

El art. 122 EAC según nuestro Alto Tribunal no permite a la Comunidad Autónoma «introducir en su ordenamiento nuevas modalidades de referéndum y solo permitiría (...) que la Comunidad Autónoma tuviera algún género de intervención en el complemento normativo, para aspectos accesorios de los preceptos estatales que disciplinen unas y otras figuras de referéndum» (STC 137/2015). Constituye un elemento determinante para precisar el carácter de referendario de la consulta no tanto el procedimiento y garantías que pudieran diferir de aquellas previstas en la legislación

electoral, si no cuando «comporten un grado de formalización de la opinión de la ciudadanía materialmente electoral» (STC 137/2015). Además el TC niega la posibilidad de que un referéndum consultivo pudiera considerarse a efectos competenciales como «“institución” de autogobierno de la Comunidad Autónoma en el sentido del artículo 148.1.1 CE» (STC 51/2017). Es por esta razón que con ocasión de la impugnación de la Ley de Cataluña 4/2010, de consultas populares por vía de referéndum, fue declarada inconstitucional (STC 51/2017).

Sin embargo, el supremo intérprete de la Constitución ha afirmado que «la previsión por el constituyente de unos supuestos de referéndum “no agota el elenco de referendos admisibles en nuestro ordenamiento”, de tal manera que el legislador a través de la “creación legislativa” podría en el marco de la LOMR dar cabida a “consultas referendarias distintas” a las ya recogidas en aquella (STC 51/2017). En todo caso “La Constitución (...) ha consentido la existencia de otras consultas populares que no fueran las referendarias, habiendo sido el legislador orgánico y estatutario el que las ha introducido en el bloque de constitucionalidad (...). Por tanto, bajo aquella denominación genérica debe comprenderse la existencia de dos instituciones de raíz diferente: el referéndum y las consultas no referendarias» (STC 31/2015). El TC ha señalado que «en el marco de la Constitución una Comunidad Autónoma no puede unilateralmente convocar un referéndum de autodeterminación para decidir sobre su integración en España» (STC 42/2014), ya que «queda fuera de la competencia autonómica formular consultas, aun no referendarias, que incidan sobre “cuestiones fundamentales resueltas con el proceso constituyente y que resultan sustraídas a la decisión de los poderes constituidos”» (STC 31/2015).

Ahora bien, frente a la afirmación anterior se reconoce un espacio a aquellas «consultas no referendarias» que «recaban, en cambio, la opinión de cualquier colectivo (...) por que articulan voluntades particulares o colectivas, pero no generales, esto es no imputables

al cuerpo electoral» (STC 31/2015) y quedan excluidas de las «formas de participación» a las que se refiere el art. 23.1 CE.

Por lo que cabe concluir la inconstitucionalidad de las consultas no referendarias de carácter general, si bien se declaró la constitucionalidad de las consultas sectoriales «que pueden dirigirse por razón de su objetivo específico a un determinado colectivo de personas, esto es, presuponen el llamamiento a un sujeto jurídico más restringido que el cuerpo electoral (...) por lo que son cauces de participación cuya regulación por el legislador autonómico catalán resulta posible en consideración al título competencial establecido en el art. 122 EAC» (STC 31/2015).

IV. EL REFERÉNDUM DE REFORMA CONSTITUCIONAL

La recepción del referéndum en el procedimiento de reforma constitucional constituye la modalidad más habitual de referéndum que nos ofrece el Derecho constitucional comparado. En efecto, pese a la desconfianza hacia esta institución, si en algún momento se ha justificado su conveniencia, ha sido sin lugar a dudas en el procedimiento de reforma. **La renovación del pacto constituyente justifica la inclusión de la consulta popular en el procedimiento de reforma constitucional** con la presencia del pueblo a través de la manifestación de su voluntad. De este modo, se contempla el referéndum como procedimiento de participación ciudadana directa en la aprobación de la reforma de la Norma Fundamental. Ahora bien la redacción constitucional nos sitúa de un lado ante dos procedimientos referidos a materias sujetas a mayor o menor rigidez para su reforma. Sin embargo, desde el punto de vista de la participación ciudadana, solo se trata de la obligatoriedad o no de consultar a la población, al margen de la existencia de uno o más procedimientos de reforma.

Desde la perspectiva procesal del procedimiento de reforma, baste indicar que a la sumaria

regulación que se contiene en el Título X de la CE poco ha aportado la LOMR. Solo los Reglamentos de las Cámaras han contemplado con más detenimiento su regulación, si bien no han resuelto todas las incógnitas que se derivan de este. Además, resulta no solo insuficiente sino muy discutible que la LOMR haya dedicado un único artículo a la reforma constitucional. Pero no solo resulta exiguo su tratamiento en la LOMR, sino que otorga un tratamiento igual a dos procedimientos que presentan peculiaridades propias que difícilmente permiten su regulación no diferenciada. Las omisiones procedimentales se pretenden corregir con una remisión a determinadas precisiones procesales que se contienen en el Capítulo II de la LOMR, sin dar respuesta a cuestiones de procedimiento relativas a la reforma constitucional, que tampoco los Reglamentos de las Cámaras han resuelto satisfactoriamente.

1. El referéndum en el procedimiento de reforma constitucional (art. 167 CE)

Constituye este procedimiento la vía no agrada para llevar a cabo la reforma de la Constitución en todas aquellas materias no expresamente recogidas en el art. 168 CE. Este referéndum puede ser definido como constitutivo en cuanto recae sobre una futura norma, de origen parlamentario por la habilitación que tienen los miembros del legislativo para solicitar su celebración y de alcance nacional por el ámbito territorial en el que se desarrollaría. La regulación normativa de este procedimiento es especialmente escueta, ya que solo los Reglamentos de las Cámaras le dedican algunos preceptos más allá del art. 7 de la LOMR, que no arroja apenas luz sobre el procedimiento de reforma. Se limita exclusivamente a señalar el carácter necesario de la comunicación previa por las Cortes Generales al Presidente del Gobierno del proyecto de reforma aprobado que haya de ser objeto de ratificación popular. Además, en el caso del procedimiento del art. 167, se requiere la solicitud de los parlamentarios para que tenga lugar la

celebración del referéndum. Por parte del Gobierno no cabe actuación que no sea la de proceder a la convocatoria del referéndum, dentro de los treinta días siguientes a la recepción de la comunicación. La celebración tendrá lugar dentro de los sesenta días siguientes.

Una vez aprobada la reforma por las Cámaras, la décima parte de cualquiera de ellas podrá «requerir» mediante escrito que se dirija al Presidente de la misma, la celebración de un referéndum de ratificación de la reforma. Todo parece indicar que se ha querido por el legislador hacer especial énfasis en la necesidad de que se solicite por los diputados o senadores la celebración de la consulta. El Presidente de la Cámara comunicará al Presidente del Gobierno el escrito para la convocatoria del referéndum, según se desprende del art. 156 del Reglamento del Senado, pues no existe previsión alguna en el Reglamento del Congreso. Solo corresponde al Presidente del Gobierno comprobar que se han cumplido todos los requisitos exigidos en el procedimiento, sin que pueda oponerse o desoír la solicitud, debiendo efectuar «la oportuna convocatoria» con carácter imperativo en cumplimiento de lo preceptuado en el art. 167 CE.

Es obvio que estamos ante una consulta que constituye un elemento de disponibilidad, ya que no incide en la perfección del acto de reforma de la CE. La no celebración del referéndum no afecta a la conclusión del procedimiento de reforma. **Se trata de un referéndum de carácter facultativo**, no existe una obligación jurídica que imponga su celebración. Ahora bien, en el momento en que una décima parte de los senadores o diputados lo soliciten, el referéndum deja de ser un elemento de disponibilidad para convertirse en elemento consultivo, necesario para la perfección del procedimiento de reforma. Por tanto, si se solicita en tiempo y forma la celebración de la consulta, el resultado que se derive de aquella necesariamente tendrá carácter vinculante para la entrada en vigor o no del texto reformado.

Sin embargo, en las dos ocasiones en que se ha llevado a cabo un procedimiento de reforma de la Constitución ha sido como consecuencia de las implicaciones de nuestra pertenencia como Estado miembro en la Unión Europea. En ambos procedimientos de reforma, la tramitación parlamentaria de la misma se realizó con gran celeridad, presidida por el espíritu de consenso que caracterizó el período constituyente, sin que se formulase, tras la aprobación por ambas Cámaras de la nueva redacción del art. 13.2 CE como del art. 135 CE, peticiones de celebración de referéndum por las fuerzas parlamentarias con excepción del grupo parlamentario de Izquierda Unida en el primer supuesto, que no prosperó por no alcanzar el 10% de los miembros de la Cámara exigido por el art. 167 CE.

2. El referéndum en el procedimiento de reforma constitucional (art. 168 CE)

Cuando se proceda a la revisión total de la Constitución o una parcial que afecte al Título Preliminar, el Capítulo II, Sección I del Título I, o al Título II de la Constitución, se tramitará de conformidad con el art. 168 CE, sometiéndose en primer lugar a un debate en el Pleno de la Cámara baja. No podemos olvidar que la lógica del procedimiento exige la intervención de dos legislaturas sucesivas, de tal modo que las nuevas Cámaras no podrán exceder el ámbito temático de la reforma, cuya iniciativa fue respaldada por el anterior legislativo. Una vez finalizado dicho procedimiento se comunicará al Presidente del Gobierno la aprobación por las Cortes Generales del texto de reforma constitucional, para proceder a la convocatoria de referéndum constitucional dentro del plazo de treinta días, y su celebración en los siguientes sesenta días. **La celebración de la consulta popular sobre el texto de la reforma constitucional tiene carácter obligatorio.** En este caso el referéndum es un elemento constitutivo del procedimiento de reforma y afecta a la perfección del mismo. Por último no puede olvi-

darse que el contenido del art. 169 CE actúa como límite temporal al procedimiento de reforma, en tanto que podrá iniciarse la reforma constitucional en tiempo de guerra o de vigencia de alguno de los estados previstos en el art. 116 CE.

V. LOS REFERÉNDUMS MUNICIPALES

La disposición adicional de la LOMR admite expresamente la existencia de referéndums municipales, dejando su regulación y celebración a lo previsto en la legislación de régimen local. En efecto, **la Ley de Bases de Régimen Local da cobertura y reconocimiento a este tipo de consultas, que han de recaer sobre cuestiones especialmente relevantes para la vida vecinal**, excluidas las materias referidas a hacienda local, las que de conformidad con la legislación local no sean competencia de los Ayuntamientos y aquellas otras que tengan un alcance supramunicipal. La autorización del Gobierno culminará este proceso.

Algunos Estatutos de Autonomía se han hecho eco de la competencia de «desarrollo legislativo del sistema de consultas populares» de ámbito municipal (Andalucía, Cataluña y Valencia), en otros sin embargo en el marco de la legislación básica del Estado se ha asumido la competencia de «desarrollo legislativo y la ejecución del sistema de consultas populares» (Asturias, Baleares, Castilla y León, Canarias, Extremadura, Murcia y La Rioja). Finalmente otras Comunidades que no contaban con una atribución estatutaria concreta con fundamento en la competencia sobre régimen local también podrían regular esta materia como ha sucedido en Navarra. Sin embargo, hasta las reformas estatutarias iniciadas en 2006 solo Andalucía (Ley 2/2001, de regulación de las consultas populares locales de Andalucía) y Navarra (Ley Foral 27/2002, de consultas populares de Navarra) habían elaborado una norma concreta para regular estas consultas en el ámbito local, frente a otras Comunidades en las que en el marco de la legislación local han

tenido acogida dichas consultas, como ha sucedido con el Decreto 294/1996, por el que se aprueba el Reglamento de Consultas Populares Municipales en aplicación de las previsiones relativas a la Ley 8/1987, municipal y de régimen local de Cataluña, o la Ley 7/1999, de Administración local de Aragón (art. 157). En todo caso, cabe recordar que el Decreto catalán que regula el referéndum local y el art. 10.2 del Estatuto de Cataluña de 1979 indicaba que la Generalitat ha de remitir la solicitud municipal al Gobierno del Estado, a quien corresponde autorizar la consulta (art. 6.2); en el mismo sentido el texto del Estatuto Andaluz de 1981 señalaba que «corresponde al Gobierno de la nación el acuerdo de autorización para la celebración de la consulta popular local».

La Ley de Parlamento de Cataluña 10/2014, de consultas populares no referendarias y otras formas de participación ciudadana, recoge las consultas populares no referendarias en el

ámbito local si tienen carácter municipal o supramunicipal. Los Promotores que pueden adoptar la iniciativa institucional en el ámbito local son los plenos municipales, consejos comarcales, diputaciones o consejo de veguería, alcalde o presidente de la entidad local y 2/5 partes de los municipios si se trata de consulta de ámbito territorial supramunicipal, corresponderá a las entidades locales, mediante sus presidentes, la convocatoria de la consulta popular no referendaria siempre que se cumplan los criterios establecidos por la presente ley y de acuerdo con lo que establezca la normativa específica de ámbito local. Puesto que en la STC 31/2015 no se formuló tacha de inconstitucionalidad, son conformes a la Constitución, si bien concurre en esta materia un límite adicional, por lo que la exclusividad del art. 122 EAC «ha de serlo, por tanto, sin perjuicio, de la competencia estatal relativa a las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas».

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR DE LUQUE, L., *Democracia directa y Estado Constitucional*, Edersa, Madrid, 1977.

IBÁÑEZ MACÍAS, A., *El referéndum local en España*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2005.

LÓPEZ GONZÁLEZ, J. L., *El referéndum en el sistema español de participación política*, Universidad Politécnica de Valencia, 2005.

LINDE PANIAGUA, E., «Comentario al art. 92», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a las Leyes Políticas*, Edersa, Madrid, 1985.

OLIVER ARAUJO, J., «El referéndum en el sistema constitucional español», *Revista de Derecho Político UNED*, núm. 29, 1989.

PÉREZ SOLA, N., *La regulación constitucional del referéndum*, Universidad de Jaén, 1994.

- «La competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas en materia de consultas populares», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 24, 2009.

SÁENZ ROYO, E. y GARRIDO LÓPEZ, C. (Coords.), *La funcionalidad del referéndum en la democracia representativa*, Tirant lo Blanch, 2017.

DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES [ARTS. 93 A 96]

Artículo 93

Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión.

Sumario general:

La integración en la Unión Europea, por **PABLO PÉREZ TREMP**S

Otras organizaciones o instituciones internacionales, por **MIGUEL ÁNGEL AMORES CONRADI**
Y **ENRIQUE ARNALDO ALCUBILLA**

LA INTEGRACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA

Sumario: I. Las dimensiones constitucionales de la integración. II. La Constitución como fundamento y parámetro de la integración. III. La «europeización» de las estructuras constitucionales. IV. El alcance del art. 93: los tratados de integración. V. La ejecución de las obligaciones impuestas por el Derecho de la Unión y su garantía.

PABLO PÉREZ TREMP

CATEDRÁTICO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

I. LAS DIMENSIONES CONSTITUCIONALES DE LA INTEGRACIÓN

Después de cuarenta años de la entrada en vigor de la Constitución, resulta doctrinalmente pacífico afirmar que una de las mayores transformaciones que ha sufrido el Derecho público de finales del siglo xx y principios del xxi es su adecuación a las exigencias de los procesos de integración supranacional y, en especial, y como es lógico, al proceso de integración que gira en torno a la Unión Europea. Al mismo tiempo, parece también bastante claro que ese proceso no se ha cerrado, sino que, por el contrario, sigue vivo, lo que hace que la transformación abierta en la segunda parte del siglo xx deba prolongarse, al menos, durante buena parte del siglo xxi. Por lo que respecta a la Constitución Española, esta posee en su art. 93 el marco que encuadra desde el punto de vista interno ese proceso de integración, aunque no haga mención expresa al mismo. Paradójicamente, la única mención expresa de la Unión Europea existente en la Constitución es indirecta y se encuentra en el art. 135 según la reforma realizada de este precepto en 2011 (PÉREZ TREMP, 2018, 77).

Intentando sintetizar mucho, la interrelación jurídica entre Constitución e integración, puede resumirse en dos ideas interdependientes y, por tanto, complementarias: el proceso de

integración, que nace y se desarrolla fundamentalmente desde los Estados, se ha constitucionalizado desde una doble perspectiva. Por un lado, debe desarrollarse con sujeción a las Constituciones nacionales y a los principios básicos de esas mismas Constituciones. Dicho de otra manera, y simplificando, la integración ha tenido que constitucionalizarse. En segundo lugar, al mismo tiempo, y de forma paralela, el nacimiento y el posterior desarrollo de los entes supranacionales han hecho que también las estructuras constitucionales internas tengan que adecuarse a las estructuras jurídicas y políticas de la integración, produciendo un fenómeno que podría denominarse de comunitarización de las Constituciones, como manifestación del proceso más general de comunitarización de todo el ordenamiento jurídico interno. Por tanto, **constitucionalización de la integración y comunitarización (actualmente es más preciso denominarlo europeización tras la entrada en vigor del TUE) de la Constitución son dos caras de esa moneda dinámica y cambiante que es la transformación de las estructuras jurídicas y políticas que comporta la integración supranacional.**

El objeto de estas páginas no es realizar un análisis pormenorizado de todas estas cuestiones, sino, solamente, ofrecer una visión general de cómo ha vivido la Constitución espa-

ñaola a partir de su art. 93 ese proceso, en especial a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Delimitado así el objeto, su exposición se desarrollará de acuerdo con los dos ejes ya indicados: ver cómo ha actuado la Constitución Española como parámetro de la integración, por un lado, y, por otro, exponer las transformaciones más importantes que la pertenencia a la Unión Europea ha supuesto para las estructuras constitucionales. Para ello han sido decisivas, aunque no solamente, las dos Declaraciones dictadas por el Tribunal Constitucional como consecuencia del control preventivo al que se han sometido dos Tratados internacionales llamados a formar parte del Derecho primario u originario de la Unión Europea, el TUE, DTC 1/1992, de 1 de julio de 1992, y el frustrado Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, DTC 1/2004, de 13 de diciembre. Sin embargo, y como se verá, otras decisiones del Tribunal Constitucional también han contribuido a enmarcar ese proceso de europeización del ordenamiento interno, incluida la propia Constitución.

No obstante, antes de entrar en esta exposición, conviene tener presente que el art. 93 CE tiene un doble contenido. Por un lado, su primera parte viene a constitucionalizar la integración española en estructuras supranacionales. Pero junto a ello la segunda parte se refiere a algunas de las consecuencias internas de dicha integración. A ambas cuestiones hay que referirse en el presente comentario.

II. LA CONSTITUCIÓN COMO FUNDAMENTO Y PARÁMETRO DE LA INTEGRACIÓN

Comenzando por la primera parte del precepto, una idea que resulta clara y pacífica, al menos en su formulación general, es la que se sintetiza en la afirmación de que la integración, desde el punto de vista jurídico, es un proceso «constituido» en el sentido de que se encuentra sometido a la Constitución, que tiene su cobertura interna en esta y que, por tan-

to, también a esta debe someterse. Ahora bien, más complejo resulta concretar exactamente el alcance de los límites que la Constitución impone al proceso de integración.

Como ya se ha adelantado, en la Constitución española el fundamento de la integración supranacional se encuentra en el art. 93, donde se dispone que «mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución». Este precepto, bastante escueto en su formulación, ha sido objeto de amplio análisis doctrinal (LÓPEZ CASTILLO, 1996; PÉREZ TREMPES, 1994, por ejemplo) y ha recibido, como también se ha señalado, la atención del Tribunal Constitucional, sobre todo en las dos Declaraciones citadas, la DTC 1/1992, sobre el *Tratado de la Unión Europea* y la DTC 1/2004, sobre el *Tratado por el que establece una Constitución para Europa*. El alcance de este precepto, a la vista de la doctrina y de la jurisprudencia, puede sintetizarse así:

a) El Tribunal Constitucional ha afirmado en varias ocasiones que el art. 93 CE es un **precepto «orgánico-procedimental»** (STC 28/1991 y DTC 1/1992), intentando, aparentemente, eludir cualquier consideración sobre los posibles efectos materiales que la integración pueda comportar para la Constitución. No obstante, parece claro que la función del art. 93 no es solo establecer un procedimiento de adopción de los tratados de integración, esto es, de los que atribuyen «el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución». La atribución del ejercicio de competencias configura una auténtica categoría constitucional material, la integración supranacional. Así lo ha reconocido el Tribunal en su DTC 1/2004, al afirmar que, junto a la dimensión orgánico-procedimental, el art. 93 posee también «una dimensión sustantiva o material». Este es el cambio fundamental entre una Declaración y otra y, por tanto, el elemento cualitativo en el marco constitucional de la integración.

b) El art. 93 CE, en efecto, además de exigir ley orgánica para autorizar la celebración de los tratados de integración, impone una serie de límites no solo de procedimiento, sino también materiales a la operación de «despojamiento» de poder, aunque el art. 93 CE no hace referencia expresa a límites concretos y específicos, frente a lo que hacen otras muchas Constituciones (CLAES, 2005).

c) Sin embargo, se han deducido del precepto y del conjunto de la Norma Fundamental algunos límites más o menos implícitos.

— Así, y en primer lugar, el Tribunal Constitucional ha señalado claramente que **el propio texto constitucional es un límite a los tratados de integración**. Dicho de otra manera, coherentemente con la supremacía de la norma fundamental, los tratados de integración no pueden modificar la Constitución: no se ha cedido ni es susceptible de cederse el poder constituyente, el poder de reforma constitucional (STC 252/1988 y DDTC 1/199 y 1/2004). La DTC 1/1992 es expresiva a este respecto:

«... En virtud del art. 93 las Cortes Generales pueden, en suma, ceder o atribuir el ejercicio de «competencias derivadas de la Constitución», no disponer de la Constitución misma, contrariando o permitiendo contrariar sus determinaciones, pues, ni el poder de revisión constitucional es una «competencia» cuyo ejercicio fuera susceptible de cesión, ni la propia Constitución admite ser reformada por otro cauce que no sea el de su Título X, esto es, a través de los procedimientos y con las garantías allí establecidas y mediante la modificación expresa de su propio texto. Esta es la conclusión que impone el dictado del art. 95.1, sin que sea ocioso recordar que la operación consistente en excepcionar enunciados constitucionales a través de un Tratado, quebrando así la generalidad de las disposiciones

de la Constitución, llegó a ser planteada, y no fue acogida, en el proceso constituyente (art. 55.3 del Anteproyecto de Constitución y, con otro alcance, enmienda núm. 343 de las presentadas en el Senado al Proyecto de Constitución).»

— En segundo lugar, aunque el Tribunal Constitucional en un primer momento no se refirió expresamente a los límites a los que estaban sometidos los tratados de integración, luego sí lo ha hecho en la línea de otras Constituciones y de otros Tribunales constitucionales (CLAES, 2005; ZILLER, 2018).

Resumiendo, la DTC 1/2004 ha indicado a este respecto que la operación de cesión del ejercicio de competencias a la Unión Europea y la integración consiguiente del Derecho de la Unión en el nuestro propio imponen **límites inevitables a las facultades soberanas del Estado, aceptables únicamente en tanto el Derecho europeo sea compatible con los principios fundamentales del Estado social y democrático de Derecho establecido por la Constitución nacional**. Por ello la cesión constitucional que el art. 93 CE posibilita tiene a su vez límites materiales que se imponen a la propia cesión. Esos límites materiales, no recogidos expresamente en el art. 93 CE, pero que implícitamente se derivan de la Constitución y del sentido esencial del propio precepto, se traducen, de acuerdo con la DTC 1/2004, «... en el respeto de la soberanía del Estado, de nuestras estructuras constitucionales básicas y del sistema de valores y principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución, en el que los derechos fundamentales adquieren sustantividad propia (art. 10.1 CE)...», reiterado en la STC 26/2014.

— En tercer lugar, el art. 93 no habilita a un despojamiento total de competencias, ya que se refiere a la cesión del ejercicio «de competencias», no «de las competencias», lo que equivale a una especie de garantía institucional del Estado que impide la desaparición de este a través del mecanismo del art. 93 (PÉREZ

TREMPs, 2004, 91 y ss.). Ello supone, en definitiva, que una disolución del Estado en una entidad más amplia exigiría un auténtico acto constituyente negativo, ejercido por el poder de reforma constitucional del Título X de la Constitución, y no el ejercicio del poder de integración del art. 93.

Resumido de esta forma el alcance del art. 93, hay que recordar que su función como fundamento y parámetro de la integración supranacional **explica la primera reforma de la Constitución llevada a cabo**. En efecto, constatado por el Tribunal Constitucional en su Declaración 1/1992 que existía una antinomia entre el art. 13.2 de la Norma Fundamental y el art. 8. B), ap. 1 del TCE [actual art. 20.2.b) TFUE] según la redacción que le daba el TUE, se procedió a reformar el citado art. 13, tal y como se expone en los comentarios al art. 13 CE y a la primera reforma constitucional incluidos en este volumen.

Ahora bien, también doctrinalmente no han faltado voces que, con mayor o menor intensidad, han apuntado que, más allá de esa reforma puntual y «de mínimos», la cobertura constitucional del art. 93 CE resulta débil para el actual estado de desarrollo de la integración europea. En España, **el mismo precepto pensado para el ingreso en las Comunidades Europeas sirvió para hacer efectiva la transformación de estas en la Unión Europea**, con lo que ello ha supuesto: muy singularmente, abrir el paso a una política monetaria común, a un Banco Central Europeo, y a una moneda común. Quizás fueron menos llamativas las cesiones de competencias realizadas en el Tratado de Ámsterdam en materias como el control de fronteras, inmigración y visados (DONAIRE VILLA, 1998). Pero el Tribunal Constitucional, en la DTC 1/2004, entendió que el art. 93, una vez reinterpretado respecto de la DTC 1/1992, resultaba suficiente para la transformación que hubiera derivado de la entrada en vigor del Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa si no se hubiera frustrado por el bloqueo de Francia y Holanda (PÉREZ

TREMPs y SAIZ ARNAIZ, 2006). En todo caso, lo que en otros países se consideró que representaba una nueva realidad en la integración que afectaba de manera esencial a la soberanía del Estado, y para la que resultaban insuficientes las viejas cláusulas constitucionales de apertura, en España, de hecho, se ha considerado mayoritariamente un ejercicio más del poder de integración que no imponía, aunque pudiera ser conveniente, la reforma de la Constitución. No deja de ser significativo que uno de los aspectos de la Constitución apuntados como susceptibles de reforma en la VIII Legislatura fue precisamente el art. 93 CE, la «cláusula europea» de la norma fundamental, con el objeto de reforzar la cobertura que esta da al proceso de integración europea (PÉREZ TREMPs, 2018).

III. LA «EUROPEIZACIÓN» DE LAS ESTRUCTURAS CONSTITUCIONALES

Como se señalaba al comienzo, la relación entre Constitución y Derecho de la Unión no solo se proyecta en la dimensión que hace de la primera el marco interno del segundo. Junto a ello también se ha producido un claro proceso de influencia del Derecho de la Unión sobre las estructuras constitucionales internas, afectando e, incluso, alterando estas, tanto obligando a su reforma en sentido técnico, como modulando su alcance y funcionamiento sin comportar una revisión formal.

Este efecto de europeización de las estructuras constitucionales, tal y como se ha apuntado, ha sido reconocido por el propio Tribunal Constitucional en su DTC 1/1992, ha señalado que **el Derecho de la Unión, aunque no puede modificar la Constitución, sirve para modular «el ámbito de aplicación, no el enunciado, de las reglas (constitucionales) que [...] han instituido y ordenado» las competencias**. Esa modulación resulta clara en amplios terrenos, tal y como ha puesto de manifiesto la doctrina (BUSTOS, 2005, LÓPEZ CASTILLO, 2001 o PÉREZ TREMPs, 2004) y, en ocasiones, el propio Tribunal

Constitucional. Ese efecto, por otra parte, se ha resaltado, también, en el Derecho comparado (DUTHEIL DE LA ROCHÈRE y PERNICE, 2002, VV. AA., 2003, ZILLER, 2003).

a) *La reforma constitucional.* El primer efecto no es ya (o no solo) modulador, sino auténticamente revisor de la Constitución y ha venido producido como consecuencia de la ya citada antinomia identificada en su día por el Tribunal Constitucional entre el TUE y el art. 13.2 CE, que condujo, siguiendo el pronunciamiento de la DTC 1/1992, a la reforma de este precepto constitucional. Pero obsérvese que, amén de la reforma del precepto, la previsión del TUE supone un auténtico cambio cualitativo en la concepción del «gobierno municipal», que abandona su anclaje en las viejas estructuras del soberanismo estatal para abrirse a las nuevas estructuras de la integración supranacional al aceptar no solo la participación electoral del no nacional sino su capacidad de representar (PÉREZ TREMPES, 2018, 33 y ss.).

b) *La organización territorial del Estado.* Un terreno donde el Tribunal Constitucional ha afirmado expresamente el valor «modulador» de la Constitución que posee el Derecho de la Unión en el del reparto de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas. La primera decisión que afrontó el tema afirmó que el Derecho de la Unión no forma parte del conjunto de normas que establecen el reparto interno de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas y, por tanto, no puede modificar dicho reparto, manteniéndose esa doctrina de forma inalterada hasta hoy (STC 22/2018, por ejemplo). Sin embargo, aceptado que, aunque el Derecho europeo no modifica el bloque de la constitucionalidad más allá del vaciamiento general de poder que provoca la cesión de competencias a la Unión Europea, la relación entre Derecho europeo y bloque de la constitucionalidad no se detiene ahí. La complejidad que caracteriza el proceso de integración hace que este repercuta en el reparto interno de poder. Y es que, en efecto, aunque el ordenamiento comunitario no pueda

modificar las reglas internas de reparto de competencias, sí sirve, a menudo, como elemento de interpretación de dicho reparto. En muchos casos, el alcance de los títulos competenciales estatales y autonómicos a la hora de ejecutar obligaciones comunitarias se fija a la vista de la naturaleza de esas obligaciones, dependiendo sobre todo de si imponen elementos unitarios a alcanzar. Aunque esta idea está presente ya en la citada STC 252/1988, es, sobre todo, en las sentencias sobre ayudas comunitarias donde aparece más claramente ya que la forma de acceso a dichas ayudas lleva consigo la entrada en juego de competencias estatales y sus límites (SSTC 79/1992, 117/1992, 29/1994, 213/1994, 148/1998, 128/1999, 45 y 95/2001).

Pero no es ese el único campo en el que se produce este efecto. El papel interpretativo de los título competenciales aparece en cuestiones tan dispares como son la determinación de cuáles son las *aguas superficiales* (STC 208/1991), qué debe entenderse por *control metrológico* (STC 236/1991), cuál es el reparto de competencias en materia de medio ambiente (SSTC 13/1998, 14/2004 y 33/2005), en materia de pesca (SSTC 147/1998 y 38/2002), de industria e investigación (STC 175/2003), de seguridad pública (STC 235/1001), de entidades de crédito (SSTC 235/1999 o 10/2005), de seguros (STC 173/2005) o de montes (STC 21/1999), por poner algunos ejemplos; la STC 330/1994 utiliza, incluso, aunque a mayor abundamiento, una Recomendación comunitaria para determinar la finalidad de una norma interna y, con ello, para ubicarla bajo un determinado título competencial.

El propio Tribunal Constitucional, como se adelantaba, ha acabado siendo explícito respecto del valor interpretativo del Derecho de la Unión para resolver los conflictos internos de competencia, afirmando que «... no cabe ignorar que la propia interpretación del sistema de distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas tampoco se produce en el vacío... Por ello, prestar aten-

ción a cómo se ha configurado una institución por la Directiva comunitaria puede ser no solo útil, sino incluso obligado para aplicar correctamente sobre ella el esquema interno de distribución competencial...» (STC 13/1998, reiterado en SSTC 128/1999, 45/2001, 38/2002, 33/2005 o 173/2005). El Tribunal Constitucional también ha acudido al Derecho de la Unión, y en concreto al concepto de «región ultraperiférica», para interpretar, aunque sea a mayor abundamiento, el alcance de las cláusulas constitucionales que configuran el *status* singular de las Islas Canarias (SSTC 62 y 72/2003 o 134/2004, 100/2012 y 164/2013).

Pero, además de que el Derecho de la Unión pueda servir como canon hermenéutico del reparto interno de competencias, la integración europea ha introducido modificaciones en muchos ámbitos de actividad, especialmente de naturaleza económica, lo que tiene consecuencias claras en la delimitación jurídica de esas actividades, incidiendo, a su vez, en el bloque de la constitucionalidad mediante la producción de auténticas mutaciones de títulos competenciales en la medida en que estos se definen a partir de esos sectores de actividad. Así, por poner dos ejemplos con claras consecuencias competenciales, la tradicional diferencia entre comercio y sanidad exteriores e interiores se ha visto superada con la aparición de un comercio y una sanidad intracomunitaria que, en buena medida, desde el punto de vista constitucional, han «engrosado» el comercio y la sanidad interiores. Ejemplos de ello son la STC 21/1999, que sigue doctrina anterior ya presente en las SSTC 236/1991, 79/1992, 313/1994, 67/1996 y seguida en la STC 206/2001.

Otra prueba clara del efecto modulador del Derecho de la Unión sobre la estructura territorial es la transformación que ha supuesto en torno al alcance mismo del título competencial «relaciones internacionales» del art. 149.1.3.^a CE. Baste con recordar el debate que a finales de los años 80 existía en torno a la constitucionalidad de las oficinas o «antenas» autonómicas en Bruselas, debate que, además

de zanjarse jurisdiccionalmente con la STC 165/1994, quedó totalmente obsoleto como consecuencia de la creación del Comité de las Regiones por el Tratado de la Unión Europea, que no solo incidió sobre esa cuestión sino sobre el alcance mismo del citado título competencial en los asuntos europeos, tal y como puso de manifiesto la citada STC 165/1994. En los últimos años la cuestión ha alcanzado nuevo protagonismo producto de la tensión nacionalista (STC 198/2013, por ejemplo).

c) *Derechos fundamentales.* Otro terreno en el que el Tribunal Constitucional ha aceptado la aptitud del Derecho de la Unión para actuar como parámetro interpretativo es el de los derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional ha reconocido esta posibilidad, entendiendo que **el mecanismo del art. 10.2 de la Constitución sirve de cláusula de apertura también respecto del Derecho Comunitario** —de la Unión— incluso antes de que poseyera una auténtica declaración de derechos con eficacia jurídica. Esa eficacia jurídica es la que quiso darle en su art. 2 de la Ley Orgánica 1/2008, de autorización de la ratificación del Tratado de Lisboa, al establecer que «... las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán también de conformidad con lo dispuesto en la Carta de los Derechos Fundamentales publicada en el *Diario Oficial de la Unión Europea* de 14 de diciembre de 2007...». De todas formas, esa eficacia le vendría atribuida por el Tratado de Lisboa, cuando entró en vigor (art. 1.8).

En todo caso, el valor hermenéutico del Derecho de la Unión en materia de derechos fundamentales ya fue asumido en la STC 64/1991, manteniéndose luego en otras muchas. Y, en efecto, son numerosos los casos en los que el contenido mismo del derecho constitucionalmente garantizado viene determinado en mayor o menor medida por el Derecho comunitario. Son los derechos relacionales y los derechos de contenido legal, en cuanto derechos fundamentales ampliamente desconsti-

tucionalizados, los primeros en los que ello se ve y ejemplos prácticos existen. Baste con citar uno: la STC 130/1995 estima que hay una lesión del derecho a la no discriminación del art. 14 de la Constitución, y reconoce una serie de prestaciones a una persona de nacionalidad no comunitaria basándose solo y exclusivamente en que el Acuerdo de Cooperación entre la Comunidad y el Reino de Marruecos vigente en ese momento extendía determinados derechos sociales a los ciudadanos de este país en ciertas circunstancias. Otra manifestación de la interrelación entre Derecho comunitario y Derecho constitucional ha tenido plasmación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al aceptar la STC 120/1998 la aptitud del Derecho comunitario, en concreto de un Reglamento, para integrar un tipo penal en blanco, sin que ello contravenga el principio de legalidad penal consagrado en el art. 25 de la Constitución. También, la STC 224/1999 acude a normas y recomendaciones comunitaria para definir el alcance jurídico del concepto de «acoso sexual» en relación con el derecho a la intimidad. Yendo aún más lejos, el Tribunal Constitucional ha invocado la Carta Europea de Derechos, incluso antes de su proclamación, en la STC 292/2000, relativa a la *Ley Orgánica de Protección de Datos*, y, una vez proclamada, en la STC 53/2002.

Pero el valor hermenéutico del Derecho de la Unión en materia de derechos fundamentales, como ya se ha apuntado, se proyecta más allá de estos ejemplos, y alcanza a muchos de ellos, tanto desde la base normativa como desde la jurisprudencial aportada por el Tribunal de Justicia. Por poner solo algunos ejemplos, probablemente los más significativos, hay que destacar que buena parte de la doctrina constitucional sobre igualdad entre hombre y mujer, en especial en el ámbito laboral, se ha construido a partir de elementos de Derecho europeo, siendo abundante su cita en muchas decisiones del Tribunal Constitucional, desde la STC 145/1991 hasta la STC 12/2008, por citar solo algunas. Otro tanto ha sucedido a la hora de construir la denominada «garantía de in-

demnidad» frente a los despidos discriminatorios o de represalia (SSTC 198/2001 o 41/2006, por ejemplo), para valorar los límites a la libertad de información en materia de transmisiones deportivas (STC 112/2006), o para reforzar la protección constitucional de menores (SSTC 138/2005 y 273/2005).

El paso más significativo al respecto fue posiblemente el planteamiento por el Tribunal Constitucional de la cuestión prejudicial que desembocó en la STJUE *Melloni*, que fue plenamente asumida por la STC 26/2014.

d) *Constitución económica*. Existen otros terrenos en los que, aunque no haya habido una afirmación expresa del Tribunal Constitucional en ese sentido, resulta también claro el efecto modulador del Derecho de la Unión respecto de la Constitución. Así, por una parte, **la denominada «Constitución económica», y en especial muchas de las previsiones del Título VII de la Constitución, hoy solo son comprensibles a la luz del Derecho de la Unión:** piénsese en la nueva dimensión del concepto de servicio público, en los límites a los monopolios, en la incidencia del principio de estabilidad presupuestaria, etc. (J. L. GARCÍA GUERRERO, 2018), esta lectura en clave europea de la constitución económica subyace, por ejemplo, en su comprensión del principio de unidad de mercado, tal y como la ha entendido en la STC 96/2002. Ello es mucho más así desde la modificación del art. 135 de la CE (PÉREZ TREMP, 2018, 71 y ss., y bibliografía allí citada).

e) *Sistema de fuentes*. Ese mismo efecto modulador puede verse, por ejemplo, en el sistema de fuentes del Derecho. Su adecuación a los retos que le suscita el Derecho de la Unión se ha producido de manera bastante razonable. Por un lado, la asunción de los principios básicos de articulación entre Derecho europeo y Derecho interno ha sido muy pacífica, con independencia de la corrección o incorrección en el cumplimiento de las obligaciones concretas adquiridas frente a la Unión Europea, sin que se hayan planteado

problemas prácticos realmente relevantes (ALONSO GARCÍA, 2003).

Esta asunción de los principios de articulación entre el Derecho de la Unión y el Derecho interno ha llevado, también, a proteger los mecanismos para hacer efectiva esa articulación. Así el Tribunal Constitucional, aunque en una doctrina no siempre clara, ha entendido que la negativa al planteamiento de la cuestión prejudicial *ex art. 267 del TFUE* cuando se dan las condiciones para ello suponga una lesión del art. 24 CE (SSTC 135/2017 o 22/2018, entre las más recientes).

Pero, al margen de las anteriores cuestiones, **el ordenamiento español tampoco ha visto sensiblemente alteradas sus estructuras de producción jurídica**, que han dado respuesta a las exigencias comunitarias sin «traumas» formales, y reproduciendo solo las tradicionales cuestiones planteadas en otros ordenamientos de los Estados miembros de tipo parlamentario: los límites al uso del Decreto-ley para la ejecución del Derecho de la Unión, la utilización de las técnicas de delegación legislativa con ese mismo fin, la suficiencia o no de las normas europeas para cubrir las reservas de ley, la posición del poder central y de los entes territoriales (Comunidades Autónomas) a la hora de ejecutar el Derecho comunitario, etc. Un análisis crítico de estas cuestiones puede verse en el *Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español*, de 14 de febrero de 2008.

f) *Organización de poderes*. También la organización interna de poderes y el sistema de relaciones entre ellos se ven afectados por la realidad europea. Además de las obvias exigencias de adecuación de las Administraciones Públicas a las exigencias comunitarias (MORENO MOLINA, 1998), y del papel del juez interno como juez comunitario (ALONSO GARCÍA, 2003; RUIZ JARABO, 1993), piénsese, por ejemplo, en la incidencia del Derecho europeo en el ámbito del control parlamentario del Gobierno. En efecto, una de las vías para

enjuagar el déficit democrático del proceso de integración que ha usado primero tímidamente el Tratado de Maastricht y luego con mayor intensidad el Tratado de Ámsterdam ha sido la de «invitar» a los parlamentos nacionales a participar en el proceso de integración. En efecto, mediante el *Protocolo sobre el cometido de los parlamentos nacionales en la Unión Europea*, se viene a homogeneizar en parte, y como mínimos a cumplir, algunos aspectos de los sistemas internos de participación parlamentaria en los temas comunitarios, participación que, en definitiva, es una cuestión de regulación típicamente interna. Así, el Protocolo determina los documentos comunitarios que necesariamente deben ser conocidos por los Parlamentos nacionales: «Todos los documentos de consulta de la Comisión (libros blancos y verdes y comunicaciones)...». Esta previsión se ha mantenido de una forma u otra en todas las reformas de los tratados posteriores, hayan o no prosperado. A esta misma filosofía responde, en el ámbito estrictamente interno, el art. 3.b) de la Ley 8/1994, de 19 de mayo, por la que se regula la Comisión Mixta para la Unión Europea.

Esta vía de penetración del Derecho de la Unión en el Derecho parlamentario interno no se detiene ahí. **Los mecanismos de intervención de los parlamentos nacionales en los asuntos comunitarios** no se limitan a los instrumentos de participación y/o control que cada ordenamiento establece. Además, se ha ido forjando un mecanismo de intervención global de todos ellos institucionalizado en la figura de la COSAC, *Conferencia de órganos especializados en asuntos europeos*. Esta organización, nacida en París en noviembre de 1989, es, desde su origen, un instrumento de colaboración interparlamentaria, mediante el cual los órganos especializados en asuntos comunitarios de los distintos parlamentos de los Estados miembros ponen en común sus experiencias, problemas, proyectos, etc. A pesar de su naturaleza como órgano de cooperación estrictamente interparlamentaria, el Tratado de Ámsterdam le dio un protagonismo institucional propio al referirse

a ella en el Protocolo XI *sobre el cometido de los parlamentos nacionales en la Unión Europea* como instrumento de participación en asuntos europeos y de ampliación de la legitimidad democrática de estos.

Una última referencia cabe hacer ahora al tema de **la justicia constitucional**. En efecto, esta se encuentra en un proceso de europeización que tiene, desde el punto de vista lógico, una primera manifestación en el propio uso del Derecho de la Unión por parte del Tribunal Constitucional en los términos previamente vistos. Pero hay un elemento más que, aunque latente, está influyendo en el sistema español (FERRERES COMELLA, 2003) (y alemán e italiano) de justicia constitucional. En términos teóricos, el juez interno, ante una contraposición entre norma con fuerza de ley interna y derechos fundamentales, se encuentra en la tesitura de resolver la contraposición de manera directa (*inter partes*) o de plantear la cuestión de inconstitucionalidad *ex art. 163* de la Constitución. Esta vieja cuestión llevará, antes o después, a buscar mecanismos jurisprudenciales (y posiblemente legales) que permitan compaginar el monopolio de rechazo de las normas con fuerza de ley con las consecuencias de la primacía del Derecho de la Unión (ALONSO GARCÍA, 2003).

IV. EL ALCANCE DEL ART. 93: LOS TRATADOS DE INTEGRACIÓN

La siguiente cuestión que suscita el art. 93 CE, en cierto sentido la primera, es determinar los supuestos en los que el mecanismo constitucional allí previsto debe ser aplicable o, dicho en otros términos y en la terminología hasta ahora utilizada, ¿qué debe entenderse por «tratados de integración»? La respuesta a esta pregunta, en términos formales es fácil: un tratado de integración es aquel a través del cual se cede el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Pero esta respuesta formal nos sitúa ante el problema realmente relevante, tanto desde el punto constitucional como desde el punto de vista

del Derecho internacional: ¿qué es ceder el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución?

Partiendo de que la Ley 2014, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales poco aporta en relación con la identificación de los Tratados del art. 93 CE, en una primera aproximación, la respuesta a este interrogante parece clara: ceder el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución es ceder poder del Estado a una organización supranacional, ceder, en terminología utilizada en otros países, soberanía. Pero esta respuesta, al mismo tiempo, plantea, a su vez, otras interrogantes, que resumiendo mucho pueden sintetizarse en dos. **Qué debe entenderse por «cesión de competencias»** y qué debe entenderse por «derivadas de la Constitución». Intentando aproximarse a la respuesta a la primera pregunta, la cesión de competencias parece que implica, lisa y llanamente, la «entrega» de parte del poder del Estado a una organización supranacional, que, a partir de ese momento, es quien pasa a ejercitar esa parcela de poder cedida, siempre con los límites previamente señalados.

Por lo que respecta al título de esa cesión, ha señalado el Tribunal Constitucional que lo que la cesión no supone es un desprendimiento absoluto, puesto que se cede el ejercicio de la competencia, pero no la titularidad de la misma, que sigue perteneciendo al Estado (DDTC 1/1992 y 1/2004). Ello parece que debe entenderse como la posibilidad de que esa competencia cedida pueda revertir al Estado en ciertos supuestos, aunque parece claro que dicha reversión o reintegración siempre debería respetar los compromisos y procedimientos establecidos por el Derecho internacional y europeo.

En segundo lugar, está la duda de **cuáles son las competencias susceptibles de cesión** o, dicho en otros términos, ¿cuáles son las competencias derivadas de la Constitución? Por lo que respecta a su naturaleza, de la práctica hasta ahora llevada a cabo, las com-

petencias susceptibles de cesión son tanto legislativas, administrativas como jurisdiccionales. De acuerdo con lo ya expuesto, parece que las de naturaleza constituyente no son susceptibles de cesión, al menos sin la correspondiente reforma constitucional.

Por lo que respecta a su titularidad, también la práctica demuestra, y así ha sido avalado por el Tribunal Constitucional, que pueden cederse tanto el ejercicio de competencias que, de acuerdo con el bloque de la constitucionalidad, pertenezcan al Estado como a las Comunidades Autónomas.

La siguiente cuestión que hay que plantearse, según lo dicho, es la relativa a **cuándo debe usarse el mecanismo del art. 93 CE y cuándo algunos de los mecanismos del art. 94 CE**, en especial del art. 94.1. Resulta claro que aquellos tratados que suponen, de acuerdo con lo visto, una auténtica cesión de competencias por mínima que sea, deben seguir el mecanismo constitucional del art. 93 CE. Así se ha hecho hasta ahora, ya que no solo la adhesión de España a la Unión Europea se autorizó mediante la Ley Orgánica 10/1985, sino que se han aprobado leyes orgánicas de autorización de todas las ampliaciones de competencias a favor de la Unión Europea, hayan prosperado o no posteriormente (LL. OO. 4/1986, Acta Única Europea, 10/1992, Tratado de Maastricht, 9/1998, Tratado de Ámsterdam, 3/2001, Tratado de Niza, 1/2005, Constitución Europea, 1/2008, Tratado de Lisboa). El único caso en el que se ha utilizado esta fórmula constitucional fuera del ámbito europeo ha sido el de la autorización para aprobar el Estatuto de la Corte Penal Internacional, por lo que supone de cesión, a favor de esta, de competencias jurisdiccionales (LO 6/2000). Otras veces se ha utilizado una Ley Orgánica para ratificar Tratados Internacionales, pero sin seguir el mecanismo del art. 93 de la CE, porque esa ratificación implicaba entrar en materias reservadas a la Ley Orgánica. En el ámbito estrictamente internacional los casos más claros son los de colaboración con los Tribunales internacionales para la

ex Yugoslavia (LO 15/1994) y para Ruanda (LO 4/1998) o de colaboración con la propia Corte Penal Internacional (LO 18/2003). También ello ha sucedido en ámbitos comunitarios en varias ocasiones, como es, por ejemplo, el de la LO 10/1998, complementaria de la Ley sobre la introducción del euro.

Ahora bien, el mecanismo del art. 93 CE también se ha utilizado cuando se han modificado los Tratados Constitutivos en la medida en que puede entenderse que estos generan formalmente una resistencia pasiva y/o que suponen un cambio en el régimen de ejercicio de las competencias que ya se ha cedido. Es el caso de los Tratados que comportan nuevas adhesiones a la Unión Europea (LL. OO. 20/1994: Noruega, Austria, Finlandia y Suecia; 12/2003: Estonia, Chipre, Letonia, Lituania, Hungría, Malta, Polonia, Eslovenia y Eslovaquia; 6/2005: Bulgaria y Rumania; 6/2012: Croacia).

Algunas dudas respecto del mecanismo que debería utilizarse se suscitaron con ocasión de la adhesión a la OTAN (MANGAS, 1981) e incluso a la ratificación de Protocolos de modificación del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. En todos estos casos, el Consejo de Estado, en el ejercicio de la competencia prevista en el art. 22.1 de la LO 3/1980, ha entendido que España no transfiere el ejercicio de competencias constitucionales, siguiendo el Gobierno y el legislador la calificación llevada a cabo por el alto órgano consultivo.

V. LA EJECUCIÓN DE LAS OBLIGACIONES IMPUESTAS POR EL DERECHO DE LA UNIÓN Y SU GARANTÍA

El art. 93 CE posee un último inciso en el que se dispone que «Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados (de integración) y de las resoluciones emanadas

de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión». En términos generales, la primera idea que cabe extraer de la propia dicción literal del precepto es que **la Constitución no atribuye en exclusiva a los poderes ejecutivo y legislativo la competencia para ejecutar el Derecho de la Unión, o cualquier otro ordenamiento supranacional**. Ciertamente es que, a menudo, de acuerdo con el ordenamiento interno, serán ellos los competentes para esa ejecución, pero lo que realmente se les encomienda es «la garantía de la ejecución», no esta última en sentido estricto. Ello es coherente con el propio Derecho de la Unión, que, en cuanto ordenamiento directamente aplicable y dada su eficacia, debe ser respetado y, en su caso, ejecutado por cualquier sujeto público o privado a quien le corresponda (STC 252/1988). Pero al mismo tiempo, desde la perspectiva interna, el Derecho europeo no puede ni pretende, de acuerdo con el principio de autonomía institucional, modificar la organización y el reparto interno de poder, de forma que es el titular interno de la materia afectada quien debe ejecutarlo: ejecutivo, legislativo o judicial en el ámbito estatal, poder central, autonómico e incluso local en el ámbito territorial, administración general, institucional o corporativa en el ámbito administrativo, etc. ¿Cuál es, pues, el significado que tiene la encomienda constitucional de garantizar el cumplimiento de los ordenamientos supranacionales?

El contenido fundamental del precepto es el que se deduce de su literalidad: son el poder legislativo y el poder ejecutivo, a través de sus respectivas competencias, **los encargados de evitar los incumplimientos internos por parte de cualesquiera sujetos de naturaleza pública y privada**. Muchos de esos incumplimientos, aunque el precepto no lo haya recogido, deberán declararse por los órganos jurisdiccionales, que son los «jueces comunitarios» en el ámbito interno.

Aunque su alcance sea mayor, es en el terreno de la organización territorial del Estado en el que la jurisprudencia constitucional ha cons-

truido su doctrina sobre el significado del precepto. Desde la primera sentencia del Tribunal Constitucional en la que este abordó el tema de la ejecución interna del Derecho europeo, la STC 252/1988, el Tribunal afirmó que **la dimensión «europea» o «comunitaria» de una actuación no la convierte en competencia del Estado**. El punto de partida de toda la jurisprudencia en materia de ejecución del Derecho comunitario es que el elemento «externo» que este comporta no hace que dicha ejecución se considere «relaciones internacionales» encuadrable en el art. 149.1.3.^a CE y, por tanto, competencia del poder central. Este principio, predicado en términos generales respecto de cualquier conexión exterior, resulta aún más claro en relación con el Derecho europeo. Además, y por lo que se refiere a este, el Tribunal ha ido más allá, situándolo fuera del concepto tradicional de relaciones internacionales, aunque siga incluyendo algunos elementos de estas. Así, se ha señalado en la STC 165/1994 que «... cuando España actúa en el ámbito de las Comunidades Europeas lo está haciendo en una estructura jurídica que es muy distinta de la tradicional de las relaciones internacionales. Pues el desarrollo del proceso de integración europea ha venido a crear un orden jurídico, el comunitario, que para el conjunto de los Estados componentes de las Comunidades Europeas puede considerarse a ciertos efectos como “interno”».

En consecuencia, el titular interno de una materia es el competente para ejecutar el Derecho europeo. La STC 252/1988 afirmó que la ejecución de tratados internacionales y, por tanto, del Derecho comunitario originario y derivado no es tanto una competencia como una obligación constitucional y que, en consecuencia, no depende de ninguna atribución estatutaria. Es, pues, el ente interno, Estado o Comunidad Autónoma, competente en cada caso *ratione materiae*, el que debe proceder a ejecutar el Derecho comunitario —de la Unión—.

Si la idea central sobre la que gira la interpretación del bloque de la constitucionalidad a la

hora de determinar quién es competente para ejecutar el Derecho europeo es la de que la competencia corresponde al titular interno de la competencia material, esa idea hay que completarla con una segunda, tal y como también señaló el Tribunal Constitucional en su Sentencia 252/1988: el principio general de cooperación entre Estado y Comunidades Autónomas tiene una especial relevancia en el terreno de la ejecución de obligaciones comunitarias europeas: «Tanto de la interpretación sistemática de la Constitución como de la supremacía de esta sobre los Estatutos se deriva la necesidad de colaboración entre la Administración central y las Administraciones autonómicas, colaboración que puede exigir en muchos casos, en relación, sobre todo, con nuestra incorporación a la CEE, formas de articulación... que solo una interpretación inadecuada de los preceptos constitucionales y estatutarios puede obstaculizar».

Y, en efecto, razones jurídicas (entrecruzamiento de títulos competenciales estatales y autonómicos) y razones prácticas (complejidad de las tareas a desarrollar) imponen que la ejecución del Derecho europeo no pueda verse como una obligación constitucional perfectamente delimitada y delimitable, y, en consecuencia, a cumplir de manera aislada. Este es, pues, uno de los terrenos en los que el imperativo general de cooperación entre poderes centrales y Comunidades Autónomas resulta más evidente, aunque, precisamente por su dificultad, plantea una gran complejidad. **La articulación entre Estado y Comunidades Autónomas en materia europea debe asentarse en el principio de cooperación** mediante instrumentos que permiten a las Comunidades Autónomas tanto participar en la formación de la voluntad estatal como coordinarse con el Estado de cara a una correcta ejecución de las obligaciones derivadas de la pertenencia a la Unión Europea. Es, no obstante, en este segundo terreno de la «fase descendente» donde existe una práctica más rica. Baste este apunte destacando la importancia de los mecanismos de cooperación entre Estado y Comunidades

Autónomas, cuya exposición excedería del objeto de estas páginas (PÉREZ TREMPs y otros, 1998; ROIG, 1997). No obstante, conviene indicar que la colaboración se desarrolla fundamentalmente a través de mecanismos interadministrativos y también, aunque con menor intensidad, en el ámbito parlamentario del Senado, a través de un órgano específico de participación parlamentaria interna como es la Comisión General de las Comunidades Autónomas [art. 56, aps. p) y r) del Reglamento del Senado], y aunque no tenga una conexión directa con las Comunidades Autónomas por su composición, también hay que destacar el trabajo de la Comisión Mixta para la Unión Europea, y que alcanza tanto a la llamada fase ascendente de formación de la voluntad estatal como a la descendente, de ejecución de las obligaciones impuestas por el Derecho comunitario, y que se desenvuelve tanto en el terreno multilateral a través de un acuerdo general entre el Estado y todas las Comunidades Autónomas, que se desarrolla materialmente en las Conferencias Sectoriales, como en el bilateral, mediante acuerdos específicos entre el Estado y una Comunidad Autónoma (Cataluña, País Vasco y Canarias).

Ahora bien, el que las actuaciones autonómicas en materia europea posean su fundamento en los correspondientes títulos competenciales materiales y el que se haya relativizado el contenido de los títulos externos en el terreno de la ejecución del Derecho europeo no significa que estos últimos títulos, en particular el de las relaciones internacionales, no sigan teniendo incidencia en la actuación de las Comunidades Autónomas. Dicha incidencia deriva, sobre todo, de la existencia de un elemento unitario en la política europea, integrante de la política exterior, cuya definición y defensa debe garantizarse. Ello supone que deban existir resortes suficientes que permitan a los titulares estatales de la política exterior llevar a cabo su definición y defensa.

Uno de los campos en los que se proyecta el título relaciones internacionales sobre las actuaciones autonómicas relativas a la integra-

ción europea es el del control por los poderes centrales de dichas actuaciones. No hay que olvidar que el TJUE, de forma reiterada, ha sentado que, con independencia de la distribución interna de competencias de cada Estado amparada por el principio de autonomía institucional, la responsabilidad es unitaria, del Estado como tal, sin que ese reparto pueda justificar incumplimientos de obligaciones europeas. Es más, en relación con **la responsabilidad de Estados descentralizados**, el Tribunal ha señalado la necesidad de que exista una coordinación adecuada de todas las Administraciones e incluso una vigilancia que aseguren el cumplimiento de las obligaciones europeas. Buena parte de la jurisprudencia constitucional recaída hasta ahora en materia comunitaria tiene uno de sus pilares básicos en dotar a los poderes centrales de los instrumentos suficientes para garantizar la responsabilidad internacional española, responsabilidad que ella sí claramente se incardina en el art. 149.1.3.^a de la CE. La propia Norma Fundamental deja puesto de manifiesto el tema de la responsabilidad contraída como consecuencia de la integración supranacional al referirse en el art. 93 *in fine* a la garantía de la ejecución como tarea del Gobierno y de las Cortes Generales. El problema reside en determinar cuáles son los controles con los que el Estado cuenta para garantizar el cumplimiento de obligaciones europeas por parte de las Comunidades Autónomas.

Esa garantía, igual que no justifica la modificación del reparto competencial, tampoco justifica el establecimiento de controles especiales sobre los entes territoriales. El control de estos debe desarrollarse, pues, por los sistemas ordinarios. Ahora bien, lo que también parece claro es que el art. 149.1.3.^a, y en particular la obligación de garantizar el cumplimiento de obligaciones generadas frente al exterior, sí pueden justificar el establecimiento de fórmulas adicionales no tanto de control como de articulación entre poderes centrales y autonómicos. Entre esas fórmulas puede destacarse la fijación de obligaciones

de información y de técnicas de vigilancia, entendida esta en sentido estricto. En consecuencia, los controles deben ser los ordinarios previstos en la Constitución, básicamente, los jurisdiccionales, el contable ejercido por el Tribunal de Cuentas y el extraordinario del art. 155 de la Constitución, de contenido más político y para situaciones de crisis constitucional.

En todo caso, debe ser el correcto funcionamiento del sistema de relaciones de cooperación y colaboración política y técnica, previamente descrito, la auténtica clave para evitar incumplimientos. Varios datos ponen de manifiesto que, además, en buena medida así está siendo. Por una parte, los conflictos planteados ante el Tribunal Constitucional entre Estado y Comunidades Autónomas en los que están presentes el elemento «europeo», una vez sentada la jurisprudencia inicial sobre el reparto competencial en la STC 252/1988 reiteradamente citada, no se centran propiamente en discutir sobre las obligaciones recíprocas, sino sobre el alcance de los títulos materiales; las únicas excepciones han sido la relativa a la discrepancia sobre la circunscripción electoral de los comicios al Parlamento Europeo (STC 28/1991) y el conflicto sobre la naturaleza jurídica (ni siquiera sobre su existencia) de las oficinas de enlace (STC 165/1994). Y ambos conflictos se suscitaron en un terreno ajeno al cumplimiento de obligaciones europeas y, por tanto, fueron ajenos a la responsabilidad externa del Estado, teniendo, pues, alcance básicamente interno.

Pero en este campo del control, siguen existiendo algunas dudas teóricas, a las más significativas de las cuales conviene hacer alguna referencia. La primera es la relativa a **en qué medida caben constitucionalmente actuaciones «supletorias» del Estado en materias de titularidad autonómica justificadas en la necesidad de evitar incumplimientos de las obligaciones contraídas en el ámbito europeo**. Aunque la cuestión ya se había suscitado en términos teóricos,

adquirió una nueva dimensión cuando la STC 79/1992, como *obiter dictum*, se refirió a la posibilidad de que la existencia de compromisos europeos justificara la actuación normativa del Estado a título supletorio, *ex art.* 149.3 de la Constitución, en previsión de incumplimientos, posibilidad que parece que debería sustentarse en que la responsabilidad internacional, ínsita en la competencia exclusiva «relaciones internacionales» del art. 149.1.3 de la Constitución.

Una segunda cuestión planteada, también en términos teóricos, aunque ha pasado al ámbito legislativo, es la de **en qué medida los daños económicos que pueda acarrear el incumplimiento de obligaciones comunitarias pueden ser objeto de exigencia a las Comunidades Autónomas cuando sean estas las causantes** de dicho incumplimiento. Este tema fue objeto de referencia como *obiter dictum* en la ya citada STC 79/1992, que se refiere a la posibilidad de «repercutir *ad intra*, sobre las Administraciones públicas autonómicas competentes, la responsabilidad que en cada caso proceda». A falta de previsión específica, esta cuestión debe plantearse de acuerdo con las reglas y procedimientos generales de exigencia de responsabilidad, no debiendo olvidarse que siempre ha de tenerse presente la existencia de las obligaciones de vigilancia por parte del poder central. Existen previsiones legales al respecto, aunque limitadas materialmente. Por ejemplo, ya la Ley 55/1999, de medidas

fiscales, administrativas y del orden social para el año 2000, estableció el reparto de responsabilidades en relación con la gestión y control de ayudas financiadas con cargo a fondos comunitarios (ORDÓÑEZ SOLÍS, 2001), principio llevado luego al art. 7 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones; por otra, en el terreno de estabilidad presupuestaria, el art. 11 de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria y el art. 4 de la Ley Orgánica 5/2001, de 13 de diciembre, complementaria de la anterior, se refieren a la «responsabilidad financiera derivada del incumplimiento de los compromisos adquiridos por España ante la Unión Europea» en la materia, previendo que dicha responsabilidad será exigible a las Comunidades Autónomas en la medida en que el incumplimiento sea imputable a ellas.

En todo caso, e insistiendo en la idea ya señalada, parece claro que difícilmente la correcta ejecución de las obligaciones comunitarias puede hacerse depender de un esquema más o menos formal de reparto de competencias y de un sistema rígido de controles; solo la cooperación entre instancias europeas, centrales y territoriales puede asegurar un cumplimiento satisfactorio de dichas competencias. No obstante, recientemente el Tribunal Constitucional se ha ocupado del alcance del carácter de garante del cumplimiento de las obligaciones del Estado y, en concreto, del Gobierno (STC 15/2018).

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO GARCÍA, R., *El juez español y el Derecho Comunitario*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.
- BUSTOS GISBERT, R., *La Constitución red. Un estudio sobre supraestatalidad y Constitución*, IVAP, Oñati, 2005.
- CARTABIA, M., DE WITTE, B. y PÉREZ TREMP, P., *Constitución Europea y Constituciones nacionales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.

CLAES, M., «Constitucionalizando Europa desde su fuente. Las «cláusulas europeas» en las Constituciones nacionales: evolución y tipología», en CARTABIA, M., DE WITTE, B. y PÉREZ TREMP, P., *Constitución Europea y Constituciones nacionales*, 2005, págs. 123 y ss.

CRUZ VILLALÓN, P., «La Constitución del Estado miembro: un intento de recapitulación», en GORDILLO PÉREZ, L. (Coord.), *Constitución española e integración europea. Tendencias del Derecho Constitucional de la integración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 19-29.

DONAIRE VILLA, J., «El Tratado de Ámsterdam y la Constitución», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 54, 1998, págs. 119 y ss.

DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, J. y PERNICE, I., «General Report. European Union Law and National Constitutions», *FIDE, European Union Law and National Constitutions*, 2002.

FERRERES COMELLA, V., «Integración europea y crisis del modelo centralizado de justicia constitucional», *Revista Vasca de Administración Pública* núm. 65 (II), 2003, págs. 73 y ss.

GARCÍA GUERRERO, J. L., «La desconstitucionalización de la Constitución Económica española», en GORDILLO PÉREZ, L. (Coord.), *Constitución española e integración europea. Tendencias del Derecho Constitucional de la integración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018 págs. 261-309.

GORDILLO PÉREZ, L. (Coord.), *Constitución española e integración europea. Tendencias del Derecho Constitucional de la integración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

LÓPEZ CASTILLO, A., *Constitución e integración*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2004.

— «La Constitución y el proceso de integración europea», en CLOSA, C. (Dir.), *La europeización del sistema político español*, Istmo, Madrid, 1996, págs. 128 y ss.

MANGAS, A., «El procedimiento constitucional para la eventual adhesión de España al Tratado del Atlántico Norte», *REI*, 1981-1, págs. 81-106.

MORENO MOLINA, A. M., *La ejecución administrativa del Derecho Comunitario*, Universidad Carlos III-Marcial Pons, Madrid, 1998.

ORDÓÑEZ SOLÍS, D., «Comunidades Autónomas, financiación europea y responsabilidad por incumplimiento del Derecho comunitario europeo», *Revista Vasca de Administración Pública* núm. 59, 2001, págs. 155 y ss.

PÉREZ TREMP, P., *Constitución española y Comunidad Europea*, Civitas, Madrid, 1994.

— «Constitución Española y Unión Europea», *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 71, 2004, págs. 103-121.

— *Las reformas de la Constitución hechas y por hacer*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

PÉREZ TREMP, P., CABELLOS, M. A. y ROIG, E., *La participación europea y la acción exterior de las Comunidades Autónomas*, Marcial Pons-IEA, Madrid-Barcelona, 1998.

PÉREZ TREMP, P. y SAIZ ARNÁIZ, A., «Spain's Ratification of the Treaty Establishing a Constitution for Europe: Prior Constitutional Review, Referendum and Parliamentary Approval», en ALBI, A. y ZILLER, J. (Eds.), *The European Constitution and National Constitutions: Ratification and Beyond*, Kluwer Law International, Nueva York, 2006 págs. 45-55.

ROIG, E., «La Ley 2/1997 y la posición de la Conferencia para Asuntos relacionados con las Comunidades Europeas», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 2, 1997.

RUIZ-JARABO, D., *El juez nacional como juez comunitario*, Civitas, Madrid, 1993.

ZILLER, J. (Ed.), *L'eupéanisation des droits constitutionnels à la lumière de la Constitution pour l'Europe*, LHartmann, Paris, 2003.

- «La Constitución y la integración europea: una perspectiva comparada», en GORDILLO PÉREZ, L. (Coord.), *Constitución española e integración europea. Tendencias del Derecho Constitucional de la integración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

OTRAS ORGANIZACIONES O INSTITUCIONES INTERNACIONALES

Sumario: I. Introducción. II. El art. 93 y la nueva justicia penal internacional. 1. La ratificación del Estatuto de la Corte Penal Internacional (LO 6/2000). 2. Los Tribunales Penales Internacionales para Ruanda y la antigua Yugoslavia. III. Casos dudosos. 1. La adhesión a la OTAN. 2. La cesión de potestades jurisdiccionales.

MIGUEL ÁNGEL AMORES CONRADI
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

I. INTRODUCCIÓN

1. Que el art. 93 fue pensado primordialmente como mecanismo de integración de España en las Comunidades Europeas existentes en 1978, no ofrece duda alguna. Pero tampoco es dudoso que ni el tenor literal del precepto —que se refiere a la celebración de **tratados, no de un tratado, y de organismos internacionales o supranacionales**—, ni la voluntad del constituyente —pues la forma plural fue añadida por enmienda en el Senado, justamente para aclarar este extremo—, permiten limitar su aplicación a dicho ámbito (REMIRO BROTONS, 1998, 537; las diferentes fases en la elaboración del precepto en MANGAS MARTÍN, 1986, 22-24). Y es que, en efecto, aunque la práctica totalidad de los supuestos de aplicación del precepto hayan venido vinculados al ámbito institucional de la Comunidad y la Unión Europea (hasta llevar a la conclusión de que sólo respecto de ellas ha tenido aplicación, IZQUIERDO SANS, 2002, 8) hay al menos una excepción: la Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre (BOE núm. 239, de 5 de octubre), por la que se autorizó la ratificación por España del Estatuto de la Corte Penal Interna-

2. Y es que, en realidad, el art. 93 se refiere más bien a la adhesión de España a **Organizaciones internacionales de Integración, o supranacionales** (SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, 1991, 222) o, por lo menos, que, sin serlo, posea el poder de adoptar decisiones jurídicamente vinculantes de modo inmediato y directo para sus miembros, que a la Comunidad o Unión Europea como tales. Que entre ellas, a la fecha, apenas se cuente más que la propia Comunidad/Unión, no es obstáculo alguno para esta conclusión. En términos generales, tales Organizaciones se caracterizan, justamente, porque en ellas (SOBRINO HEREDIA, 2007, 52-53) se produce una verdadera transferencia de competencias soberanas, lo que se plasma en: (i) su ámbito de atribución, dentro del principio de especialidad, afecta a materias propias del Estado, y con carácter evolutivo, sea por reforma de los tratados, sea en virtud de la teoría de las competencias implícitas; (ii) las funciones a ejercer se extiende a los tres clásicos poderes estatales: legislativo, ejecutivo y judicial; (iii) están habilitadas para adoptar decisiones de carácter general obligatorias y directamente aplicables en cada Estado miembro; (iv) gozan de una real independencia orgánica; y (v) su muy amplia autonomía tanto en el orden jurídico como financiero.

Pero debe también apuntarse, inmediatamente, que tales características no son siempre y del todo predicables con absoluta nitidez. Baste mencionar el ámbito de cooperación intergubernamental que todavía subsiste en la propia UE, o el carácter fuertemente integrador, pero muy limitado materialmente —aunque en materia del todo esencial—, del sistema de Naciones Unidas en lo que se refiere a la actuación del Consejo de Seguridad respecto al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales (SOBRINO HEREDIA, 2007, 53). En realidad, más que de organizaciones internacionales de integración, de una parte, y de (mera) cooperación, de otra, sería más prudente hablar de organizaciones internacionales con aspectos o contenidos supranacionales o de integración, y otras del todo carentes de tales aspectos, quizás con la llamativa excepción de la integración europea. Mucho me temo que la rígida adscripción de las organizaciones internacionales a una u otra categoría no ha beneficiado en nada la correcta interpretación y aplicación del art. 93, que ha venido marcada por la sombra del gigante institucional comunitario.

3. Es materia esta, además, sobre la que **el silencio de nuestra jurisprudencia constitucional no puede ser más absoluto**. Si escasa es en cuanto al fenómeno de la integración europea, aunque del todo determinante, en lo que se refiere a la aplicabilidad del art. 93 a otros supuestos el TC no ha tenido oportunidad alguna hasta la fecha de pronunciarse en cuanto a extremo alguno, hasta el punto de ni siquiera mencionar la posibilidad de esa aplicación en los pronunciamientos destinados a aclarar el sentido del precepto (DDTC 1/1992, FJ 4.º, y 1/2004, FJ 2.º).

4. El mismo silencio, además y con carácter general (y como ya advirtiera GONZÁLEZ CAMPOS respecto al régimen anterior, 1977, 111-114), se extiende al régimen jurídico de recepción de los **actos normativos de las organizaciones internacionales**, cuya eficacia y aplicación en España, salvo en lo que se refiere al Derecho Comunitario, pareciera ser cuestión

ajena a la totalidad de nuestro ordenamiento y desde luego lo es a nuestro ordenamiento constitucional, como, por otra parte, es frecuente en el Derecho Comparado sin más excepciones que Holanda y Portugal (RODRIGO HERNÁNDEZ, 1997, 93-99).

5. Ante tales silencios, poco más podremos hacer en este comentario que referir la práctica seguida en la aplicación del art. 93 a organizaciones no vinculadas a la integración europea, tanto en lo evidente (la citada LO 6/2000), como en los casos dudosos, algo más numerosos. Para ello nos regiremos por un criterio interpretativo que nos atrevemos a considerar decisivo: que la ratificación del Tratado de que se trate **implique o no la producción de efectos directos e inmediatos en el orden interno de los actos jurídicos de la Organización** (REMIRO BROTONS, 1998, 537), de modo que si esos efectos directos e inmediatos se prefiguran en el Tratado, su ratificación exige autorización por Ley Orgánica en los términos del art. 93. Éste se debe aplicar, por tanto, en supuestos de incorporación a organizaciones internacionales «que pudieran tener sobre una materia que en la Constitución aparece como estatal una **capacidad de decisión directa**, en el sentido de que, **sin necesidad de mediación estatal, se imponga automáticamente la voluntad de tal Organización Internacional**», por decirlo en los términos del Dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado núm. 43.647, de 27 de agosto de 1981, sobre la adhesión de España al Tratado del Atlántico Norte.

II. EL ART. 93 CE Y LA NUEVA JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL

1. La ratificación del Estatuto de la Corte Penal Internacional (LO 6/2000)

6. Único caso hasta la fecha en que, fuera del ámbito de la integración europea, se ha hecho uso del art. 93 CE, la ratificación del

Estatuto de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el 17 de julio de 1998 (sucesivamente enmendado por *procés verbaux* de 10 de noviembre de 1998, 12 de julio de 1999, 30 de noviembre de 1999, 8 de mayo de 2000, 17 de enero de 2001 y 16 de enero de 2002; entró en vigor el 1 de julio de 2002: ¿qué texto autorizaron las Cortes a ratificar y cuál fue el efectivamente ratificado?) se produjo por España mediante Instrumento de 19 de octubre de 2000 (*BOE*, núm. 126, de 27 de mayo de 2002, donde se publica el texto), precedida de la autorización parlamentaria por Ley Orgánica 6/2000, ya citada (prototipo acabado de «Ley formal» o «acto-Ley», E. ALONSO GARCÍA, 1986, 355-356), lo que dio lugar a la sucesiva Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre (*BOE* núm. 296, de 11 de diciembre de 2003) de Cooperación con la Corte Penal Internacional.

7. El uso de la vía del art. 93 se justifica especialmente en el Dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado núm. 1374/1999, de 22 de julio. En particular, entendió el Alto Cuerpo consultivo que de los arts. 17 y 20 del Estatuto se deduce «la **transferecia a la Corte de potestades jurisdiccionales** que la Constitución reserva en exclusiva a los Juzgados y Tribunales integrantes del Poder Judicial (art. 117.3 CE)», de modo que sólo por la vía del art. 93 resultaba posible la ratificación de un Tratado de esta naturaleza. Y añade el Consejo que al tratarse de competencias judiciales, «resulta inherente a la transferencia de su ejercicio el admitir la existencia de instancias por encima de los órganos jurisdiccionales españoles que resultarán habilitadas para pronunciarse sobre hechos y materias en los que éstos, hasta el presente, tienen la potestad última de decir el Derecho».

8. El Dictamen, de indiscutible relevancia, trata **otras muchas cuestiones** que, ajenas en principio al art. 93 CE —más bien propias del art. 95— simplemente dejamos mencionadas: (i) La compatibilidad con el derecho a la efectividad de la tutela judicial (en su varian-

te de inaceptabilidad del *double jeopardy*, que sólo lejanamente tiene algo que ver con el principio *non bis in idem*; cfr. el propio Dictamen y QUEL LÓPEZ, 1994, 87), de la posibilidad de ser sometido a nuevo proceso ante la Corte pese a haberlo sido previamente ante instancias jurisdiccionales nacionales (en particular, art. 20.3 del Estatuto); (ii) La inoponibilidad ante la Corte de las inmunidades y normas de procedimiento especiales que atañen a Jefes de Estado y otros cargos públicos (art. 27 Estatuto), lo que se examina desde el punto de vista de los privilegios parlamentarios, el de fuero e imputación del Presidente y miembros del Gobierno (art. 102 CE) y, muy en particular, de la absoluta inviolabilidad de la persona del Rey (art. 56.3 CE); (iii) La posible imposición de penas —como la de reclusión a perpetuidad— incompatibles con la finalidad de reinserción constitucionalmente impuesta (por lo que, de conformidad con el art. 193.1.b del Estatuto, España declaró en el momento de su ratificación que «estará dispuesta a recibir a personas condenadas por la Corte Penal Internacional, a condición de que la duración de la pena impuesta no exceda del máximo más elevado previsto para cualquier delito con arreglo a la Legislación española»). Son, como se ve, extremos de la máxima relevancia que bien hubieran merecido —por lo menos a efectos de descartar claramente su contrariedad a reglas constitucionales— el uso del procedimiento de control previo del art. 95 CE, como abiertamente se sugiere en el Dictamen aunque no en su conclusión.

2. Los Tribunales Penales Internacionales para Ruanda y la antigua Yugoslavia

9. Ciertamente próximos en lo material, aunque muy distantes en su forma jurídica, los Tribunales Penales Internacionales específicos para los crímenes de guerra cometidos en la antigua Yugoslavia (para este caso, QUEL LÓPEZ, 1994, 73 y ss.) y Ruanda, fueron creados por sendas **Resoluciones del Consejo**

de Seguridad de Naciones Unidas núms. 827/1993 y 955/1994 (en ambos casos con fundamento en el capítulo VII de la Carta), respectivamente. Se trata, pues, de sendos actos normativos de una organización internacional, cuyo modo de eficacia en nuestro Derecho, fuera del Derecho Comunitario derivado —y en este caso en virtud del propio art. 93—, no encuentra fácil encaje en ninguna de las categorías constitucionales de nuestro ordenamiento, al menos como han venido aplicándose hasta la fecha. Y ello por cuanto, nos atrevemos a aventurar, si la adhesión de España a las Naciones Unidas se hubiera producido en tiempos constitucionales, muy probablemente hubiera requerido la autorización por Ley Orgánica del art. 93, por lo menos en lo que se refiere a las decisiones en materia de mantenimiento de la paz y seguridad internacionales del Consejo de Seguridad y en la medida en que éstas se imponen directa e inmediatamente a los Estados parte.

10. Pero esta afirmación contrasta abiertamente con el *iter* normativo seguido. De hecho, lo curioso de ambos casos es que —siguiendo la doctrina del Dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado núm. 984/1993, de 9 de septiembre, y consistente con algún precedente para casos similares, v. *infra*, 17— la asunción de dichas Resoluciones en nuestro ordenamiento interno ha seguido la vía de la **aplicación analógica del art. 96.1 CE** en cuanto a la exigencia de **publicación** oficial para que tales resoluciones pudieran desplegar eficacia directa, siguiendo así las tesis ya formuladas en tiempos preconstitucionales por GONZÁLEZ CAMPOS (1977, 114), y con posterioridad por SÁNCHEZ RODRÍGUEZ (1984, 70-75). Y, en efecto, sendas Resoluciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Asuntos Exteriores de 19 de octubre de 1993 (*BOE*, núm. 281, de 24 de noviembre) y 10 de mayo de 1995 (*BOE*, núm. 123, de 24 de mayo), también en ambos casos «previo Acuerdo del Consejo de Ministros», ordenaron la publicación de las referidas resoluciones del Consejo de Seguridad seguidas del Estatuto de ambos Tribunales (¿la

Secretaría General Técnica de Exteriores es la que ordena la publicación de un Acuerdo del Consejo de Ministros?), lo que en el primer caso se anuncia hacer «a efectos de su incorporación al ordenamiento jurídico español», matiz éste que falta en el segundo de los casos.

11. Pero, como es de sobras conocido, no acabó aquí la historia normativa de ambos Tribunales en nuestro Derecho. Con apoyo en el citado Dictamen 984/1993, y en sus precedentes doctrinales también citados, y haciendo referencia a la distinción entre normas internacionales —aquí no Tratados— *self* y *nonself-executing*, sendas **Leyes Orgánicas 15/1994, de 1 de junio, y 4/1998, de 1 de julio** (*BOE*, núms. 131, de 2 de junio de 1994, y 157, de 2 de julio de 1998, respectivamente) de cooperación con los respectivos Tribunales, se preocuparon de establecer las normas internas necesarias para la completa implementación de las Resoluciones del Consejo de Seguridad, marcando así la senda que luego siguiera la citada LO 18/2003 para la CPI, y en particular para avalar la detención y entrega no extraditoria previstas en los Estatutos de ambos Tribunales. Pero, más que paradójica, la existencia de estas dos Leyes Orgánicas es prueba evidente de que algo no encaja: ¿dos Leyes Orgánicas, nada menos, para cooperar en el cumplimiento de obligaciones que se pretenden válidas y/o eficaces en nuestro Derecho porque el Secretario General Técnico de Exteriores resuelve publicar un Acuerdo del Consejo de Ministros?

12. Como fácilmente se advierte, nada de esto lo traemos aquí a colación por mera curiosidad. Antes bien, la alambicada historia jurídica de estos dos Tribunales internacionales nos permitirá avanzar una conclusión que se impone con cierta naturalidad: el art. 93, poco menos que aplastado por el gigante institucional comunitario, a duras penas es tenido en cuenta fuera de ese marco irreductible. Pues, en efecto, que una resolución de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Exteriores —respetabilísima institución— sea

modo idóneo de incorporación a nuestro Derecho de Resoluciones del Consejo de Seguridad en el marco del Capítulo VII de la Carta —bajo cuya autoridad España podría, v. gr., resultar forzada a entrar en guerra— parece más broma que veras. A mi juicio, con bien pocos títulos para hacerlo, la publicación en el *BOE* de las resoluciones vinculantes del Consejo de Seguridad no añade ni un ápice a su eficacia para España, tanto desde el punto de vista del Derecho Internacional, lo que es del todo obvio, como del interno: la publicidad de las normas jurídicas que exige el art. 9.3 CE como garantía de seguridad y certeza, y la que el art. 96 impone con carácter oficial en España a los tratados internacionales para que formen parte del ordenamiento interno, tienen poco que ver entre sí. **La clave de validez de las Resoluciones del Consejo de Seguridad y de su aplicación y eficacia está en la Carta de las Naciones Unidas**, ratificada por España varias décadas antes de la Constitución. Su publicación no tiene por qué ser la misma de una Ley española, en el *BOE*, exactamente igual que la del Derecho Comunitario derivado no es otra hoy que la del *DOUE*. Las Resoluciones del Consejo de Seguridad, por ende, son cualquier cosa menos secretas, y además se publican oficialmente en lengua española, de modo que la pretensión de que trayéndolas al *BOE* muta en algo su validez, aplicación o eficacia es cosa más bien absurda. Tanto como pretender que las muy sensatas consideraciones de GONZÁLEZ CAMPOS en 1977 y en interpretación del art. 1.5 del Código civil, deban ser la pauta de interpretación de preceptos constitucionales como el aquí considerado (el *status quaestionis*, con múltiples referencias bibliográficas, en RODRIGO HERNÁNDEZ, 1997, 170-191, aunque nunca específicamente sobre resoluciones como las que ahora examinamos).

13. En resumidas cuentas, y a diferencia de lo sostenido por el Consejo de Estado y buena parte de la doctrina —bien es verdad que no sobre tales resoluciones, salvo QUEL LÓPEZ, 1994, 78-82—, la publicación de tales resoluciones fue, a mi juicio, inútil. Su validez, vi-

gencia y aplicación nace de la Carta de Naciones Unidas y de su ratificación por España, hecha en tiempos dictatoriales; de haberse producido vigente nuestra Constitución, hubiera requerido la Ley Orgánica de autorización del art. 93, **y de esta Ley Orgánica habría nacido**, en definitiva, **su legitimidad constitucional**, del todo independiente de su publicación —la de las Resoluciones— en el *BOE* y exactamente igual que ocurre con el Derecho Comunitario derivado. Sinceramente creo que si esta conclusión no es general, se debe simplemente a que el art. 93 acostumbra a examinarse exclusivamente desde el presupuesto de su aplicación a los Tratados comunitarios. Como veremos, esta conclusión se refuerza con nuevos ejemplos.

III. CASOS DUDOSOS

1. La adhesión a la OTAN

14. En nuestra ya considerable experiencia constitucional, el primer caso en el que se sostuvo —con fuerte polémica pública— la necesidad de aplicar el art. 93 a un supuesto extracomunitario, vino dada por la adhesión de España al **Tratado del Atlántico Norte**. De hecho, el entonces minoritario Grupo Parlamentario Socialista llegó a formular una «Proposición no de Ley» instando el requerimiento al TC para que se pronunciara sobre la posible contradicción con la Constitución de las estipulaciones del Tratado (en el sentido del art. 95; *BOCG*, Congreso de los Diputados, I Legislatura, Serie C, núm. 745-I). No obstante, la cuestión pareció quedar resuelta tras que el Dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado núm. 43.647, de 27 de agosto de 1981, ya citado, estimara que la adhesión al Tratado del Atlántico Norte «no conlleva en modo alguno la cesión del ejercicio de [...] competencias a una Organización Internacional», desde el momento en que «la estructura institucional prevista en el Tratado para la adopción de decisiones en el marco de la Alianza [...] responde a un esquema paritario en el que nada se acuerda sin la *unanimiti-*

dad (énfasis en el original) de los Estados miembros». Así se predicó incluso del art. 5, que prevé para el caso de ataque armado a cualquiera de las partes la obligación de prestarle asistencia, con expresa invocación del art. 51 de la Carta de Naciones Unidas, por cuanto «se deja al arbitrio de cada parte la adopción de las medidas concretas en que se manifiesta dicha asistencia». A esa misma conclusión, y por este argumento esencial, había llegado ya la más bien escasa doctrina al efecto (MANGAS MARTÍN, 1981, 104-106, que parece haber sido seguida muy de cerca por el Dictamen), de modo que, en términos jurídicos, la polémica no tuvo mucho más vuelo.

15. O no lo tuvo, por lo menos hasta el **11 de septiembre de 2001**, pues a consecuencia del brutal atentado terrorista de esa fecha el Secretario General de la OTAN hizo pública el 2 de octubre que consideraba el atentado como «una acción cubierta por el art. 5 del Tratado de Washington». Pero esto fue todo, en realidad, desde el punto de vista de la OTAN, pues aunque el siguiente día 4 el Consejo del Atlántico Norte hizo pública su decisión de aplicar dicho precepto, lo cierto es que los EEUU orientaron posteriormente lo decisivo de su acción sin contar para nada con la estructura de la Alianza. Eso sí, queda la duda de qué hubiera ocurrido de haber preferido actuar de otra manera, pues como también reconoció MANGAS MARTÍN (1983, 54), refiriéndose al art. 5, «(l)a integración en la estructura militar de la OTAN hace inviable en la práctica este esquema formal de obligaciones porque *los acontecimientos desbordan el marco jurídico del art. 5*, en el que el Estado Parte tiene garantías de que es dueño de su decisión y de que esta se expresará (...) en el respeto de sus normas constitucionales» (vid. el completo análisis de FERNÁNDEZ TOMÁS, 2001, 205-226, en particular 211-213). En definitiva, ¿hubiera sido aplicado el art. 93 de haber dispuesto el Gobierno de entonces de una cómoda mayoría absoluta en el Congreso de los Diputados? Dado que en los términos del art. 5 TAN es indiscutible la existencia de una auténtica obligación automática e incondicio-

nal de asistir individualmente a la Parte atacada, ¿basta la libertad de elección de los medios para concluir que no es precisa la autorización parlamentaria en los términos del art. 93 CE? En la afirmativa, como parece probable, ¿no sería más prudente pensar, con el Tribunal Constitucional Federal alemán (Sentencia de 12 de julio de 1994, *Bund-VerfGE*, vol. 90, 286 y ss.), que decisiones tales como el empleo de Fuerzas Armadas en el extranjero merecen seguir trámite parlamentario similar al de «transferir derechos de soberanía a instituciones internacionales» del art. 24 de la Ley Fundamental? (recuérdese que en la LF esta transferencia es formalmente distinta a la integración europea, regulada en el art. 23; ROCA, 1999, 110-111).

2. La cesión de potestades jurisdiccionales

16. En muy otro orden de cosas, y enlazando ahora con las consideraciones hechas en el apartado anterior, no deja de sorprender que, habiéndose fundado la exigencia de acudir a la Ley Orgánica de autorización del art. 93 en el supuesto de la Corte Penal Internacional en la **cesión a ésta del ejercicio de potestades jurisdiccionales** constitucionalmente atribuidas al Poder Judicial (español) en el art. 117 CE (Dictamen del Consejo de Estado núm. 1374/1999, ya citado), esa misma conclusión no se haya extendido a otros instrumentos internacionales en los que esa misma cesión resulta tan indiscutible como entonces.

17. Tal es, por lo menos, el caso de la **Declaración unilateral española en aceptación de la jurisdicción obligatoria del Tribunal Internacional de Justicia** depositada por España en la sede de las Naciones Unidas el 29 de octubre de 1990, y publicada en el *BOE* núm. 275, de 16 de noviembre de 1990, «para conocimiento general», según el texto que aparece firmado el 5 de noviembre anterior por el Secretario General Técnico de Exteriores. Si más bien extraordinaria es la his-

toría normativa de los Tribunales Penales para Yugoslavia y Ruanda, la de esta *Declaración* supera lo imaginable: en el texto en el *BOE* aparecen, nada menos, la *Carta de las Naciones Unidas* y el *Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia*, ¿porque a partir de esta publicación «formarán parte del ordenamiento interno» en los términos del art. 96 CE?». Tan descabellada idea —que llevaría a la conclusión de que la Carta de Naciones Unidas o el Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia mutaron en algo su naturaleza desde el punto de vista del ordenamiento español por esta publicación— se sustenta en la misma anormalidad de que antes hablamos a propósito de los citados Tribunales Penales. Personalmente, no me cabe la más mínima duda de que tan modesta Declaración supuso la cesión al Tribunal Internacional de Justicia —que desde luego es institución internacional y cuyas decisiones son obligatorias para las partes e inapelables (arts. 59 y 60 de su Estatuto)— del «ejercicio de competencias derivadas de la Constitución», en concreto las atribuidas a «los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes» e integrantes del Poder Judicial al que se refiere el art. 117 CE, y puesto que esa atribución competencial se produjo ya en vigor la Constitución Española, la vía utilizada debió ser la prevista en el art. 93. En lo demás, ténganse por reproducidas las consideraciones hechas anteriormente a propósito de los Tribunales para Yugoslavia y Ruanda.

18. E idéntica conclusión es predicable, por lo menos, para la aceptación por España de la **jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la mucho más reciente y específica del Tribunal Internacional del Derecho del Mar**. Víctima, una vez más, de la apriorística distinción ente organizaciones internacionales de integración, la UE, y las de mera cooperación, todas las demás, la ratificación por España del Convenio Europeo de Derechos Humanos se produjo mediante Instrumento de fecha 26 de septiembre de 1979, y depositado el siguiente 4 de octubre —fecha de su entrada en vigor para España— ya vigen-

te nuestra Constitución (*BOE*, núm. 243, de 10 de octubre, en el que, cómo no, se publica el texto del Convenio, sin duda —una vez más— a efectos del art. 96 CE). Los sucesivos Protocolos, el último en vigor el XI, han sido ratificados de idéntico modo, siguiendo la invariable doctrina del Consejo de Estado (últimamente, Dictámenes 2238/1995 y 2939/04, éste sobre el Protocolo XIV, aún no en vigor). En el Instrumento de ratificación se nos advierte, también, de la previa autorización de las Cortes Generales en los términos del art. 94 CE, y por supuesto se silencia absolutamente el art. 93. Y otro tanto ha ocurrido con el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, previsto por la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982, donde con fecha 3 de julio de 2003 y siempre bajo la firma del Secretario General Técnico del Ministerio de Exteriores se hace pública «para conocimiento general» la nueva Declaración formulada por España, y se nos dice que surtirá efecto a partir del siguiente día 19, fecha de su depósito en la sede de Naciones Unidas, conforme a la cual España modifica su anterior Declaración en el sentido de que «elige el Tribunal Internacional del Derecho del Mar y la Corte Internacional de Justicia como medios para la solución de las controversias relativas a la interpretación o a la aplicación de la Convención» (*BOE* núm. 170, de 17 de julio de 2003). Por exiguo que sea el ámbito material de la jurisdicción obligatoria del Tribunal Internacional del Derecho del Mar, y altamente escasas las posibilidades de que España se vea involucrada en un litigio de esa naturaleza ante él, dado el escaso número de países que han aceptado dicha jurisdicción (sobre todo ello, GARCÍA GARCÍA-REVILLA, 2006, 302-306), lo cierto es que, una vez más, se cede a una nueva institución internacional el ejercicio de la potestad jurisdiccional, por limitadas que sean las materias sobre las que se vierte esa cesión. Así las cosas, que ni siquiera se planteara la posibilidad de tener que utilizar el procedimiento de ratificación del art. 93 tiene más que ver, a mi juicio, con el generalizado olvido de este precepto fuera del ámbito institucional comunitario que con su propio carácter.

19. No sorprenderá así que, a total diferencia de lo que ocurre con las Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, **las Sentencias condenatorias para España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos carezcan de eficacia directa e inmediata**, como es sobradamente conocido y del todo irritante (los casos superan ya la treintena, desde la STC 245/1991 a las SSTC 197/2006 y 70/2007). Y es que, en efecto, de haberse producido la ratificación del Convenio y sus Protocolos anejos por la vía del art. 93, ¿cómo habría podido seguir nuestra jurisprudencia amparándose en la falta de un desarrollo legal adecuado para dejar de «acatar las Sentencias definitivas del Tribunal», como impone el art. 46.1 CEDH? Muy probablemente, la clave se encuentre justamente, en la falta de atribución al Tribunal Europeo de Derechos Humanos del ejercicio de la potestad jurisdiccional que sólo el empleo de la Ley Orgánica de autorización del art. 93 hubiera permitido. Así lo insinúa el Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho Europeo en el Ordenamiento español, de 14 de febrero de 2008: «El problema se plantea por cuanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es un órgano jurisdiccional internacional, no supranacional (el Convenio Europeo se ratificó por la vía del art. 94 de la Constitución y no por la del art. 93), lo que condiciona la eficacia de sus sentencias, que son obligatorias para los Estados miembros (art. 46.1 del Convenio) pero no ejecutivas, de tal modo que el demandante que ha obtenido un pronunciamiento favorable no puede instar ante dicho Tribunal la ejecución forzosa de la sentencia, que es algo que compete a los Estados Parte a través de los proce-

dimientos previstos en sus ordenamientos internos». Pero, en realidad, a mi juicio, el problema es previo: preso de la irreductible distinción entre organizaciones internacionales de integración y las de mera cooperación (*Informe...*, cit., 266-267), el propio Consejo de Estado cae en la trampa de no apreciar los posibles elementos de indudable integración que pueden apreciarse en determinados ámbitos de organizaciones internacionales, como el Consejo de Europa, que en principio responden al segundo modelo. Así, la ratificación de los instrumentos normativos relativos a estos ámbitos *nunca* recaerá en el ámbito del art. 93, pues se niega sin más que pueda tratarse de organizaciones internacionales «de integración» y con ello queda todo dicho.

20. Es hora sobrada de concluir. Puede que el art. 93 haya sido vía propicia para la integración sin sobresaltos de nuestro país en las instituciones comunitarias y que continúe aún hoy siendo vía suficiente para ello, como no hace mucho estableció la DTC 1/2004 para un Tratado cuyo contenido institucional reformador es más que posible que tardemos mucho en ver de nuevo en un Tratado políticamente viable. Pero también creo claro que el **progresivo avance de contenidos de integración o supranacionales** en los odres de venerables organizaciones internacionales de cooperación, es también realidad que debemos tener en cuenta. Sobre ello hemos intentado, muy modestamente, llamar la atención en estas breves páginas. Si, como parece obvio y de todos compartido, el art. 93 no fue nunca pensado *sólo* como vía de integración en las instituciones europeas, hora es de tomarse más en serio su aplicabilidad a otros ámbitos.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO GARCÍA, E., «La incidencia en el ordenamiento constitucional español de la LO 10/1985, de 2 de agosto, de autorización para la adhesión de España a las Comunidades Europeas, como puesta en práctica del art. 93 CE», en E. GARCÍA DE ENTERRÍA, J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, S. MUÑOZ MACHADO (Dirs.), *Tratado de Derecho Comunitario Europeo (estudio sistemático desde el Derecho español)*, vol. I, Madrid, 1986, págs. 355-384.

FERNÁNDEZ TOMÁS, A., «El recurso al artículo V del Tratado de Washington tras los acontecimientos del 11 de septiembre: mucho ruido y pocas nueces», *REDI*, 2001, págs. 205-226.

GARCÍA GARCÍA-REVILLA, M., «España y la jurisdicción del Tribunal Internacional del Derecho del Mar: la declaración de 19 de julio de 2002», en *REDI*, 2006-1, págs. 290-308.

GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., «Artículo 1.5», en M. AMORÓS GUARDIOLA *et al.*, *Comentarios a las reformas del Código civil*, vol. I, Madrid, 1977, págs. 78-131.

GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I., SAENZ DE SANTA MARÍA, M. P., *Curso de Derecho Internacional Público*, Madrid, 6.^a ed., 1998.

IZQUIERDO SANS, C., «Intervención Parlamentaria en la celebración de Tratados Internacionales en España», *REEI*, 2002, 46 págs.

MANGAS MARTÍN, A., «El procedimiento constitucional para la eventual adhesión de España al Tratado del Atlántico Norte», *REI*, núm. 2-1, 1981, págs. 81-106.

- «Cuestiones Jurídicas relativas a la adhesión de España a la OTAN», en *Cursos de Derecho Internacional* de VITORIA-GASTEIZ 1983, Bilbao, 1984, págs. 21-67.
- *Constitución, Derecho Comunitario y Derecho Español*, Madrid, 2.^a ed., 1987.

QUEL LÓPEZ, F. J., «Los efectos de la creación del Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia en el orden interno español», *REDI*, 1994-I, págs. 61-97.

REMIRO BROTONS, A., *Derecho Internacional Público 2. Derecho de los Tratados*, Madrid, 1987.

- «Artículos 93 y 94», en Ó. ALZAGA VILLAAMIL (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, vol. VII, 1998, págs. 507-591.

ROCA, M. J., «El control parlamentario y constitucional del Poder Exterior. Estudio comparado del estado actual de la cuestión en el Derecho alemán y español», *REDC*, núm. 56, 1999, págs. 105-133.

RODRIGO HERNÁNDEZ, A. J., *Las resoluciones obligatorias de las OO. II. de cooperación. Su recepción en el Ordenamiento jurídico español*, Madrid, 1997.

RODRÍGUEZ CARRIÓN, A., «Regulación de la actividad internacional del Estado en la Constitución», *RDP*, núm. 15, 1982, págs. 95-118.

SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I., «El artículo 93 CE y el bloque de la constitucionalidad: algunos problemas», en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Prof. Eduardo García de Enterría*, vol. I, Madrid, 1991, págs. 218-250.

SOBRINO HEREDIA, M., «Las OO. II. Generalidades», en M. DÍEZ DE VELASCO, *Las Organizaciones Internacionales*, Madrid, 14.^a ed (1.^a reimp.), Madrid, 1987, págs. 37-53.

ACTUALIZACIÓN DEL ARTÍCULO 93

ENRIQUE ARNALDO ALCUBILLA

LETRADO DE LAS CORTES GENERALES
CATEDRÁTICO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS

En relación con la Corte Penal Internacional, debe dejarse constancia de la autorización por la Ley Orgánica 5/2014, de 17 de septiembre, de la ratificación de enmiendas al Estatuto de la Corte Penal Internacional, relativas a los crímenes de guerra y al crimen de agresión, hechas en Kampala el 10 y 11 de junio de 2010 (*BOE* núm. 227).

En cuanto a la jurisprudencia constitucional sobre el precepto, deben referirse las siguientes sentencias del Tribunal Constitucional dictadas con posterioridad al cierre de la edición anterior:

— STC 198/2013, de 5 de diciembre, dictada en conflicto positivo de competencias planteado por la celebración del acuerdo en materia de pesca ante el Consejo de Gobierno del País Vasco y la República de Mauritania, que es estimado, declarando la nulidad de la competencia del Estado. No obstante, en relación con la vulneración del art. 93 CE, que atribuye competencia al Gobierno o a las Cortes —según el caso—, no puede considerarse que, en sí mismos, puedan determinar una vulneración autónoma de aquel precepto, pues son las consecuencias de haberse vulnerado las competencias que el art. 149.1.3.^a CE atribuye al Estado para celebrar tratados internacionales.

— STC 215/2014, de 18 de diciembre, dictada en relación con el recurso de inconstitucionalidad frente a la Ley Orgánica 2/2012, de Esta-

bilidad Presupuestaria, en la que se afirma que el Estado es competente para regular la materia relativa a la estabilidad presupuestaria *ex* art. 149.1.11.^a, 13.^a 14.^a y 18.^a, salvo en aquellos aspectos cuyo conocimiento le ha sido atribuido a las instituciones de la Unión Europea con el fundamento del art. 93 CE.

— STC 228/2016, de 22 de diciembre, dictada en el recurso de inconstitucionalidad frente a la Ley catalana 16/2014, de acción exterior de relaciones con la UE, que es estimado parcialmente, y en la que se recuerda (FJ 2) la doctrina constitucional sobre la competencia del Estado en materia de relaciones internacionales (SSTC 137/1989, de 20 de julio, 165/1994, de 26 de mayo, 31/2010, de 28 de junio, 198/2013, de 5 de diciembre, 46/2015, de 5 de marzo, entre otras) y asimismo que los arts. 93 a 96, aunque no constituyen a título atributivo de competencias, «contribuyen a perfilar el título competencial que contiene el art. 149.1.3.^a».

Mención especial merece el ATC del Pleno de 23 de junio de 2009 en relación a la cuestión de inconstitucionalidad sobre el Acuerdo de Enseñanza y Autos Culturales de 1979, suscrito entre el Estado Español y la Santa Sede, que es inadmitida, en el que se confirma la tesis de que no se impone la aplicación del art. 93, aunque contuviera alguna medida de cesión de competencias, pues también en los tratados autorizados por las Cortes Generales al amparo del art. 94 podría haber tal cesión.

La garantía en tal caso no es la aprobación por una ley orgánica, sino la aceptación de una obligación de desarrollo normativo por

parte del Estado; es decir, aunque se limita el ejercicio directo de competencias, no se produce la cesión prevista en el art. 93 C.

BIBLIOGRAFÍA

BELTRÁN MONTOLIU, A.; CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.; GARROCHO SALCEDO, A.; GIL GIL, A.; LIÑÁN LAFUENTE, A.; MACULAN, E. y OLLÉ SESÉ, M., *Derecho Penal Internacional*, Dykinson, Madrid, 2016.

OLLÉ SESÉ, M., *Justicia universal para crímenes internacionales*, La Ley, Madrid, 2008.

Artículo 94

1. La prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratados o convenios requerirá la previa autorización de las Cortes Generales, en los siguientes casos:

- a) Tratados de carácter político.*
 - b) Tratados o convenios de carácter militar.*
 - c) Tratados o convenios que afecten a la integridad territorial del Estado o a los derechos y deberes fundamentales establecidos en el Título I.*
 - d) Tratados o convenios que impliquen obligaciones financieras para la Hacienda Pública.*
 - e) Tratados o convenios que supongan modificación o derogación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución.*
- 2. El Congreso y el Senado serán inmediatamente informados de la conclusión de los restantes tratados o convenios.*

Sumario: I. La celebración de tratados como competencia del Gobierno. II. El papel de las Cortes Generales en relación con los tratados del art. 94.1 CE. 1. La exigencia de autorización previa y sus consecuencias. 2. Naturaleza del acto de autorización. 3. El art. 94.1 somete el acto de autorización a una reserva orgánica y de procedimiento. 4. La aplicación provisional de tratados sometidos a la autorización de las Cortes. III. Alcance del art. 94.1. 1. Actos sometidos a autorización. A) Todo tratado. B) Acuerdos internacionales no sometidos al art. 94.1. C) Actos de naturaleza convencional emanados de organizaciones internacionales; desarrollo de tratados. D) Enmiendas. E) Reservas y declaraciones. 2. Categorías de tratados que exigen autorización previa de las Cortes ex art. 94.1. 3. ¿A quién corresponde determinar cuándo estamos ante un tratado y si requiere autorización de Cortes? IV. La obligación del Gobierno de informar a las Cortes sobre la conclusión de otros tratados: el art. 94.2 CE.

JAVIER DíEZ-HOCHLEITNER

CATEDRÁTICO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

I. LA CELEBRACIÓN DE TRATADOS COMO COMPETENCIA DEL GOBIERNO

La Constitución atribuye al Gobierno la competencia para la celebración de tratados in-

ternacionales por España. Así se desprende de la lectura combinada del art. 97 («El Gobierno dirige la política interior y exterior...») y de los arts. 93 y 94, que, no obstante, reservan un papel relevante a las Cortes Generales: el de autorizar o no la manifiesta-

ción por el Gobierno del consentimiento de España en obligarse por determinadas categorías de tratados.

La Ley 25/2014, de Tratados y otros acuerdos internacionales («Ley de Tratados»), dispone, por su parte, que corresponde al Consejo de Ministros autorizar o aprobar, según los casos, la autenticación de los tratados internacionales (mediante rúbrica, firma, canje de instrumentos o firma de referéndum), autorizar su aplicación provisional y acordar la manifestación del consentimiento en obligarse por ellos, así como la remisión previa a las Cortes Generales cuando así lo exijan los arts. 93 y 94 CE (arts. 14 a 17; *vid.* asimismo art. 5.1 de la Ley 50/1997, del Gobierno).

Ahora bien, junto a su intervención con arreglo a los arts. 93 y 94 CE, las Cortes pueden proyectar su función de control de la acción del Gobierno (art. 66.2 CE) en las distintas fases del proceso de celebración de un tratado, acudiendo para ello a distintos instrumentos parlamentarios (resoluciones, proposiciones no de ley, mociones, etc.). Estos instrumentos permiten instar al Gobierno a la apertura de negociaciones conducentes a la celebración de un tratado o influir políticamente en el curso de una negociación.

Más allá del control de las Cortes sobre el Gobierno, el TC puede fiscalizar la conformidad del texto convencional con la CE, tanto mediante el mecanismo de control previo previsto en el art. 95.2 CE, como, una vez concluido el tratado, a través del recurso de inconstitucionalidad, de la cuestión de inconstitucionalidad e, incluso, del recurso de amparo (*vid.*, por ej., STC 187/1991 y ATC 114/1991). El control *a posteriori* por el TC de un tratado internacional también abarca, naturalmente, su constitucionalidad formal, esto es, la verificación de la exigencia de autorización previa de las Cortes *ex* arts. 93 y 94 CE.

No olvidemos por otra parte que la mayoría de los Estatutos de Autonomía reconocieron

el derecho de las CC. AA. a solicitar la celebración y a ser informadas de la negociación de determinados tratados, derecho de participación que las últimas reformas estatutarias ampliaron, previendo la posible participación autonómica en las delegaciones negociadoras (*vid.*, por ej., arts. 196 y 62 de los Estatutos de Cataluña y Valencia, respectivamente). La Ley de Tratados proclama hoy, con carácter general, el derecho de las todas las CC. AA. a solicitar al Gobierno la apertura de negociaciones, a recibir información sobre las negociaciones y a solicitar la participación en las delegaciones negociadoras de tratados que tengan por objeto «materias de su competencia o interés específico» o que afecten «de manera especial a su respectivo ámbito territorial», previendo asimismo la posibilidad de que remitan al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación las observaciones que estimen convenientes sobre la negociación de tales tratados; además, exige que el Gobierno motive la decisión que adopte en relación con cualquier solicitud de apertura de negociaciones o de participación en una delegación y sobre las observaciones que pueda remitir una Comunidad (arts. 49 a 51).

II. EL PAPEL DE LAS CORTES GENERALES EN RELACIÓN CON LOS TRATADOS DEL ART. 94.1 CE

1. La exigencia de autorización previa y sus consecuencias

La intervención de las Cortes Generales conforme a los arts. 94.1 y 93 CE se limita a autorizar al Gobierno o a denegarle la autorización para manifestar el consentimiento de España en obligarse por tratados, **configurándose la autorización previa como una condición para que estos puedan desplegar su eficacia en el orden interno.** En efecto, solo los tratados «válidamente celebrados» forman parte del ordenamiento español, una vez publicados oficialmente (art. 96.1 CE). Cosa distinta es que la conclusión de un tratado prescindiendo de la intervención par-

lamentaria (o denegada la autorización) pueda afectar a su validez, por cuanto el Derecho internacional admite como causa de anulabilidad de un tratado la violación manifiesta de toda norma de importancia fundamental del Derecho interno concerniente a la competencia para su celebración (art. 46 Convención de Viena de 1969).

Así pues, si bien la declaración de inconstitucionalidad de un tratado por violación de los arts. 93 y 94.1 CE no puede traer aparejada su nulidad, pues esta solo puede ser verificada en el plano internacional, afectará a su incorporación al ordenamiento español y, en consecuencia, a su aplicabilidad por los órganos del Estado (sin perjuicio en tal caso de la obligación del Gobierno de promover la terminación del tratado —por ej., mediante su denuncia— o la declaración de su nulidad) (DÍEZ-HOCHLEITNER, 2015, 512-513). A salvo quedaría, sin embargo, la posibilidad de que el TC decida mantener los efectos del tratado, evitando así que España pueda incurrir en responsabilidad internacional (*vid.* SSTC 195/1998, FJ 5, y 155/2005, FJ 10).

La exigencia de una autorización *previa* no plantea especial dificultad cuando la forma de manifestación del consentimiento sea la ratificación, la aceptación, la aprobación, la adhesión o la notificación respectiva del cumplimiento de los requisitos internos (forma esta última no prevista por la Convención de Viena de 1969 y frecuente en la práctica española). Pero hay **tratados celebrados en forma simplificada** en los que determinados actos de la fase inicial se confunden con actos de la fase final. Así, cabe que se haya convenido que la firma sea a la vez forma de autenticación y de manifestación del consentimiento —de modo que la autorización debe en este caso ser previa a la autenticación— o que un simple canje de notas diplomáticas subsuma todo el proceso de celebración de un tratado —debiendo remitirse a las Cortes los proyectos de notas—. A este respecto la Ley de Tratados dispone respecto de los tratados que puedan estar incluidos en los arts. 93 o 94.1 CE

que «los representantes de España solo podrán convenir aquellas formas de manifestación del consentimiento que permitan la obtención de la autorización de las Cortes Generales previamente a la conclusión del tratado» (art. 17.2).

El Gobierno no está sometido a plazos para solicitar la autorización, a salvo la exigencia de que, tras acordar el Consejo de Ministros la remisión del tratado a las Cortes, debe proceder en consecuencia dentro de los 90 días siguientes, ampliables hasta 180 si lo motiva documentalmente (art. 155.3 del Reglamento del Congreso).

Recaída la autorización, el Gobierno no está obligado por ello a concluir el tratado. Si decide hacerlo, procederá a través del correspondiente representante a manifestar el consentimiento mediante un nuevo acto con trascendencia internacional y, en su caso, a dejar constancia frente a las demás partes contratantes de tal consentimiento para perfeccionarlo. Así, en el caso de la ratificación, a la confección y firma (por el Rey, cuando proceda; *vid.* art. 63.2 CE y art. 22 de la Ley de Tratados) de los correspondientes instrumentos solemnes seguirá el canje de dichos instrumentos o su entrega al depositario.

Atribuida al Gobierno la competencia para concluir tratados, no parece necesario explicar el sentido de la intervención de las Cortes respecto de tratados por los que se atribuyen competencias derivadas de la Constitución a una organización internacional (art. 93), que inciden en las atribuciones de aquellas [la elaboración de las leyes —art. 94.1, letra e)—, la aprobación de los presupuestos generales del Estado —letra d)— y la regulación del ejercicio de los derechos y libertades fundamentales —letra c), *in fine*—] o que puedan comprometer gravemente la política exterior de España [letra a)], su defensa [letra b) y art. 4 de la LO 5/2005, de Defensa nacional] o su integridad territorial [letra c)]. La ausencia de una previsión constitucional como la del art. 94.1 hubiera conducido a que la conclusión de determi-

nados tratados estuviera subordinada a una previa actuación legislativa por parte de las Cortes o, como en el Reino Unido, a que su eficacia en el orden interno dependiera de una ley posterior (REMIRO, 1998, 519 y ss.).

2. Naturaleza del acto de autorización

Por lo que se refiere al acto de autorización, a diferencia de las Constituciones de otros países (por ej., Alemania, Francia o Italia), la española no prevé que adopte la forma de ley. Como ha señalado el profesor REMIRO BROTONS, **al descartar la ley como forma de autorización (apartándose de la tradición constitucional española) la CE ha acertado**, en particular porque «la previsión de una ley de autorización invitaba a una mecánica extensión analógica de las reglas del proceso legislativo», siendo así que con el procedimiento del art. 74.2 CE, aplicable en este caso, «se toma conciencia de la singularidad del acto requerido de las Cortes y se reconoce la conveniencia de adaptar su tramitación a su peculiar naturaleza» (REMIRO, 1987, 130). Y es que la ley es una figura «esencialmente distinta» de la autorización parlamentaria de los tratados (ATC 114/1991, FJ 3), para la que el art. 74.2 CE establece un procedimiento parlamentario específico y diverso del legislativo ordinario o común (STC 155/2005, FJ 9) (sobre el procedimiento de autorización, *vid.* IZQUIERDO, 2015, 353 y ss.).

Las Constituciones que optan por la ley la configuran como *sui generis* o especial y, en particular, carente de efectos normativos (*vid.* al respecto GÓMEZ, 241 y ss.). Tal sería igualmente el caso en España si el acto de autorización se formalizase en ley, pues, si bien es cierto que el tratado puede producir efectos normativos en el orden interno, ello no se debe a la intervención parlamentaria sino al art. 96.1 CE, que proclama que los tratados —válidamente celebrados y debidamente publicados— forman parte del ordenamiento español. Por otra parte, incorporado al orde-

namiento español [previa autorización *ex art.* 94.1.e)], su relación con la ley se rige por el principio de primacía, desplazando a esta última en caso de conflicto en sede aplicativa —que no en términos de terminación o nulidad de la ley contraria— (STC 11/1985, FJ 4, y STC 28/1991, FJ 4; *vid.* GÓMEZ, 93 y ss.). La primacía del tratado (válidamente celebrado y publicado oficialmente) sobre la ley es hoy proclamada en la Ley de Tratados, que prefiere el empleo del término «prevalencia» (art. 31).

Las consideraciones anteriores son igualmente aplicables a los tratados del art. 93, por mucho que la autorización se formalice en este caso en una ley orgánica —lo que, al haber finalmente optado el constituyente por un acto *ad hoc* para los tratados del art. 94.1 carece de sentido (REMIRO, 1998, 239)— y que el fundamento de su constitucionalidad y la garantía de su eficacia en el orden interno se encuentren en el propio art. 93. Ahora bien, nada impide que, junto al acto de autorización, la ley orgánica de autorización incluya disposiciones dirigidas a asegurar la aplicación del tratado considerado. Así, la LO 1/2008 no solo autorizaba al Gobierno a ratificar el Tratado de Lisboa de 2007, sino que incluía un segundo precepto disponiendo que, a tenor del art. 10.2 CE, los derechos fundamentales y las libertades reconocidos en la Constitución se interpretarán de conformidad con la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (art. 2).

3. El art. 94.1 somete el acto de autorización a una reserva orgánica y de procedimiento

Como había anticipado la doctrina (REMIRO, 1998, 581), el TC ha descartado en su STC 155/2005 que la autorización del art. 94.1 pueda verificarse mediante Real Decreto-ley, entendiendo que: i) el precepto impone una «reserva orgánica», cuya inobservancia no resulta subsanable por una posterior convalidación; ii) el Real Decreto-ley está sometido

no solo a los límites del art. 86 CE, sino igualmente al conjunto de reservas establecidas por el constituyente, entre las que figura la autorización del art. 94.1; iii) el Real Decreto-ley solo precisa para su convalidación de la intervención del Congreso, en tanto que la autorización del art. 94.1 exige la participación de las dos Cámaras, y iv) la autorización mediante Real Decreto-ley impide el control preventivo de constitucionalidad de los tratados previsto en el art. 95 CE (STC 155/2005, FF. JJ. 5 y 8).

Además, el TC ha descartado igualmente que la autorización pueda formalizarse en una ley, desautorizando así la práctica seguida en la autorización de tratados constitutivos de organizaciones internacionales de carácter financiero (ORIHUELA, 375 y ss.). En efecto, en la STC 155/2005 se estima que **el art. 94.1 no solo establece una reserva orgánica, sino igualmente de procedimiento**, destacando que el art. 74.2 establece un procedimiento específico, que se distingue del legislativo por el mayor equilibrio que en él corresponde a la posición del Senado respecto de la del Congreso. Y es que, como señala el TC, «esa potenciación de la voluntad del Senado [...] hasta el punto de aproximar significativamente su intervención a la del Congreso —cuya negativa por mayoría simple solo puede ser superada por una mayoría cualificada—, determina el proceso de formación de la voluntad parlamentaria en términos que se separan de cuanto es común en el conjunto de los procedimientos de las Cortes Generales, confiéndose a la participación de la Cámara alta en aquel proceso una relevancia verdaderamente excepcional en nuestro sistema parlamentario» (FJ 9).

4. La aplicación provisional de tratados sometidos a la autorización de las Cortes

Es frecuente la inclusión en tratados negociados por el Gobierno de cláusulas disponiendo su aplicación antes de la entrada en vigor. No

obstante, el recurso a la «aplicación provisional» de un tratado —prevista en la Convención de Viena de 1969 (de la que España es parte), así como en la Ley del Gobierno y en la Ley de Tratados— puede suscitar dudas en cuanto a su constitucionalidad. Tal es el caso si el tratado está sometido al art. 94.1 CE y el tratado prevé —como es habitual— que la aplicación opere a partir de su autenticación y, por lo tanto, antes de la intervención de las Cortes.

En la medida en que el Gobierno asume el compromiso de aplicar disposiciones convencionales antes de la preceptiva autorización parlamentaria, podría entenderse que, al igual que cuando procede a la autorización de un tratado mediante Real Decreto-ley, vulnera la reserva orgánica que establece el precepto constitucional (*vid.* voto particular de J. Rodríguez Zapata a la STC 155/2005). Sin embargo, las diferencias con la conclusión de un tratado autorizado mediante Real Decreto-ley resultan evidentes. Al acordar la aplicación provisional de un tratado, el Gobierno no manifiesta el consentimiento de España en obligarse por él, pudiendo darla por terminada en cualquier momento (si así lo permite el tratado) mediante simple notificación a los demás sujetos negociadores. Así pues, si las Cortes negasen posteriormente su autorización, el Gobierno procedería como se ha indicado.

Dejando a un lado los tratados que resulten contrarios a la Constitución —cuya posible aplicación provisional debe naturalmente descartarse en virtud del art. 95 CE—, cabría sostener que el Gobierno no puede acordar la aplicación provisional de un tratado si con ella se desvirtúan las competencias de las Cortes (ANDRÉS, 1982, 42 y ss. y 77, y 2015, 317 y ss.; REMIRO, 1998, 582). Así, no sería desde luego admisible una cláusula de aplicación provisional (con efectos previos a la manifestación del consentimiento) que no permitiera a los negociadores su terminación en cualquier momento —posibilidad que contempla el art. 25.2 Convención de Viena de 1969—. Por otra parte, cabe cuestionar su proceden-

cia respecto de un tratado cuyas disposiciones entren en conflicto con leyes en vigor o que simplemente incidan en ámbitos objeto de reserva de ley [supuesto de la letra e) del art. 94.1 CE], así como de un tratado que afecte a los derechos fundamentales [letra c)] o que implique obligaciones financieras para la Hacienda Pública [letra d)]. Y lo mismo cabría decidir con carácter general de un tratado que cree situaciones irreversibles, al afectar, por ejemplo, a la integridad territorial de España [letra c)].

A pesar de los intentos de varios grupos parlamentarios por limitar el recurso a la aplicación provisional durante su tramitación, la Ley de Tratados tan solo la descarta respecto de los tratados a que se refiere el art. 95 CE (art. 15.2) y somete a un trámite especial los tratados que impliquen obligaciones financieras para la Hacienda Pública y el desembolso de fondos con carácter previo a su ratificación y entrada en vigor (art. 15.4). Para estos últimos exige que la autorización del Consejo de Ministros tenga lugar «a iniciativa motivada del departamento competente [...] previo informe del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y a propuesta del Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación» y a la verificación del requisito de que «exista crédito adecuado y suficiente en los Presupuestos Generales del Estado, de acuerdo con el calendario de pagos previsto».

En cualquier caso, en la medida en que la aplicación provisional de un tratado permite anticipar la aplicación de sus disposiciones a la intervención de las Cortes (esta suele ser su razón de ser), su uso debería responder a una necesidad objetiva —aquí sí parece justificado trazar un paralelismo con el Real Decreto-ley, que solo cabe en caso de «extraordinaria y urgente necesidad»— y debería exigir su remisión inmediata a las Cortes Generales para su tramitación, lo que no siempre ocurre (IZQUIERDO, 2002, 19 y ss.). La Ley de Tratados se contenta con exigir al Ministerio de Presidencia la comunicación (sin más) a las Cortes del acuerdo de autorización del Consejo de

Ministros y a señalar que si las Cortes no concedieran la preceptiva autorización para su conclusión, «el Ministro de Asuntos Exteriores y Cooperación notificará de inmediato a los otros contratantes, entre los que el tratado se aplica provisionalmente, la intención de España de no llegar a ser parte en el mismo, terminando en ese momento su aplicación provisional» (art. 15.3).

III. ALCANCE DEL ART. 94.1

1. Actos sometidos a autorización

A) *Todo tratado*

El art. 94.1 somete a autorización parlamentaria *todo* tratado que responda a una de las categorías que en él se enuncian. Obvio resulta que la referencia a «tratados o convenios» en las letras b) a e) o solo a «tratados» en la letra a) (respecto de los de carácter político) no pretende limitar la exigencia de autorización a los tratados que reciban tales denominaciones. Lo relevante es que estemos ante un acuerdo internacional con uno o varios Estados u organizaciones internacionales (o con otro sujeto de Derecho internacional, como la Santa Sede; *vid.*, por ej., STC 66/1982) y regido por el Derecho internacional. Es decir, que estemos ante un acuerdo que, con arreglo a la Convención de Viena de 1969 [art. 2.1.a)] y a la Ley de Tratados [art. 2.a)], tenga naturaleza de tratado, con independencia de que se presente como tratado, convenio, convención, protocolo, acta, acuerdo, concordato o canje de notas.

B) *Acuerdos internacionales no sometidos al art. 94.1 CE*

Fuera del alcance del art. 94.1 quedan en cambio otros acuerdos internacionales, en particular los contratos internacionales, los acuerdos internacionales de naturaleza política—que la Ley de Tratados denomina «acuerdos internacionales no normativos»— y los acuerdos internacionales administrativos.

La posibilidad de contratos internacionales entre España y otros sujetos de Derecho internacional está expresamente prevista en la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, que los excluye de su ámbito de aplicación (art. 7.1). Con carácter general, la calificación de un acuerdo entre sujetos de Derecho internacional como contrato viene determinada por el hecho de que las partes eligen como Derecho aplicable un ordenamiento distinto del internacional —por ej., el Derecho interno de una de ellas o la *lex mercatoria*—, sometiendo, en su caso, las controversias que pudieran surgir a Tribunales estatales o al arbitraje internacional (por ej., el Convenio de Préstamo entre el Gobierno de España y de Irak de 1971, regido por la ley española y sometido a los Tribunales de Madrid).

En cuanto a los acuerdos internacionales «no normativos», su carácter no jurídico (no son fuente de obligaciones exigibles en el orden internacional) los aleja del art. 94. Más aun, tras un primer pronunciamiento de signo contrario (STC 137/1989), el TC ha admitido de manera que su celebración (con otros entes foráneos, regionales o no) está permitida a las CC. AA., al no estar comprendida en el *ius contrahendi* que el art. 149.1.3 CE reserva en exclusiva al Estado (SSTC 164/1994, 31/2010, 110/2012, 45/2015, 228/2010 y 77/2017; *vid.* GUTIÉRREZ, 2015, 852 y ss.). La Ley de Tratados ha venido a proclamar la competencia de las CC. AA. y de las Ciudades de Ceuta y Melilla para su celebración «con órganos, organismos, entes, Administraciones y personificaciones de otros sujetos de Derecho internacional en el ejercicio de sus respectivas competencias», facultad que también reconoce al Gobierno, los departamentos ministeriales, los órganos, organismos y entes de la Administración General del Estado, las Entidades Locales, las Universidades públicas y a «cualesquiera otros sujetos de Derecho público con competencia para ello» (art. 44). La competencia de las CC. AA. ya había sido previamente afirmada en algunos Estatutos de Autonomía, como los de Cataluña y Valencia (arts. 195 y 62.5, respectivamente).

Cuestión distinta es cómo determinar si un acuerdo es o no «normativo», lo que normalmente exige indagar en la voluntad de las partes a partir de indicios no siempre concluyentes (REMIRO et al., 1998, 336 y ss.; GUTIÉRREZ, 2015, 840 y ss.). Pero una calificación inadecuada por parte del Gobierno —eventualmente con el propósito de escapar a la autorización parlamentaria— podrá ser combatida por las Cortes a través de los medios de control político con que cuenta y recurriendo al TC. Además, la Ley de Tratados ha sometido los acuerdos internacionales «no normativos» a la exigencia de un dictamen del servicio jurídico del órgano u organismo que los celebra respecto de su naturaleza (entre otros aspectos), así como al conocimiento del Consejo de Ministros en los casos en que su importancia así lo requiera (arts. 45 y 46).

Especial atención merecen los «acuerdos internacionales administrativos», figura regulada *ex novo* por la Ley de Tratados. Su art. 2.b) define como acuerdo internacional administrativo todo «acuerdo de carácter internacional *no constitutivo de tratado* que se celebra por órganos, organismos o entes de un sujeto de Derecho internacional competentes por razón de la materia, cuya celebración está prevista en el tratado que ejecuta o concreta, cuyo contenido habitual es de naturaleza técnica cualquiera que sea su denominación y que se rige por el Derecho internacional» (cursiva nuestra), añadiendo que no tiene tal carácter «el celebrado por esos mismos órganos, organismos o entes cuando se rige por un ordenamiento jurídico interno» (*vid.* Dictamen del Consejo de Estado 808/2013, que también califica de acuerdos administrativos aquellos «se ocupan de materias que la Administración puede regular por propia autoridad»).

La Ley de Tratados dispone que los signatarios de acuerdos internacionales administrativos tienen autonomía para decidir el procedimiento aplicable a su celebración, con sujeción a lo que al respecto se disponga en ellos (art. 40.1). No obstante, somete su firma

al control previo del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación (informe preceptivo de su Asesoría Jurídica Internacional acerca de su naturaleza y formalización) y del Ministerio de Hacienda y de Administraciones Públicas en el caso de que conlleven compromisos financieros (para asegurar la existencia de financiación presupuestaria adecuada y suficiente) (art. 39), previendo asimismo que el Consejo de Ministros tome conocimiento de aquellos que por «su importancia o alcance» así lo merezcan (art. 40.2).

Son frecuentes los tratados internacionales que prevén la celebración por autoridades administrativas de acuerdos de ejecución destinados a asegurar la aplicación de sus disposiciones, ya sea mediante disposiciones complementarias o, incluso, adaptaciones de carácter técnico. Pues bien, en la medida que mediante tales acuerdos (a los que ningún inconveniente existe para que el Derecho español denomine «acuerdos internacionales administrativos») España no asume nuevas obligaciones internacionales subsumibles en el art. 94.1 CE, ningún inconveniente existe para que se concluyen por tales autoridades sin necesidad de autorización parlamentaria. Además, cabe entender que la autorización parlamentaria otorgada para la conclusión del tratado internacional cubriría la celebración de acuerdos de ejecución subsumibles en el art. 94.1 siempre que el tratado regule con precisión suficiente el posible alcance de las obligaciones que quepa asumir en virtud de tales acuerdos de ejecución y que estos respeten (como exige el art. 38.3 de la Ley de Tratados) el marco establecido en aquel (REMIRO, 2007, 398). Tal vez sea este el sentido que quepa dar al ATC 114/1991 cuando, a propósito del Canje de Notas hispano-alemán de 1986 celebrado en desarrollo del Convenio Europeo de Extradición de 1957 y destinado a extender la aplicación de sus disposiciones a los delitos fiscales y aduaneros, señalara (*obiter dictum*) que la remisión hecha por este Convenio a acuerdos entre las autoridades administrativas «cumple holgadamente la garantía esencial que el principio

de reserva de ley entraña», en la medida en que dichas autoridades están llamadas a actuar «en estricta dependencia de la regulación contenida en el Convenio y con una clara subordinación de sus disposiciones» (FJ 4) (el Canje de Notas se celebró, sin embargo, previa autorización de las Cortes).

Sea como fuere, la Ley de Tratados sigue un camino distinto para, a la postre, negar la aplicabilidad del art. 94 CE —incluso la aplicación de su ap. 2— a estos acuerdos de ejecución. La premisa de la que parte es que no son tratados internacionales. Pero, no lo son ¿porque los celebran órganos, organismos y entes de las Administraciones públicas, porque están subordinados a un tratado o porque su contenido es de carácter técnico? (GONZÁLEZ, 2015, 104). Descartada la relevancia de los dos últimos motivos, ¿acaso los órganos, organismos y entes que los firman no actúan en representación de España? (*vid.* art. 38.4 de la Ley, que dispone que en ellos «se incluirá en todo caso, la referencia a España junto a la mención del órgano, organismo o ente que los celebre»).

No parece aventurado considerar, como hace el profesor REMIRO BROTONS, que «en el orden internacional lo que la Ley llamada acuerdos internacionales administrativos son tratados» (REMIRO, 2015, 56). Otra forma de verlo es que se trata de medidas de ejecución adoptadas por las autoridades administrativas actuando conjuntamente —como si de un órgano de gestión se tratara—. Como ha señalado el Consejo de Estado, «no todo acto de ejecución de un tratado realizado de común acuerdo por órganos de las Administraciones públicas de las partes contratantes constituye un tratado internacional» (Dictamen 55.253/1990). Pero la Ley no habla de «medidas», sino de «acuerdos» de ejecución.

Por último, hemos de referirnos a los numerosos tratados internacionales que celebra la UE en el ejercicio de las competencias que le han sido atribuidas. Obviamente, estos tratados tampoco quedan comprendidos en el ám-

bito del art. 94 por mucho que su cumplimiento resulte exigible a España, pues no obligan a España a título de tratados de los que sea parte sino en tanto que se integran en el Derecho de la Unión (art. 216.2 del TFUE). Es también a este título que forman parte del ordenamiento español. Supuesto distinto es de los «acuerdos mixtos» que la UE celebra conjuntamente con los Estados miembros al incidir en ámbitos de sus competencias respectivas y que, consecuentemente, han de verificar durante su proceso de celebración el cumplimiento tanto de los requisitos establecidos al efecto en el Derecho español como los que previstos en el art. 218 del TFUE.

C) *Actos de naturaleza convencional emanados de organizaciones internacionales*

Las resoluciones obligatorias adoptadas por organizaciones internacionales en el ejercicio de las competencias que le atribuyen sus tratados constitutivos (previamente autorizados conforme a los arts. 94.1 o 93) no pueden calificarse de tratados y, naturalmente, no quedan sometidos a autorización parlamentaria. Lo mismo cabe decir de las decisiones adoptadas por los órganos creados por determinados tratados multilaterales para la aplicación de sus disposiciones, como es el caso de numerosas comisiones mixtas de seguimiento o del antiguo comité ejecutivo previsto por el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen.

Ahora bien, no hemos de olvidar que en ocasiones tales actos quedan sometidos a la manifestación por las partes del consentimiento en obligarse por ellos. Pensemos en las Decisiones de la UE sobre recursos propios previstas en el art. 311 TFUE, que, si bien son adoptadas por el Consejo, quedan sometidas a la aprobación de los Estados miembros conforme a sus respectivas normas constitucionales [en España, requieren autorización parlamentaria con arreglo al art. 94.1.d); Dictamen del Consejo de Estado 3563/2001]. Se trata de de-

cisiones *sui generis*, pues, a pesar de su ropaje de Derecho derivado, gozan de la naturaleza de tratados.

D) *Enmiendas*

En la medida en que la enmienda de un tratado se lleve a cabo mediante la celebración de un nuevo tratado, este último requerirá la previa autorización de las Cortes *ex art.* 93 o 94.1 CE si su contenido incide en los supuestos previstos en estos preceptos. Ahora bien, ¿la intervención de las Cortes es asimismo exigible en el caso de tratados que prevén mecanismos simplificados de enmienda?

La Ley de Tratados lo descarta en dos casos. En primer lugar, cuando el tratado prevea un procedimiento que no requiere «ninguna decisión adicional por el Estado parte»; en este supuesto, solo exige que el Consejo de Ministros tome conocimiento, a propuesta del Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación [art. 36.2.a)]. Así, el art. 17.5 del TUE prevé la posible modificación por decisión del Consejo Europeo, adoptada por consenso, del número de miembros de la Comisión Europea (modificación que efectivamente se produjo en 2009). En segundo lugar, cuando la enmienda adoptada conforme al procedimiento previsto en el tratado «pueda ser aceptada o rechazada por el Estado en el plazo establecido por el tratado para ello»; para este segundo caso la Ley se contenta con la intervención del Consejo de Ministros para aceptar o rechazar la enmienda, precisando no obstante que «transcurrido dicho plazo sin oposición, la enmienda se entenderá tácitamente aceptada y el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación, tomará conocimiento de su entrada en vigor» [art. 36.2.b)]. A este segundo supuesto corresponde el procedimiento de enmiendas que se contempla en el Convenio para la regulación de la pesca de la ballena, que solo excluye la entrada en vigor de las enmiendas propuestas por la Comisión Ballenera Internacional para los Estados partes que las objetan dentro de un determinado plazo.

Estas disposiciones de la Ley de Tratados han sido criticadas al descartar la intervención de las Cortes (GONZÁLEZ, 2015, 758-759). Cabe no obstante entender que la autorización otorgada (en su caso) por las Cortes para la celebración de tratados que incluyen procedimientos simplificados como los referidos cubren las enmiendas que se adopten (*ibid.*), siempre, claro está, que del procedimiento de enmienda no se deriven nuevas obligaciones que desborden el marco de la autorización. Pero no se entiende bien que la Ley no prevea al menos la obligación de informar a las Cortes (*ex art. 94.2 CE*).

En todo caso, las disposiciones de la Ley de Tratados que acabamos de comentar no resultan de aplicación a todos los procedimientos simplificados de enmienda. Desde luego, no cubre el procedimiento previsto en el art. 48.7 del TUE, que prevé la posible oposición de los parlamentos nacionales a las iniciativas que adopte el Consejo Europeo para el paso de la unanimidad a la mayoría cualificada, siendo en este caso de aplicación lo dispuesto en la Ley 24/2009, de modificación de la Ley 8/1994, reguladora de la Comisión Mixta para la UE (y la Resolución de las Mesas del Congreso y del Senado de 27 de mayo de 2010 de desarrollo de la Ley). Tampoco creo que se aplique en el caso de la Constitución de la OMS, que prevé que las enmiendas entren en vigor cuando hayan sido adoptadas por el voto de aprobación de las dos terceras partes de la Asamblea de la Salud y aceptadas por las dos terceras partes de los miembros, de conformidad con sus respectivos procedimientos constitucionales; nada justifica en este caso que la aceptación por España no quede sometida a la intervención de las Cortes, si la enmienda considerada así lo requiere.

E) Reservas y declaraciones

Para terminar, no debemos olvidar que **la autorización de las Cortes ex art. 94.1 tiene por objeto el conjunto de obligaciones que asume el Estado en el plano interna-**

cional, de manera que la solicitud debe acompañarse del texto completo del tratado —incluidos anexos, protocolos, etc.—, así como de las reservas y declaraciones que el Gobierno pretenda formular (art. 155.2 Reglamento del Congreso y art. 17.3 de la Ley de Tratados).

Las Cortes, sin embargo, no están obligadas a autorizar en bloque el tratado con las reservas y declaraciones propuestas. Pueden, por el contrario, autorizar el tratado y no en cambio estas últimas, así como someter la autorización a la formulación de reservas o declaraciones que sean el fruto de iniciativas parlamentarias (arts. 156.2 y 3 Reglamento del Congreso y 144.3 Reglamento del Senado). Naturalmente, la manifestación del consentimiento en obligarse por el tratado deberá en todo caso acompañarse de las reservas y declaraciones «en los términos en que hayan sido autorizadas por las Cortes Generales» (art. 21.2 Ley de Tratados). Parece también razonable entender que la retirada por el Gobierno de una reserva propia o de una declaración aprobada por las Cortes debe cumplir igualmente con el trámite del art. 94.1, como así dispone la Ley de Tratados (art. 34.2).

Entre las declaraciones que deben autorizar (o proponer) las Cortes se incluyen, a mi juicio, las que tienen por finalidad reaccionar frente a reservas ajenas ya formuladas (aceptándolas u objetándolas). Creo que en este sentido debe interpretarse la Ley de Tratados, por cuanto, por una parte, también exige que se remitan a las Cortes las reservas ya formuladas por otros Estados (art. 17.3) (*vid.* RIQUELME, 2015, 423-424) y, por otra, no excluye de la obligación que incumbe al Gobierno de acompañar la manifestación del consentimiento de las reservas y declaraciones «en los términos en que hayan sido autorizadas por las Cortes Generales» ninguna declaración.

¿Y qué decir de las reservas formuladas por otras partes en el tratado tras su autorización por la Cámaras? Las reservas ajenas no entrañan en principio la asunción de nuevas obligaciones por España (aunque podrían com-

portar un desequilibrio de cargas para España), por lo que la intervención de las Cortes no parece exigible. Se entiende así que la Ley de Tratados reconozca libertad al Gobierno para proceder a su aceptación u objeción, exigiendo únicamente que informen a las Cámaras.

Por último, el art. 94 CE —y el art. 93— también resulta de aplicación a la formulación por el Gobierno de declaraciones previstas en tratados de los que ya forma parte España y que comportan la asunción de nuevas obligaciones previstas en él (Dictamen del Consejo de Estado 53.158/1989). Tal es caso, por ejemplo, de la declaración de aceptación de la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia (art. 36.2 de su Estatuto) que el Gobierno formuló en 1990 previa autorización de las Cortes.

2. Categorías de tratados que exigen autorización previa de las Cortes ex art. 94.1

A diferencia de otras Constituciones, que exigen que la celebración de *todo* tratado cuente con autorización parlamentaria o que se decantan por un sistema de lista negativa —excluyendo la intervención parlamentaria respecto de ciertas categorías de tratados o en determinadas circunstancias—, la CE ha preferido establecer una lista de tratados que, por su contenido, requieren la autorización de las Cortes (arts. 93 y 94.1), contentándose con que estas sean informadas por el Gobierno de la conclusión de los demás tratados (art. 94.2). La fórmula parece apropiada por cuanto permite conciliar el reconocimiento al Gobierno de un cierto grado de discrecionalidad en el desarrollo de la política exterior con el respeto de las atribuciones de las Cortes.

Por lo que se refiere a los tratados contemplados en el art. 94.1 de la CE, no parece necesario que nos detengamos en la exégesis del precepto, ni que nos recreemos en el estudio pormenorizado del alcance que en la práctica se reconoce a cada uno de los supuestos, labor que ha

sido realizado por otros autores (REMIRO, 1998, 533 y ss.; IZQUIERDO, 2002, 6 y ss., y 2015, 346 y ss.). Baste con recordar que dicha práctica viene en buena medida marcada por la doctrina de la Comisión Permanente del Consejo de Estado, cuyo dictamen debe solicitar preceptivamente el Gobierno respecto de la necesidad o no de autorización parlamentaria (art. 22.1 LOCE). A este respecto, debe recordarse que el Consejo de Estado ha entendido que la obligación de consulta no es dispensable en ningún caso (ni siquiera si el Gobierno no alberga dudas sobre la necesidad de autorización parlamentaria; Dictamen 46.901/1985). No hemos de olvidar por otra parte que la práctica recalificadora de la Mesa del Congreso, a la que más tarde aludiremos, ha favorecido una interpretación extensiva de los tipos del art. 94.1, rayana con el desconocimiento del fundamento de la intervención de las Cortes en cada una de las letras del precepto.

Mención especial merecen a este respecto los «tratados o convenios que impliquen obligaciones financieras para la Hacienda Pública». El Consejo de Estado interpretó que la letra d) incluía los tratados por los que España asume cualquier tipo de crédito público, pero no los que impliquen simples gastos públicos cuya ejecución pudiera realizarse con cargo a las asignaciones presupuestarias del ejercicio corriente, estimando que en el supuesto de requerir un crédito extraordinario o un suplemento de crédito la autorización sería exigible en virtud del letra e) (tratados que exigen medidas legislativas para su ejecución) (Dictamen 46.016/1984). La Mesa del Congreso, sin embargo, no aceptaría esta interpretación, estimando que la existencia de una genérica consignación presupuestaria es la simple previsión de la disponibilidad del crédito y que la contracción de la obligación en la actividad exterior necesita en todo caso autorización parlamentaria (IZQUIERDO, 2002, 25; FERNÁNDEZ-TOMÁS, 1994, 56 y ss.).

En cuanto a los tratados «que afecten a los derechos y deberes fundamentales establecidos

en el Título I», a que se refiere la letra c), el Consejo de Estado ha entendido que comprenden todo tratado que «ataña o concierna» a cualquiera de los derechos y libertades contemplados en dicho Título (*vid.*, por ej., Dictamen 713/2017), y no solo aquellos que desarrollen su contenido o regulen su ejercicio, ampliando así el campo de las atribuciones que las Cámaras tienen reservadas en esta materia en virtud de los arts. 53.1 y 81.1 CE. El Consejo excluye, sin embargo, a los tratados cuyo objeto se limita «al ámbito de la regulación meramente administrativa o reglamentaria de otras normas de alcance formalmente legislativo en las que se haya dado desarrollo con rango normativo adecuado a los principios constitucionales del Título I» (Dictamen 46.901/1985).

En otro orden de consideraciones, llama la atención el lenguaje que emplea la letra e) del precepto constitucional, cuando se refiere a tratados «que supongan modificación o derogación de una ley» pues, como ya se ha dicho, la primacía del tratado respecto de la ley implica su preferencia aplicativa, pero en modo alguno la modificación o derogación de la ley contraria. Por lo demás, el Consejo de Estado entiende acertadamente que la autorización se impone no solo cuando el tratado contradice una ley en vigor o exige «medidas legislativas para su ejecución», sino igualmente siempre que su contenido recae sobre una materia que la CE reserva al legislador o que es regulada en nuestro ordenamiento mediante ley (*vid.*, p. ej., Dictamen 679/1996 y, más recientemente, Dictamen 963/2017).

3. ¿A quién corresponde determinar cuándo estamos ante un tratado y si requiere autorización de Cortes?

Del art. 94.2 CE se desprende con claridad que es al Gobierno a quien corresponde determinar en cada caso si el acuerdo internacional que se propone concluir merece la calificación de tratado y, en tal caso, si la manifestación del consentimiento exige o no la previa autorización de las Cortes en virtud

del art. 94.1 (o del art. 93). La calificación corresponde en cada caso al Consejo de Ministros a propuesta del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, que será quien eleve previamente la consulta preceptiva al Consejo de Estado (art. 22 LOCE), tras evacuar informe de su Asesoría Jurídica Internacional (art. 17.3 Ley de Tratados y art. 155.3 del Reglamento del Congreso). Pero la actuación del Gobierno no está libre de todo control. Más allá del control político que las Cortes pueden ejercer sobre la acción exterior del Gobierno, el tratado podría ser ulteriormente objeto de un control de constitucionalidad formal por del TC.

A partir de la II Legislatura, sin embargo, la Mesa del Congreso procedió en numerosas ocasiones a recalificar tratados remitidos por el Gobierno en cumplimiento del deber de información previsto en el art. 94.2, tramitando su autorización con arreglo al art. 94.1. Este proceder de la Mesa —que encuentra su punto álgido en la III Legislatura y se extiende hasta la V— condujo al Gobierno a no proceder a la conclusión definitiva de tratados enviados a las Cortes por la vía del art. 94.2 hasta tanto la Mesa del Congreso no expresara su conformidad con la calificación realizada (REMERO, 1998, 24 y ss.; IZQUIERDO, 2002, 24 y ss.).

La actuación de la Mesa del Congreso fue en su momento justificada invocando su poder genérico de calificación sobre la admisibilidad de todos los documentos que llegan a la Cámara (art. 31.1.4 Reglamento) (DORADO, 54-55). Sin embargo, la autorización por las Cortes de un tratado ya concluido por el Gobierno carece de sentido, pues la CE dispone que ha de ser previa (GÓMEZ, 336 ss.). Recuérdese además que el TC ha señalado, en relación con la posibilidad de que la conclusión de un tratado pueda ser autorizada mediante Real Decreto-ley, que la ley de convalidación «no puede, en absoluto, subsanar el defecto radical padecido por el Real Decreto-ley 14/1998, consistente en ser expresión de una voluntad que en ningún caso puede imputarse a las Cortes Generales, sino únicamente al Gobier-

no», advirtiendo que «admitir otra cosa supondría que las Cortes Generales validarían una autorización gubernativa que, así subsanada, habría producido plenos efectos desde un principio y que, por tanto, habría sido suficiente para hacer posible la integración de una norma internacional, de manera que esta se habría incorporado al Ordenamiento con anterioridad a la autorización del Parlamento» (STC 155/2005, FJ 8).

Además, la práctica de esperar al pronunciamiento de la Mesa respecto de tratados enviados a las Cortes con arreglo al art. 94.2, si bien evita transitar por el más que discutible camino de la subsanación o convalidación, comporta la renuncia por parte del Gobierno a una competencia que le reconoce la CE. Y, además, atenta contra el objetivo de dicho precepto, que no es otro que el de permitir al Gobierno actuar al compás de la dinámica de las relaciones internacionales, asumiendo por sí solo obligaciones internacionales que no inciden en el ámbito de las atribuciones propias de las Cámaras. Se llegó por ello a sugerir la posibilidad de que el Gobierno acudiera al TC planteando un conflicto de atribuciones contra las Cortes (arts. 59 y 73-75 LOTC). Pero no le faltaba razón al Consejo de Estado cuando advirtió que «una simple discrepancia de carácter técnico no tiene entidad suficiente» para plantear conflicto constitucional (Dictamen 46.901/1985).

Distinto es el caso si las Cortes reciben un tratado para su autorización *ex* art. 94.1 CE y deciden tramitarlo para la vía del art. 93 (o vi-

ceversa), posibilidad que se planteó con ocasión de la adhesión de España al Tratado del Atlántico Norte.

IV. LA OBLIGACIÓN DEL GOBIERNO DE INFORMAR A LAS CORTES SOBRE LA CONCLUSIÓN DE OTROS TRATADOS: EL ART. 94.2 CE

Cuando el Gobierno concluye un tratado sin la previa autorización de las Cortes —lo que es infrecuente— por estimar que no corresponde a ningún de los supuestos contemplados en los arts. 93 y 94.1, debe informar inmediatamente al Congreso y el Senado (remitiendo su texto completo, así como las reservas y declaraciones formuladas; art. 158 Reglamento del Congreso y art. 18.1 Ley de Tratados). No parece necesario fijar plazo alguno (los Reglamentos del Congreso y del Senado tampoco lo hacen): manifestado el consentimiento de España en obligarse por el tratado, el Gobierno deberá actuar sin dilación, no debiendo esperar a su publicación oficial o a su entrada en vigor.

Como ha señalado el profesor REMIRO BROTONS, el deber de información consagrado en el art. 94.2 permite a las Cortes un adecuado control parlamentario sobre la acción del Gobierno en materia de política exterior, así como facilitar su reacción política y jurídica (acudiendo al TC) si estimase que el tratado requería su intervención (REMIRO, 1998, 583-574).

BIBLIOGRAFÍA

ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., «La aplicación provisional de los tratados en el Derecho español», *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 1, 1982, págs. 31-78.

- «Los tratados y la extradición en Derecho español (Reflexiones en torno a los papeles de Laos)», *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 1, 1995, págs. 131-143.
- «Artículo 15», en ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., DIEZ HOCHLEITNER, J. y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales*, Thomson Reuters, 2015, págs. 307-327.

CARDONA LORENS, J., «La autorización parlamentaria de los tratados: los primeros seis años de práctica constitucional», *Anuario de Derecho Internacional*, 1983-1984, págs. 113-145.

DÍEZ HOCHLEITNER, J., «Artículo 28», «Artículo 30.1» y «Artículo 31», en *Comentarios a la Ley de Tratados...*, cit., 2015, págs. 509-520, 531-560 y 575-589.

DORADO FRÍAS, F., «La autorización parlamentaria de la conclusión de los tratados internacionales», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 42, 1997, págs. 35-68.

FERNÁNDEZ-TOMÁS, A., «La válida celebración y la incorporación de los Tratados en la jurisprudencia constitucional española», en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Homenaje al Profesor M. Díez de Velasco*, Tecnos, Madrid, 1993, págs. 341-359.

— *La celebración de tratados bilaterales de cooperación por España*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1994.

GÓMEZ FERNÁNDEZ, I., *Conflicto y cooperación entre la Constitución española y el Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

GONZÁLEZ VEGA, J., «Artículo 2» y «Artículo 36», en *Comentarios a la Ley de Tratados...*, cit., 2015, págs. 93-126 y 747-788.

GUTIÉRREZ ESPADA, C., «Artículo 43», «Artículo 44», «Artículo 45» y «Artículo 46», en *Comentarios a la Ley de Tratados...*, cit., 2015, págs. 835-865.

IZQUIERDO SANS, C., «Parliamentary Procedure in the Conclusion of International Treaties in Spain», *Spanish Yearbook of International Law*, 1997, págs. 1-42.

— «Intervención parlamentaria en la celebración de tratados internacionales en España», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2002, págs. 1-46.

— «Artículo 17», en *Comentarios a la Ley de Tratados...*, cit., 2015, págs. 339-359.

MANGAS MARTÍN, A., «Cuestiones de Derecho Internacional Público en la Constitución española de 1978», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 61, 1980, págs. 143-184.

ORIHUELA CALATAYUD, E., «De la práctica española en el trámite de los Tratados constitutivos de Organizaciones Internacionales de ayuda al desarrollo», *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 1, 1991, págs. 375-387.

PASTOR PALOMAR, A., *Las formas de manifestación del consentimiento para obligarse por tratados internacionales: análisis de la práctica española*, Ministerio de Asuntos Exteriores, Madrid, 2001.

— «Artículo 38», «Artículo 39» y «Artículo 40», en *Comentarios a la Ley de Tratados...*, cit., 2015, págs. 811-829.

REMIRO BROTONS, A., *La Acción Exterior del Estado*, Tecnos, Madrid, 1984.

- *Derecho Internacional Público. 2. Derecho de los Tratados*, Tecnos, Madrid, 1987.
- «Artículos 93 a 96. Tratados internacionales», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución española de 1978*, tomo VII, 2.^a ed., Edersa, Madrid, 1985, págs. 491-651.
- «Comentario general a la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos internacionales», en *Comentarios a la Ley de Tratados...*, cit., 2015, págs. 45-67.

REMIRO BROTONS, A., RIQUELME, R., DIEZ-HOCHLEITNER, J., ORIHUELA, E. y PÉREZ-PRAT, L., *Derecho Internacional*, 2.^a ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.

RIQUELME CORTADO, R., «La tramitación de los tratados internacionales y el reglamento del Congreso de los Diputados de 1982», *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 2-3, 1982, págs. 409-435.

- «Artículo 21» y «Artículo 34», en *Comentarios a la Ley de Tratados...*, cit., 2015, págs. 395-427 y 693-708.

ROCA, M. J., «El control parlamentario y constitucional del poder exterior. Estudio comparado del estado actual de la cuestión en el Derecho alemán y español», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 56, 1999, págs. 105-133.

RODRÍGUEZ CARRIÓN, A. J., «Regulación de la actividad internacional del Estado en la Constitución», *Revista de Derecho Político (UNED)*, núm. 15, 1982, págs. 95-118.

SALINAS DE FRÍAS, A., «La reafirmación del necesario control parlamentario de la actividad convencional del ejecutivo. Comentario a la sentencia 155/2005, de 9 de junio, del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 1, 2005, págs. 121-143.

Artículo 95

1. *La celebración de un Tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional.*
2. *El Gobierno o cualquiera de las Cámaras pueden requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción.*

Sumario: I. Introducción. II. Ámbito, objeto y parámetro del control previo de tratados internacionales. 1. El ámbito del control previo alcanza a todo tipo de tratados, los incluidos en los artículos 93 y 94 CE. 2. El objeto y alcance del artículo 95 de la CE: entre su plausibilidad como defensa jurisdiccional anticipada de la Constitución y su dimensión cautelar al servicio de la salvaguardia de la responsabilidad internacional del Estado. 3. Parámetro de control. III. Supuestos en los que ha sido objeto de aplicación. 1. La Declaración de 1 de julio de 1992. A) Antecedentes. B) El Requerimiento. C) La Respuesta del Tribunal a través de la Declaración al requerimiento. 2. La Declaración de 13 de diciembre de 2004. A) Antecedentes. B) El Requerimiento. C) La Respuesta del Tribunal a través de la Declaración al requerimiento. IV. El requerimiento previo: naturaleza, legitimación, tramitación y declaración. 1. La naturaleza del requerimiento. 2. La legitimación. 3. La tramitación. 4. La declaración. 5. Coda final sobre el control represivo de los Tratados Internacionales a la luz de la última jurisprudencia constitucional.

MANUEL PULIDO QUECEDO

DOCTOR EN DERECHO

LETRADO DEL PARLAMENTO DE NAVARRA

EXLETRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. INTRODUCCIÓN

El constituyente quiso introducir en nuestra Constitución la existencia de un control previo de los Tratados internacionales, como modo de subordinación de aquellos a la Constitución. Se daba así carta de naturaleza a un modelo de control preventivo o *ex ante* inspirado en el art. 54 de la Constitución francesa de 1958, que debía en su caso coexistir con el control represivo o *ex post*, que con carácter general había establecido el art. 161 de la CE, para las normas con fuerza o rango de ley.

Dicho modelo de control preventivo estaba más lejanamente inspirado en el art. 228 del Tratado Constitutivo de la CEE (art. 218.11 TFUE), como ha señalado la doctrina, tan de actualidad tras el Dictamen 2/2103 del TJUE sobre la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos, estudiado entre nosotros por URÍA GAVILÁN.

Sin embargo, como sintetizaría con acierto el Alto Tribunal en 1992, con ocasión de la Declaración de 1 de julio de 1992 sobre la compatibilidad de algunos aspectos del Tratado de Maastricht con la Constitución Española,

el propósito no era sino poder conciliar mediante la vía prevista en el art. 95.2 «la doble tarea de preservar la Constitución y de garantizar al mismo tiempo, la seguridad y estabilidad de los compromisos a contraer por España en el orden internacional».

Visto el precepto con la perspectiva que dan ya cuarenta años de aplicación de la norma suprema, que motiva la efemérides de una segunda edición de esta obra, puede decirse que los Constituyentes acertaron en el diseño de este cauce preventivo, más allá de las críticas razonables, pero punzantes, que la doctrina internacionalista hizo del precepto comentado desde una perspectiva teórica o conceptual del Derecho internacional (REMIRO BROTONS). Pero sabido es que las Constituciones lo son por lo que significan y sirven al sistema político que fundan, y la introducción de la vía preventiva del control de constitucionalidad de los Tratados internacionales ha servido como cauce para resolver los problemas de integración europea salvando las deficiencias del art. 93 CE como norma habilitante del proceso de construcción europea, seguramente porque la Comunidad de Derecho que es la Unión Europea es, entre las organizaciones internacionales, la que más problemas de encaje pueda plantear desde el punto de vista de nuestro Derecho constitucional.

Desde la aparición en 2008 de la 1.^a edición de estos *Comentarios*, han pasado algunas cosas en nuestro derredor que no es posible soslayar, si bien no hay grandes textos jurisprudenciales nacionales que comentar. Sí es cierto, por el contrario, que no puede decirse lo mismo desde el plano legislativo, donde dos leyes de relieve se han hecho notar bajo el impulso del Ministro García Margallo en el Gobierno de mayoría absoluta del presidente Rajoy (2011-2015).

La primera de las leyes citadas es la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de *la Acción y del Servicio exterior del Estado* y la segunda la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, *Tratados y acuerdos Internacionales*. Esta última con-

templa en su art. 19 *una referencia al control previo de los tratados internacionales previsto en el artículo 95 de la Constitución Española, al artículo 78 de la LOTC y a los Reglamentos del Congreso y del Senado*.

El precepto no añade nada nuevo —*novum sub solem*—, pero ha dado pie a un comentario del Prof. MARTÍN Y PÉREZ NANCLARES, Jefe de la Asesoría Jurídica del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, que cierra un ciclo de comentarios que el aniversario de nuestra Carta Magna, hoy tan necesitada de reforma, propicia y que es la principal novedad doctrinal desde hace años sobre la materia.

Esta visión moderadamente optimista de la eficacia institucional y normativa del art. 95 CE no sana los déficits de internacionalidad que padece nuestro sistema constitucional, en general evidenciada en la inadecuada tramitación, formal y material, de los Tratados enunciados en el art. 93 de la CE, como la STC 155/2005, de 9 de junio, puso de manifiesto, y a la que más adelante prestaremos atención y que la *práctica parlamentaria de estos últimos años no ha hecho mejorar*.

Pero con el dimensionado alcance que el Capítulo III del Título III de la Constitución dedica a los tratados internacionales puede concluirse, a mi juicio, que **el cauce preventivo diseñado en el art. 95 CE puede considerarse como vehículo facilitador de un concepto de constitucionalismo útil para resolver problemas políticos de calibre constitucional**, al haber sabido propiciar la primera y tímida reforma constitucional en nuestro país, la del art. 13.2 de la CE. No entramos en la reforma del art. 135 CE, llevada a cabo por la reforma de 27 de septiembre de 2011, cuya glosa nos alejaría del objeto de este comentario.

Quizás la existencia en el texto constitucional de un precepto similar, referido a los Estatutos de Autonomía, nos hubiese ahorrado el sinfín de problemas que las apresuradas reformas estatutarias llevadas a cabo, de mane-

ra irreflexiva en la VIII Legislatura de las Cortes Generales, han generado y que con el proceso secesionista catalán ya en marcha ha vuelto a propiciar su reaparición de manera más contenida en la Ley Orgánica 12/2015, de 25 de septiembre, de modificación de la LOTC, al restablecer en su art. 79 el recurso previo contra los Proyectos de Estatutos de Autonomía y las propuestas de reforma de los mismos.

He aquí, por tanto, el éxito del control preventivo de tratados internacionales: al estar previsto *nominatim* en la Constitución y no ser objeto de posibles desarrollos legales desvirtuadores del modelo de justicia constitucional como la introducción del recurso previo en el art. 78 de la LOTC propició entre nosotros, evitándose así su canalización, derivada de su utilización excesiva.

Finalmente cabe señalar que el *control previo* no ha convivido de hecho en materia de tratados internacional con el *control represivo*, pese a contemplarse en el art. 27.2 de la LOTC, si exceptuamos la entonces reciente STC 38/2007, de 15 de febrero (reiterada entre otras, en la SSTC 80, 82, 83, 84, 85, 86, 88, 90/2007, de 19 de abril y 128/2007, de 4 de junio, todas ellas de la misma serie estadística), que viene a dar juego a las vías de control de constitucionalidad *in concreto*, a través de la cuestión de inconstitucionalidad, en virtud de la cual el control represivo se ha colado por los intersticios del procedimiento judicial.

II. ÁMBITO, OBJETO Y PARÁMETRO DEL CONTROL PREVIO DE TRATADOS INTERNACIONALES

1. El ámbito del control previo alcanza a todo tipo de tratados, los incluidos en los artículos 93 y 94 CE

La interpretación de la expresión: «celebración de un Tratado internacional» entendida como aquel Convenio o Tratado expresivos de *un acuerdo*, según sea su denominación

particular, conforme dispone el art. 2.1 del Convenio de Viena sobre *Derecho de los Tratados* de 23 de mayo de 1969, en cuya virtud un Estado se obliga frente a otros Estados en el marco del Derecho internacional, lo que supone una responsabilidad en la medida en que pueda quedar comprometido el libre ejercicio de las facultades propias de todo Estado soberano, fue subrayado por la STC 155/2005, de 9 de junio.

Venía así esta importante Sentencia pronunciada con ocasión del *recurso de inconstitucionalidad* promovido por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso contra el Real Decreto-ley 14/1998, de 9 de octubre, de adhesión de España a diversos *Acuerdos del Fondo Monetario Internacional* y contra la Ley 13/1999, de 21 de abril, de conversión del Decreto-ley, a dar carta de naturaleza a la interpretación que ya había esbozado la Declaración de 1 de julio de 1992, al señalar que «el art. 95.1 de la CE es aplicable por su generalidad a todos los Tratados» incluidos los suscritos al amparo del art. 93, como corroboró más tarde la Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, al pronunciarse *in extenso* sobre el alcance del art. 93 CE, yendo más allá de su dimensión «orgánico-procedimental», puesta de relieve en la Declaración de 1992 sobre el tratado de Maastricht, a otra «más sustantiva o materia», como puso de manifiesto RODRÍGUEZ IGLESIAS.

En definitiva, puede concluirse que el ámbito del control preventivo por el cauce del art. 95 se proyecta sobre los tratados contemplados en el art. 94 CE, que comprenden lo que el ATC 114/1991, de 11 de abril, denominó los Tratados o *Convenios menores*, de cuya conclusión deben ser informadas las Cámaras, y de los *Acuerdos mayores*, que requieren la previa autorización parlamentaria, con la participación del Senado, en los términos que fijó la STC 155/2005. También, como ha quedado dicho más arriba, otros que deben ser autorizados mediante Ley Orgánica *ex art. 93 CE*, lo cual determina el control del TC, sobre el proceso de construcción europea desde una

perspectiva constitucional, habiendo sabido hasta la fecha el Alto Tribunal español, mantener posturas ortodoxas y conciliatorias desde la perspectiva del Derecho comunitario, sorteando la colisión entre Derecho comunitario y Derecho nacional, como han hecho otros Tribunales europeos, al hablar de la funcionalidad de los planos del Derecho constitucional y del Derecho comunitario, reafirmados en la STC 26/2014, de 13 de febrero (FJ 3), recaída en el conocido caso *Stefano Melloni*.

Ese alcance universal de la tipología de tratados que pueden ser objeto del recurso previo por la vía del art. 95 excluye, a mi juicio, que el Alto Tribunal pueda conocer de otras normas que por conexión o consecuencia pudieran considerarse potencialmente afectadas. El control es de tratados, preferentemente de carácter normativo, y por esta vía el Alto Tribunal no puede conocer de otras normas que no posean este carácter en los términos del Convenio de Viena, más arriba expuesto.

La novedad legislativa introducida por la vía de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de *Tratados y acuerdos Internacionales al contemplar en su art. 1 como objeto de la ley la regulación de la celebración y aplicación por España de los tratados internacionales*, así como los acuerdos *internacionales administrativos* y los *acuerdos internacionales no normativos* definidos en el art. 2, desarrollados estos últimos en los arts. 38 y ss. y 43 y ss., respectivamente, de la Ley 25/2014, no modifica lo expuesto en la 1.ª edición de esta obra sobre el objeto del art. 95 CE, es decir, los tratados internacionales regulados por el Derecho internacional, puesto que es lo que justifica el control preventivo de los mismos.

Puesto que los *Acuerdos internacionales administrativos* regulados en el art. 38 no son otra cosa que la ejecución y concreción de un tratado internacional cuando el propio tratado así lo prevea y los *acuerdos internacionales no normativos* no constituyen fuente de obligaciones internacionales, como declara expresamente el art. 43 de la Ley 25/2014, no

altera, en línea de principio, lo sostenido sobre el objeto del requerimiento de las Cámaras *ex art. 95 CE*.

2. El objeto y alcance del artículo 95 de la CE: entre su plausibilidad como defensa jurisdiccional anticipada de la Constitución y su dimensión cautelar al servicio de la salvaguardia de la responsabilidad internacional del Estado

La finalidad del art. 95 CE es clara, como quedó dicho más arriba, pero su objeto viene constituido por evitar que un tratado internacional *contenga estipulaciones contrarias a la Constitución*, en cuyo caso se abre la puerta a la revisión constitucional, para lo cual el objeto de la decisión es una *decisión vinculante* que debe ceñirse al contraste entre la Constitución y las estipulaciones del Tratado. Constituye, por tanto, una suerte de cláusula residual de internacionalidad, puesto que la Constitución no se cierra al Derecho internacional, pero no quiere que contradiga el orden público constitucional español. Cláusula residual de internacionalidad que constituye una de las causas eficaces para promover una reforma constitucional, quizás la única posible si hablamos en términos de *realismo político*, más allá de las establecidas en el art. 168 de la CE.

Como señaló la *Declaración de 1 de julio de 1992*, si la duda de constitucionalidad se llega a confirmar, el Tratado no podrá ser objeto de ratificación sin la previa revisión constitucional. De este modo —continúa— la Constitución ve garantizada, a través del procedimiento previsto en el Título X, su primacía, adquiriendo el Tratado objeto de examen una estabilidad jurídica plena, por el carácter vinculante de la Declaración del Tribunal.

Es por ello que en la más próxima Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, el Alto Tribunal, haya puesto el acento en el carácter preventivo o cautelar de la vía contemplada en el

art. 95 CE, añadiéndole una *dimensión cautelar* al servicio de la *salvaguardia de la responsabilidad internacional del Estado*. Se trata —añade— que el art. 95 hace posible que las dudas de constitucionalidad que pueda suscitar un tratado se resuelvan con carácter previo a su ratificación, de manera que, de confirmarse aquellas, esta queda impedida en tanto no se revise el texto constitucional o se renegocie el tratado en términos que lo hagan compatible con la Constitución.

Ahora bien, esa vía preventiva para poder llevar a cabo el juicio de constitucionalidad y poder determinar así qué estipulaciones contenidas en el tratado son contrarias a la Constitución exige la determinación del parámetro del control y sobre todo la gravedad de la infracción constitucional que permita calificarla como contraria a la Constitución.

Pero antes convendría dar respuesta a la cuestión planteada por algunos autores (PÉREZ TREMPES), acerca de si es posible que más allá del juicio preventivo de constitucionalidad sobre si tal o cual precepto de un tratado contiene estipulaciones contrarias a la Constitución, pueden plantearse otro tipo de cuestiones colaterales o conexas con *el thema decidendi*. En este punto podría señalarse, sin perjuicio de lo que más adelante se dirá al examinar los aspectos procesales de requerimiento, que los términos de la pregunta pueden tener cierta amplitud, que no imprecisión, siempre que versen sobre el alcance de las estipulaciones del tratado que se consideren contrarias. Y también, como ocurrió en los supuestos de los requerimientos formulados por el Gobierno de la Nación, acerca de la existencia o inexistencia de contradicción entre el art. 8 del Tratado de Maastricht y la Constitución Española, por un lado, y los arts. I-6, II-111 y II-112 de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, planteando algunos aspectos colaterales, como el relativo a la suficiencia o no del art. 93 de la Constitución Española a los efectos de la prestación del consentimiento del Estado a los Tratados cuestionados. Si bien, todo

hay que decirlo, con desigual resultado en el caso de la Declaración de 1 de julio de 1992 y la 1/2004, de 13 de diciembre.

Con todo, cabe señalar que el **Alto Tribunal ha excluido las declaraciones abstractas y generales que no sean constitucionalmente necesarias para resolver el requerimiento previo**, tal como ocurrió en la Declaración de 13 de diciembre de 2004, donde el Tribunal Constitucional declinó pronunciarse sobre la posible conveniencia de introducir modificaciones en la actual redacción del art. 93 CE para aludir expresamente en el mismo al proceso de integración europea, dado que tales cuestiones se movían en el plano de la oportunidad y de lo constitucionalmente innecesario. Cuestión esta última propiciada por el Dictamen del Consejo de Estado, que sirvió de base al requerimiento.

3. Parámetro de control

El parámetro o canon de control para determinar si la celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional es la Constitución *in toto*, tal como declaró el Alto Tribunal en la *Declaración de 1 de julio de 1992*. «Su examen debe ceñirse al contraste entre la Constitución, en cualquiera de sus enunciados, y la estipulación o estipulaciones del tratado que hayan sido sometidas a control previo».

En el caso examinado con ocasión del enjuiciamiento previo del art. 8 B ap. 1 del TCCEE, el Alto Tribunal señaló que de los términos que derivan del art. 95.1 CE queda suficientemente claro que la primera cuestión, decisiva y nuclear a tratar, es la de determinar si entre el art. 13.2 u otros de la Constitución existe o no aquella contradicción.

Por consiguiente, si bien el Alto Tribunal no tiene poderes *ex officio*, en la cuestión relativa al cuestionamiento previo del Tratado, al ser la justicia constitucional en este punto

una jurisdicción estrictamente rogada, lo que sí que puede hacer al llevar a cabo el juicio de contraste es considerar la Constitución conforme al *principio de unidad de interpretación*.

Más dificultoso es acudir a la *noción del bloque de constitucionalidad* como parámetro de control, *ex art. 28 de LOTC*, como algunos autores defienden, por cuanto será menester tener en cuenta el objeto y contenido del tratado para poder ser tenido como parámetro de control.

Lo cierto es que hasta la fecha y habida cuenta la limitada utilización del cauce del art. 95, que no ha sido empleado para contrastar tratados internacionales más allá del ámbito europeo, es difícil pronunciarse sobre el alcance de la noción de bloque de constitucionalidad y sobre todo sobre qué norma, si otros Tratados o los Estatutos de Autonomía u otras leyes serían objeto de integrar dicha noción.

Mantengo una interpretación ceñida, en principio, a la Constitución entendida de manera global con arreglo a la interpretación llevada a cabo por el Alto Tribunal. Sin perjuicio de que pueda, en atención a la cuestión planteada, tomarse como norma integrante del bloque de constitucionalidad los Estatutos u otras Leyes orgánicas, pero de manera muy casuística y en atención a los temas controvertidos; no, con alcance general, como el ejemplo de la propia jurisprudencia recaída en estos casos acredita.

III. SUPUESTOS EN LOS QUE HA SIDO OBJETO DE APLICACIÓN

1. La Declaración de 1 de julio de 1992

A) Antecedentes

El Tratado de Maastricht supuso un avance sustancial en el proceso de construcción europea. Uno de los capítulos novedosos que introdujo fue el de la *ciudadanía europea*, en

el que se incluía el reconocimiento del derecho de sufragio activo y pasivo a los residentes comunitarios en los mismos términos que a los nacionales del Estado miembro en las elecciones municipales y en las elecciones al Parlamento Europeo. En particular, el art. 8 B ap. 1 del TCCEE en la redacción dada por el art. G B, ap. 10 del TUE, estableció:

«Todo ciudadano de la Unión que resida en un Estado miembro del que no sea nacional tendrá derecho a ser electo y elegible en las elecciones municipales del Estado miembro en el que resida, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado. Ese derecho se ejercerá sin perjuicio de las modalidades que el Consejo deberá adoptar antes del 31 de diciembre de 1994, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo; dichas modalidades podrán establecer excepciones cuando así lo justifiquen problemas específicos de un Estado miembro.»

B) El Requerimiento

El Gobierno por Acuerdo del Consejo de Ministros de 24 de abril de 1992 resolvió iniciar el *procedimiento de consulta* previsto en el art. 95.2 de la Constitución al objeto de que el Alto Tribunal se pronuncie sobre la eventual contradicción entre la Constitución y el ap. 8 B del Tratado más arriba transcrito.

Las dudas de constitucionalidad formuladas, para que se emita una declaración vinculante, fueron las siguientes:

La primera duda se refiere a la posibilidad de salvar la eventual contradicción entre el TUE y la Constitución por la vía que ofrece el art. 93 CE, entendiéndose que aquel es un Tratado en el que se atribuye a una institución internacional el ejercicio de competencia derivadas de la Constitución. Por lo que se requiere:

una declaración sobre la constitucionalidad del recurso a la vía establecida en el art. 93 y su adecuación y suficiencia en el orden constitucional:

a) Desde una perspectiva distinta el Gobierno considera que el art. 8 B ap. 1 TCCEE solo sería contrario al art. 13.2 CE si el art. 11 CE circunscribiera la nacionalidad mediante criterios materiales o cualquier otra discriminación no integrable con el propósito del Tratado y no encomendara al legislador la configuración normativa de esta categoría jurídica. Por lo que se requiere *declaración sobre la existencia o no de contradicción entre el art. 8 B ap. 1 del Tratado y el art. 13.2, así como la legitimidad de la interpretación del art. 11 CE expuesta en el escrito de requerimiento.*

b) Aceptando a modo de hipótesis que las soluciones antecedentes fueran viables, pregunta el gobierno cuál habría de ser el procedimiento de reforma constitucional que habría de seguirse, por lo que requiere sobre: *la idoneidad de la vía del art. 167 CE para proceder a la reforma de la Constitución.*

C) *La Respuesta del Tribunal a través de la Declaración al requerimiento*

a) En primer lugar, el Tribunal precisa el orden de las cuestiones planteadas en el requerimiento, a modo de peticiones sucesivas y subsidiarias, y declara que la primera cuestión, decisiva y nuclear, es la de determinar si entre el precepto objeto de examen y el art. 13.2 u otros preceptos de la Constitución existe o no aquella contradicción. El Alto Tribunal considera que mediante el art. 8 b ap. 1 del Tratado se viene a configurar una naciente ciudadanía europea que, sin abolir las distintas nacionalidades, supone una parcial superación del binomio nacional/extranjero. Que, sin embargo, dicha parcial extensión del derecho de sufragio activo y pasivo a los ciudadanos de la Unión no nacionales encuentra un acomodo solo parcial en las previsiones del art. 13 de nuestra Constitución, por lo que

sin perjuicio de la salvedad contemplada en el art. 13.2 CE en orden al sufragio activo en las elecciones municipales, **no cabe, ni por tratados, ni por ley, atribuir el derecho de sufragio pasivo a los no nacionales en cualquiera de los procedimientos electorales para la integración de órganos de los poderes españoles.** La conclusión es que el precepto cuestionado no podría ser objeto de ratificación sin la previa revisión de la norma fundamental.

b) El Tribunal Constitucional analiza también la posible colisión del precepto cuestionado del Tratado con los arts. 23.2 y 1.2 de la CE, para concluir respecto del primero que el art. 23.2 no contiene ninguna norma que excluya a los extranjeros del acceso a cargos y funciones públicas, al no consagrar un derecho a ocupar cargos y funciones públicas, sino simplemente la prohibición de que el legislador pueda regular el acceso a tales cargos en términos discriminatorios. Por lo que hace a la afección del art. 1.2 CE, el Tribunal Constitucional considera que solo podría considerarse controvertida si tales órganos fueran aquellos que ostentan potestades atribuidas directamente por la Constitución y los Estatutos de Autonomía y ligados a la titularidad del pueblo español por la soberanía.

c) Finalmente el Alto Tribunal se pronuncia sobre las demás cuestiones planteadas por el Gobierno en su requerimiento. Respecto a **si el art. 93 es un instrumento idóneo para excepcionar el límite que el art. 13.2** dispone en orden a la extensión del sufragio a los extranjeros por tratados o ley, **la respuesta que da el TC es negativa**, al considerar que, en virtud del art. 93, las Cortes Generales puedan sumar, ceder o atribuir el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución, no disponer de la Constitución misma, puesto que ni el poder de revisión constitucional es una competencia, ni la propia Constitución admite ser reformada por otro cauce que no sea el del Título X. En cuanto a la posibilidad de troquelar la nacionalidad *ex art. 11*, el Alto Tribunal rechaza tal posibilidad de configurar

nacionalidades *ad hoc* para fragmentar, parcelar o manipular la condición de nacionalidad con el objeto de conceder a quienes no son nacionales un derecho fundamental que, como es el caso del derecho de sufragio pasivo, les está vedado por el art. 13 CE. Por todo ello, concluye que al no contrariar el proceso examinado otra norma de la Constitución distinta del art. 13.2 CE, **el procedimiento para la revisión constitucional ha de ser el de carácter general u ordinario contemplado en el art. 167 de la CE.**

De todo lo expuesto puede deducirse que el Alto Tribunal da con una sistemática distinta a la planteada por el Gobierno, respuesta a la totalidad de las cuestiones planteadas por el Gobierno, solventando y pacificando con *auctoritas* y alto grado de convicción jurídica la cuestión controvertida.

2. La Declaración de 13 de diciembre de 2004

A) Antecedentes

El proceso de construcción europea llega a su cenit con el llamado Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, elaborado por una *Convención* presidida por Valéry Giscard d'Estaing, con el propósito de dotar a la Unión Europea de un instrumento de gobierno más acorde con las ampliaciones producidas con los países del este de Europa y escenificar un mayor grado de integración con la propia denominación de la existencia de una Constitución dotada a su vez de una Declaración de Derechos. En nuestro país no se plantearon en el ámbito ciudadano ni político discusiones en torno a su ratificación como ocurriría más tarde en Francia y Holanda, pero sí se habían alzado voces autorizadas de nuestra doctrina y del propio Consejo de Estado en su Dictamen de 21 de octubre de 2004 sobre la necesidad de reformar la Constitución para poder ratificar la llamada, de forma abreviada, Constitución Europea, al contradecir el art. I-6 del Tratado el art. 9.1 de nuestra Carta Magna.

B) El Requerimiento

Por Acuerdo del Consejo de Ministros de 5 de noviembre de 2004 se requirió al Tribunal Constitucional para que se pronunciase sobre la existencia o inexistencia de contradicción entre la Constitución Española y el art. I-6 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004, así como, a la vista de lo establecido en el art. 10.2 CE, *sobre la existencia o inexistencia de contradicción entre la Constitución Española y los arts. II-111 y II-112 del referido Tratado*, que forman parte de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

En virtud de lo anterior el Abogado del Estado interesó que se tuviese por formulado, en nombre del Gobierno, requerimiento al TC para que, con arreglo a los arts. 95.2 CE y 78.1 LOTC, emita una Declaración vinculante sobre los siguientes extremos:

- 1) La existencia o inexistencia de contradicción entre la Constitución Española y el art. I-6 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.
- 2) A la vista de lo establecido en el art. 10.2 de la Constitución Española, la existencia o inexistencia de contradicción entre la Constitución Española y los arts. II-111 y II-112 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, que forman parte de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
- 3) La suficiencia o no del art. 93 de la Constitución Española a los efectos de la prestación del consentimiento del Estado al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.
- 4) En su caso, el cauce de reforma constitucional que hubiera de seguirse para adecuar el texto de la Constitución Española al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.

Como puede observarse, el esquema argumental del requerimiento es parecido al llevado a cabo con ocasión del anterior, formulado con ocasión del requerimiento sobre el Tratado de Maastricht.

C) *La Respuesta del Tribunal a través de la Declaración al requerimiento*

A diferencia de la Declaración de 1 de julio de 1992, la de 13 de diciembre de 2004 inicia su contestación al requerimiento mediante la definición del alcance del art. 93 CE. Para ello el Alto Tribunal señala que el *marco en el que opera* la Declaración de 2004 es distinto del de 1992, razón que permite conferir al art. 93 una dimensión *sustantiva o material* superadora de la definición del art. 93 como un precepto de *índole orgánico procedimental*, tal como hizo en 1992. El TC defiende la imprescindibilidad de una interpretación que atienda a la insoslayable dimensión de integración comunitaria, que parando mientes en el contenido del art. 93 comporta una cesión del ejercicio de la soberanía, cuyos límites materiales no recogidos en la Constitución se traducen en el respeto de la soberanía del Estado, de nuestras estructuras constitucionales básicas y del sistema de valores y principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución.

Sentada la nueva interpretación del art. 93 CE, da respuesta a las preguntas planteadas por el Gobierno:

a) La primera cuestión se refiere al art. I-6 Tratado, cuyo tenor literal es el siguiente: «La Constitución y el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que se le atribuyen a esta *primarán* sobre el Derecho de los Estados miembros».

El Alto Tribunal, tras hacer un examen del alcance del mencionado art. I-6, concluye que el nuevo Tratado no altera sustancialmente la situación creada tras nuestra adhesión a las Comunidades y, si acaso, la simplifica y reor-

dena en términos que hacen más preciso el alcance de la cesión del ejercicio de competencias verificada por España. Pero, sobre todo, se advierte que las competencias cuyo ejercicio se transfiere a la Unión Europea no podrían, sin quiebra del propio Tratado, servir de fundamento para la producción de normas comunitarias cuyo contenido fuera contrario a valores, principios o derechos fundamentales de nuestra Constitución.

Definido lo que la Declaración llama los elementos esenciales del marco normativo, el TC declara enfáticamente que «la proclamación de la primacía del Derecho de la Unión por el art. I-6 del Tratado no contradice la supremacía de la Constitución».

Lo justifica argumentando que *primacía* y *supremacía* son categorías que se desenvuelven en órdenes diferenciados. Aquella, en el de la aplicación de normas válidas; esta, en el de los procedimientos de normación. La supremacía se sustenta en el carácter jerárquico superior de una norma y, por ello, es fuente de validez de las que le están infraordenadas, con la consecuencia, pues, de la invalidez de estas si contravienen lo dispuesto imperativamente en aquella.

La primacía, en cambio, no se sustenta necesariamente en la jerarquía, sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas, de las cuales, sin embargo, una o algunas de ellas tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente debida a diferentes razones. Toda supremacía implica, en principio, primacía (de ahí su utilización en ocasiones equivalente, así en nuestra Declaración 1/1992, FJ 1), salvo que la misma norma suprema haya previsto, en algún ámbito, su propio desplazamiento o inaplicación. La supremacía de la Constitución es, pues, compatible con regímenes de aplicación que otorguen preferencia aplicativa a normas de otro ordenamiento diferente del nacional siempre que la propia Constitución lo haya así dispuesto, que es lo que ocurre exacta-

mente con la previsión contenida en su art. 93, mediante el cual es posible la cesión de competencias derivadas de la Constitución a favor de una institución internacional así habilitada constitucionalmente para la disposición normativa de materias hasta entonces reservadas a los poderes internos constituidos y para su aplicación a estos. En suma —concluye—, **la Constitución ha aceptado, ella misma, en virtud de su art. 93, la primacía del Derecho de la Unión en el ámbito que a ese Derecho le es propio, según se reconoce ahora expresamente en el art. I-6 del Tratado.**

b) La segunda cuestión planteada en el requerimiento del Gobierno se refiere a la posible contradicción con la Constitución de dos estipulaciones del Tratado incluidas en el Título VII de su Parte II y referidas al ámbito de aplicación y al alcance e interpretación de los derechos y principios de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000 y ahora incorporada al Tratado.

La concreta cuestión planteada por el Gobierno se ciñe a la compatibilidad de los arts. II-111 y II-112 del Tratado con la Constitución «a la vista de lo establecido en el art. 10.2 de la Constitución Española».

El Tribunal señala en primer lugar que los problemas de articulación entre regímenes de garantía son característicos de nuestro sistema de derechos fundamentales, correspondiendo a este Tribunal Constitucional la función de precisar el concreto contenido de los derechos y libertades asegurados por el poder público español a partir de la concurrencia, en su definición, de normas internacionales y normas estrictamente internas, dotadas las primeras de instancias propias de protección y, por tanto, de definición autorizada de su contenido y alcance. Los **concretos problemas de articulación que pudieran suscitarse con la integración del Tratado no pueden ser objeto de un pronunciamiento anticipado y abstracto.**

Adentrándose en el alcance del valor interpretativo que, con este alcance, tendría la Carta en materia de derechos fundamentales, señala que no causaría en nuestro ordenamiento mayores dificultades que las que ya origina en la actualidad el Convenio de Roma de 1950, sencillamente porque tanto nuestra propia doctrina constitucional (sobre la base del art. 10.2 CE) como el mismo art. II-112 operan con un juego de referencias al Convenio Europeo que terminan por erigir a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en denominador común para el establecimiento de elementos de interpretación compartidos en su contenido mínimo. Más aún cuando el art. I-199.2 determina en términos imperativos que «la Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales».

En definitiva, concluye que la complejidad inherente a la concurrencia de criterios para la interpretación no dice nada nuevo a propósito del valor que para la definición de cada derecho haya de tener la jurisprudencia de los Tribunales de la Unión Europea. **No supone, en otras palabras, un cambio cualitativo para la relevancia de esa doctrina en la configuración última de los derechos fundamentales por este Tribunal Constitucional.** Significa, sencillamente, que el Tratado asume como propia la jurisprudencia de un Tribunal cuya doctrina ya está integrada en nuestro ordenamiento por la vía del art. 10.2 CE, de manera que no son de advertir nuevas ni mayores dificultades para la articulación ordenada de nuestro sistema de derechos.

Ha de concluirse así, en respuesta a la segunda de las preguntas del Gobierno, que **no existe contradicción entre la Constitución Española y los arts. II-111 y II-112 del Tratado** por el que se establece una Constitución para Europa.

c) En cuanto al tercero de los extremos sobre los que el Gobierno interesa una declaración de este Tribunal, esto es, la suficiencia del art. 93 de la Constitución para la integra-

ción del Tratado en el Derecho español, prácticamente ha quedado afirmada dicha suficiencia en el pórtico de su declaración.

No pronunciándose, por otro lado, sobre la conveniencia de introducir modificaciones en el art. 93 CE, dado que la jurisdicción y el procedimiento *ex* art. 95 solo habilita al TC para pronunciarse sobre lo constitucionalmente necesario. Finalmente, al no ser necesaria la reforma constitucional, carece de sentido pronunciarse sobre las preguntas formuladas en cuanto al alcance de la reforma.

Hasta aquí, por tanto, el contenido de esta segunda Declaración, de corte bien distinta de la primera, como ha puesto de manifiesto la doctrina (DE AREILZA CARVAJAL), pero acorde también con la sensibilidad de un Tribunal muy distinto al de 1992 y al ser de muy diverso alcance las cuestiones planteadas en esta Declaración de 13 de diciembre de 2004.

IV. EL REQUERIMIENTO PREVIO: NATURALEZA, LEGITIMACIÓN, TRAMITACIÓN Y DECLARACIÓN

1. La Naturaleza del requerimiento

El ap. 2 del art. 95 es escueto: «El Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción». La parquedad del precepto hubo de ser colmada por el legislador orgánico al aprobar la Ley 1/1979, de 2 de octubre, del Tribunal Constitucional, y posteriormente por la Ley 4/1985, que, al derogar el art. 79 de la LOTC, relativo al recurso previo contra Estatutos y leyes orgánicas, precipitó la modificación del Título VI *De la Declaración sobre la constitucionalidad de los Tratados Internacionales*, permaneciendo el art. 78 como el único supuesto de control preventivo en nuestro sistema constitucional, que convive con un sistema de corte kelseniano, de jurisdicción concentrada, que sigue de cerca el modelo alemán plasmado en la *Grundgesetz* y en la Ley del Tribunal

Constitucional Federal alemán (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz*).

La convivencia de un modelo principal de corte represivo con otro de corte preventivo polarizó desde su introducción en 1979 para los Estatutos de Autonomía y leyes orgánicas un vivo debate que se zanjó definitivamente en 1985, cuando el Alto Tribunal declaró la constitucionalidad de su supresión en la STC 66/1985, de 23 de mayo.

Sin embargo, nunca fue objeto de discusión la pervivencia del control preventivo para los tratados internacionales debido a su plasmación constitucional en el art. 95. Alzando la vista de manera retrospectiva, podría concluirse que cuando el legislador orgánico introduce con fórceps figuras procesales no contempladas en la Constitución se aclimantan mal entre nosotros. Los ejemplos del recurso previo contra leyes orgánicas, excluidos los Estatutos de Autonomía, o del vigente *conflicto en defensa de la autonomía local*, son buena muestra de ello.

La configuración, por tanto, de un control preventivo que sigue muy de cerca el modelo del art. 54 de la Constitución francesa de 1958 planteaba dudas sobre su naturaleza y alcance, sobre todo una vez que la Ley 4/1984 derogó el único recurso previo con regulación entre nosotros.

Pese a ello, como ha ocurrido con otros procesos constitucionales, el Tribunal Constitucional ha ido configurando los perfiles de este requerimiento previo en su Declaración de 1 de julio de 1992, que luego ha seguido la Declaración 1/2004, de 13 de diciembre. De lo expuesto puede deducirse que el requerimiento contemplado en el art. 95, y desarrollado por la LOTC en su art. 78, es un procedimiento de **naturaleza no contenciosa**, pero de **alcance jurisdiccional**, en el que la posición del Gobierno o de las Cámaras, regulados en los arts. 157.1 del Reglamento del Congreso de los Diputados y 147 del Senado, se asemejan a la del Juez en la cuestión de in-

constitucionalidad, según ha expresado en la Declaración de 13 de diciembre de 2004.

Este carácter no contencioso permite cierta flexibilidad a la hora de la determinación del valor concreto del **escrito de requerimiento, que no tiene los perfiles procesales de un escrito de demanda ni su formalidad**. Por ello, aunque el TC ha señalado la necesidad de salvaguardar el principio de congruencia ente lo pedido o preguntado y lo declarado, puede señalarse que la congruencia se mide en abstracto, pero no en concreto, como acredita el examen del contenido de las Declaraciones del TC. Por lo que se refiere a la **Declaración, su naturaleza y efectos la asemejan a una Sentencia o, si se prefiere, a una decisión**, a semejanza del modelo francés del Consejo Constitucional, que le sirve de referencia. El TC ha tratado, como veremos más adelante, de revestirla de los caracteres y efectos de un acto jurisdiccional con efectos *erga omnes*.

2. La legitimación

La legitimación que el art. 95.1 CE contempla va referida al Gobierno o a cualquiera de ambas Cámaras. El precepto en su vertiente parlamentaria ha sido desarrollado por los Reglamentos del Congreso y del Senado.

La legitimación del Gobierno no plantea cuestiones difíciles de resolver, una vez que se destaque la diferencia entre la **legitimación unipersonal del Presidente del Gobierno** en los procesos de constitucionalidad directa, *ex art. 162.1 a)* de la CE, con la **colegiada del Gobierno que establece el art. 95.2 CE**. Dicha diferencia en la praxis no es relevante ni tiene efecto político ni procesal alguno, porque es también el Consejo de Ministros donde el Presidente del Gobierno adopta el acuerdo para interponer recurso de inconstitucionalidad, siendo en ambos casos trasladada al Tribunal a través de la Abogacía del Estado, que ostenta la defensa y representación del gobierno en este trámite y este procedi-

miento previo de inconstitucionalidad, tal como por otro parte establece el art. 58 del Real Decreto 997/2003, de 11 de julio, *por el que se aprueba el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado*.

En los dos supuestos de autorización de Tratados Internacionales de ámbito comunitario el Gobierno ha consultado al Consejo de Estado (la Comisión permanente debe ser consultada *ex art. 22.1* de su Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, en *todos los tratados o convenios sobre la necesidad de autorización de las Cortes Generales con carácter previo a la prestación del consentimiento del Estado*), que ha tenido sobre todo en la Declaración de 13 de diciembre de 2004 un acusado protagonismo. Sin embargo, desde el punto de vista procesal-constitucional no es necesaria su participación en el proceso previo que conduce al requerimiento como presupuesto procesal, tal como declaró el Alto Tribunal para los conflictos de competencia en la STC 192/2000, de 13 de julio, siendo dicha doctrina trasladable al requerimiento *ex art. 95*. Cuestión distinta de la legalidad procesal-constitucional es la oportunidad de que el alto cuerpo consultivo del gobierno se pronuncie para una cuestión de relevancia constitucional, como por otro lado la práctica de los anteriores requerimientos permite constatar.

La legitimación que de modo y forma genérica prevé el art. 95.2 CE ha sido desarrollada por los Reglamentos de las Cámaras, del Congreso y del Senado, de manera asimétrica. Así, mientras el art. 157.1 del RCD establece que sean «dos grupos parlamentarios o una quinta parte de los Diputados», esto es, setenta diputados, el art. 147 exige que «sean un grupo parlamentario o veinticinco senadores». Tales requisitos, más onerosos en el Congreso que en el Senado, son sin embargo suficientes para que las minorías parlamentarias puedan plantear el requerimiento, cosa que nunca ha ocurrido, lo que demuestra cierto desinterés de los grupos de oposición por la constitucionalidad de los Tratados Internacionales o plena confianza en los conoci-

tos de Derecho constitucional del Cuerpo Diplomático español.

Esa legitimación poco exigente del Senado, en cuanto que un grupo (formado por *diez* Senadores, art. 27.1 RS) o el 10 por ciento aproximado de los miembros de la Cámara —en la actualidad la composición del Senado, sumando a los elegidos los designados por las CC. AA. asciende a **266 Senadores en la XII Legislatura** (2016)—, permitirían, junto a la doctrina de la STC 155/2005, sobre el papel del Senado *ex art.* 74.2 CE en la ratificación de los Tratados Internacionales, especializar al Senado en el control de los Tratados Internacionales, cumpliendo así una función clásica de los Senados o Cámaras Altas en los países federales, cual es el control estricto de la política exterior.

La adopción del acuerdo de formulación del requerimiento en sede parlamentaria debe revestir el carácter de acuerdo del Pleno y la representación y defensa pudiera atribuirse a un comisionado o ser formulado el requerimiento por los Letrados de las Cortes Generales, en virtud de las competencias que les atribuye la disposición adicional sexta de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de *Asistencia Jurídica al Estado e instituciones públicas* (declarada vigente por la disposición derogatoria única de la LEC —Ley 1/2000, de 7 de enero—) y específica para los Letrados de las Cortes, el *Estatuto de Personal de las Cortes Generales, de 27 de marzo de 2006*, en su art. 8.1.

En cuanto al **plazo** para formular el Requerimiento por las Cámaras parlamentarias, tanto la dicción literal del art. 154 del RCD como el del art. 147 (la tramitación del tratado o convenio se interrumpirá —dice el Reglamento del Senado— y solo podrá reanudarse si el criterio del Tribunal es favorable a la constitucionalidad de las estipulaciones contenidas en aquel), hacen referencia a su formulación estando en tramitación la autorización de los Tratados en las Cámaras, lo que plantea una legitimación en sede parlamentaria distinta de la que goza el gobierno, que, a tenor de lo dispuesto en el

art. de la 78 LOTC, al hacer referencia a cuando ya estuviera definitivamente fijado, pero antes de que el Estado preste su consentimiento, permite un amplio margen en el plazo para formular el requerimiento.

Con todo, la inexistencia de jurisprudencia sobre los requerimientos en sede parlamentaria ha silenciado otros problemas, tanto procesales como sustantivos, que hubiesen podido plantearse en relación con la tipología de los Tratados y Convenios (*mayores y menores*), previstos en los arts. 93 y 94 de la CE.

3. La tramitación

El art. 78, aps. 2 y 3, ha regulado la tramitación del requerimiento previo ante el Alto Tribunal, una vez que los órganos legitimados hayan planteado el requerimiento, regulado en el ap. 1 del art. 78.

No plantea la tramitación especiales dificultades, como es habitual en la jurisdicción constitucional, si exceptuamos la admisión de los recursos de amparo. No contempla el ap. del art. 78 la **existencia de un trámite de admisión**, que tampoco tendría mucho sentido en la legitimación otorgada al Gobierno, dado el carácter del requerimiento a modo de preguntas o cuestiones, tal como la práctica de las dos declaraciones tramitadas arroja. Cuestión distinta puede plantear en el caso de un requerimiento planteado por las Cámaras en la que se podría examinar *a limine litis* el cumplimiento de los presupuestos procesales, contemplados en los arts. 154.1 y 147 de RCD y RS, respectivamente.

El Alto Tribunal, una vez que da o tiene por recibido el requerimiento, emplaza al solicitante y a los restantes órganos legitimados, esto es, las Cámaras —Congreso y Senado—, en el caso de que el solicitante del requerimiento fuese el Gobierno; en el supuesto contrario, esto es, que lo sean alguna de las Cámaras, se emplaza a la otra Cámara que no lo haya formalizado así como al Gobierno.

El trámite de la personación, que debe producirse en el **plazo de un mes** desde el emplazamiento, permite a las partes personadas que expresen su «opinión fundada», que puede interpretarse de modo similar a un trámite de alegaciones. Este trámite no participa del rigor de la fase de alegaciones en otros procesos, que impide —según jurisprudencia constante del TC— la ampliación del *petitum* de una demanda. Aquí, de forma motivada, podría ampliarse el objeto del requerimiento dado que el procedimiento previo no reviste el carácter contradictorio de un proceso contencioso, aunque pudiera ser que los órganos legitimados mantuviesen criterios contrapuestos a la hora de la duda sobre la constitucionalidad del tratado, aunque no haya ocurrido así en los requerimientos hasta la fecha planteados.

La práctica arroja también la conclusión sobre el carácter formal de este trámite, no utilizado por el Gobierno y tampoco por el Congreso y el Senado, dando carta de naturaleza a una práctica inveterada de las Cámaras de *personación con ofrecimiento de su colaboración pero sin formular alegaciones*, que debiera corregirse en el futuro, puesto que la representación de las Cámaras pudiera aportar una perspectiva de observancia del Reglamento parlamentario en la tramitación de los Tratados o Convenios que permitiría al Tribunal, en su caso, fijar doctrina sobre los posibles los posibles vicios *in procedendo* planteados.

Una vez que se ha cumplimentado la tramitación, el Alto Tribunal emitirá su *declaración, que tendrá efecto vinculante*.

Finalmente, el ap. 3 del art. 78 de la LOTC institucionaliza **un trámite de consulta** —para aclaraciones, ampliaciones o precisiones— en la que el Alto Tribunal podrá dirigirse en «cualquier momento», a los órganos personados y a otros entes u órganos del Estado o de las CC. AA., así como personas físicas o jurídicas, pudiendo alargar el plazo de un mes que figura en el ap. 2 del art. 78 para formular su opinión, en el mismo tiempo que hubiese

concedido para responder a sus consultas, con un límite máximo de treinta días, que no podrá excederse.

4. La declaración

La forma de terminación el requerimiento *ex* art. 95 CE, complementado por el art. 78 de la LOTC, es la **declaración con efecto vinculante**.

El Tribunal Constitucional ha puesto especial énfasis, en sus Declaraciones de 1 de julio de 1992 y 13 de diciembre de 2004, de dilucidar y precisar el alcance de la propia declaración. Ello ha llevado a que por la doctrina se hable de los aspectos formales y materiales de la Declaración.

Por lo que hace a los primeros, cabría señalar que la Declaración **es un acto jurisdiccional equivalente en sus efectos a una Sentencia**, aunque se justifique que no pueda merecer tal calificativo porque el art. 86.2 LOTC las distingue conceptualmente. En primer lugar, porque es insusceptible de recurso ni reconsideración ante ningún otro órgano del Estado. De una manera académica el Alto Tribunal señaló, en la Declaración de 1 de julio de 1992, que la declaración que prevé el art. 95.2 no es un Dictamen, ni una mera opinión fundada en Derecho, sino una decisión vinculante. Su equivalente más cercano es la Decisión del Consejo Constitucional francés. De alguna manera, la comparación que el TC hace en las Declaraciones del requerimiento con la cuestión de inconstitucionalidad manifiesta el carácter de acto jurisdiccional equivalente a una decisión sobre el fondo que decide definitivamente el requerimiento previo de constitucionalidad formulado.

Desde el punto de vista material, las declaraciones revisten los efectos de cosa juzgada, que produce **efectos erga omnes**.

El Alto Tribunal tuvo especial empeño en precisar que los efectos de cosa juzgada alcanzan

los efectos «negativos o excluyentes», que impedirían trasladar a este Tribunal la estipulación objeto de la resolución a través de la declaración de inconstitucionalidad, y en cuanto a los «positivos o prejudiciales», que ha de obligar a todos los poderes públicos a respetar y ajustarse a la Declaración, con el efecto ejecutivo declarado de que si la estipulación es contraria a la Constitución, el efecto inmediato ha de ser la reforma de la Constitución.

Como podrá observarse, pese a su denominación de declaración, su efecto es múltiple y encaja mejor con el de decisión, que puede ser declarativa caso de que no declare la inconstitucionalidad de las estipulaciones del Tratado, como ocurrió en la Declaración de 13 de diciembre de 2004, o ejecutiva, caso de declarar la inconstitucionalidad de la estipulación, como ocurrió con la de 1 de julio de 1992.

De todas formas, despejados los efectos de la declaración, una mayor utilización del cauce del art. 95 CE nos hubiese deparado decisiones variadas y variables en atención a la problemática que los Tratados plantean, que al fin y a la postre determinan que la decisión sea, como en el caso francés, «conforme» o «no conforme» con la Constitución.

La problemática de convivir el control previo con el represivo quizás exacerbó el primer pronunciamiento del Tribunal, cuya naturaleza, contenido y efectos aquí han quedado reflejados.

5. Coda final sobre el control represivo de los Tratados Internacionales a la luz de la última jurisprudencia constitucional

La cuestión de las vinculaciones entre control preventivo y represivo da pie para abordar de manera sucinta la última jurisprudencia sobre la idoneidad de los Tratados para ser objeto de control de constitucionalidad directa, suscitado *ratione officii* por el Abogado del Estado en la *cuestión de inconstitucionalidad*

planteada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, en relación con la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de ordenación general del sistema educativo (en cuanto al párrafo añadido por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social), y de los arts. III, VI y VII del Acuerdo sobre enseñanza y asuntos culturales, suscrito el 3 de enero de 1979 entre el Estado español y la Santa Sede, ratificado por Instrumento de 4 de diciembre de 1979, a raíz de la problemática del cese o *despido de los profesores de religión católica por el obispo ordinario del lugar*.

En este sentido, y a modo de coda final, puede señalarse que en la STC 38/2007, de 15 de febrero, el Alto Tribunal se enfrentó, por vez primera desde el punto de vista del control represivo de los Tratados Internacionales, con el alegato de si los tratados son normas con «rango de ley», a efectos de los arts. 165 CE y 35.1 LOTC.

El TC, al responder al alegato del Abogado del Estado, no duda en considerar que los *Tratados Internacionales* son objeto idóneo de control de constitucionalidad directa, al tratarse de *normas primarias* incardinadas directamente en la Constitución, al disipar toda sombra de duda sobre la idoneidad de las normas de un tratado para constituirse en objeto de un proceso de control de constitucionalidad.

El TC declara que «nos corresponde enjuiciar aquí la constitucionalidad de un precepto de nuestra Ley Orgánica que nadie ha puesto formalmente en cuestión; ni nos cabe siquiera pronunciarnos *in abstracto* sobre la viabilidad procesal de un tal cuestionamiento. Importa solo decir que si las dudas abrigadas por el Abogado del Estado respecto de **la ortodoxia constitucional del art. 27.2.c) LOTC** derivan únicamente del hecho de que, a su juicio, los tratados internacionales no pueden ser formalmente considerados como

leyes, tales dudas habrían de extenderse a los apartados del art. 27.2 LOTC que también incluyen entre las normas sometidas a nuestra jurisdicción a los Reglamentos parlamentarios, es decir, normas que tampoco son formalmente leyes, pero que por su inmediata vinculación a la Constitución, como ocurre también con los tratados (art. 95.1 CE), aparecen cualificadas como *normas primarias*, siendo justamente esa específica cualificación la que, de acuerdo con nuestra jurisprudencia, confiere su cabal sentido, en este contexto, a la expresión «norma con rango de ley» (por todas, SSTC 118/1988, de 20 de junio, y 139/1988, de 8 de julio)».

No obstante el carácter sumario con que el Alto Tribunal despacha el alegato, sí da pistas sobre algunos aspectos de los efectos de la inconstitucionalidad de los Tratados Internacionales, que solo apuntamos a la luz de la transcripción de esta última doctrina:

«De otro lado, la eventual declaración de inconstitucionalidad de un tratado

presupone, obviamente, el enjuiciamiento material de su contenido a la luz de las disposiciones constitucionales, pero no necesariamente que los *efectos invalidantes* asociados a un juicio negativo lleven aparejada de manera inmediata la nulidad del tratado mismo (art. 96.1 CE). Esta última consideración no debe ser objeto ahora de un mayor desarrollo, como tampoco es pertinente que entremos a considerar las soluciones propuestas por el Abogado del Estado para concretar los efectos y el alcance de una eventual declaración de inconstitucionalidad de los preceptos del Acuerdo con la Santa Sede que aquí se han cuestionado. Solo si esa declaración efectivamente se produce, tendrá sentido que pasemos a precisar sus consecuencias, si es que estas, por algún motivo, no pudieran ser estrictamente las que en principio se desprenden de las previsiones literales de nuestra Ley Orgánica.»

BIBLIOGRAFÍA

ARAGÓN REYES, M., «La Constitución Española y el Tratado de la Unión Europea», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 34, 1992.

DE AREILZA CARVAJAL, J. M., «La inserción de España en la nueva Unión Europea: la relación entre la Constitución Española y el Tratado Constitucional (Comentario a la DTC 1/2004, de 13 de diciembre de 2004)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 73, 2005.

DÍAZ REVORIO, F. J., «Qué Constitución prevalece? (Comentario a la Declaración del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre)», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, vol. II, Pamplona, 2005.

DÍEZ-HOCHLEITNER, J., «Artículo 31», en ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P., DÍEZ-HOCHLEITNER, J. y MARTÍN PÉREZ NANCLARES, J. (Dirs.), *Comentarios a la Ley de Tratados y otros Acuerdos internacionales (Ley 25/2014, de 27 de noviembre)*, Civitas-Thomson, 2015.

FERNÁNDEZ TOMAS, A. F., «Capítulo II Celebración de tratados internacionales, artículos 11 y 12», en ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P., DÍEZ-HOCHLEITNER, J. y MARTÍN PÉREZ NANCLARES, J. (Dirs.), *Comentarios a la Ley de Tratados y otros Acuerdos internacionales (Ley 25/2014, de 27 de noviembre)*, Civitas-Thomson, 2015.

MARTÍN PÉREZ NANCLARES, J., «Art. 19», en ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P., Díez-Hochleitner, J. y MARTÍN PÉREZ NANCLARES, J. (Dirs.), *Comentarios a la Ley de Tratados y otros Acuerdos internacionales (Ley 25/2014, de 27 de noviembre)*, Civitas-Thomson, 2015.

PÉREZ TREMPES, P., «Comentario al artículo 78 de la LOTC» en REQUEJO PAGÉS, J. L. (Coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, TC-BOE, Madrid, 2001.

PULIDO QUECEDO, M., *La Constitución Española. Comentada con jurisprudencia sistematizada y concordancias*, 6.ª ed., 1.ª ed. en El Derecho, Madrid, 2012.

- *La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Comentada, Anotada, con Jurisprudencia*, 2.ª ed., Cizur Menor, Civitas, 2007.
- «Sobre algunos aspectos constitucionales de los Acuerdos con la Santa Sede sobre enseñanza y asuntos culturales (Caso profesores de religión)» *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 2, 2007.
- «La autorización de los Tratados internacionales: la interdicción del Decreto-ley y la reserva de procedimiento *ex art. 74.2 CE*», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 10, 2005.

REMIRO BROTONS, A., *La acción exterior del Estado*, Tecnos, Madrid, 1984.

- «Comentario al artículo 95» en ALZAGA VILLAAMIL, O., *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, tomo VII, CG-Edersa, Madrid, 1998.

RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., «No existe contradicción entre la Constitución Española y la Constitución Europea: la declaración del Tribunal Constitucional», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 9, 2005.

RODRÍGUEZ ZAPATA, J., «Los Tratados internacionales y los controles de constitucionalidad», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 30, 1981.

ROLDÁN BARBERO, J., «Art. 32», en ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P., Díez-Hochleitner, J. y MARTÍN PÉREZ NANCLARES, J. (Dirs.), *Comentarios a la Ley de Tratados y otros Acuerdos internacionales (Ley 25/2014, de 27 de noviembre)*, Civitas-Thomson, 2015.

RUBIO LLORENTE, F., «La Constitución Española y el Tratado de Maastricht», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 36, 1992.

RUBIO LLORENTE, F. y ÁLVAREZ JUNCO, J., *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional*, Texto del informe y debate académico, Consejo de Estado-CEPC, Madrid, 2006.

SERRANO ALBERCA, J. M., «Comentario al art. 95 CE» en GARRIDO FALLA, F., *Comentarios a la Constitución*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1985.

URÍA GAVILÁN, E., *La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos*, J. M. Bosch Editor, 2018.

Artículo 96

1. Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional.

2. Para la denuncia de los tratados y convenios internacionales se utilizará el mismo procedimiento previsto para su aprobación en el artículo 94.

Sumario: I. La aproximación doctrinal al art. 96 CE: una síntesis. II. El art. 96 en la jurisprudencia del TC. 1. El art. 96.1 CE como base jurídica para la incorporación de los tratados internacionales en el Derecho español. 2. El deslinde entre el art. 10.2 y el 96 CE. 3. La válida celebración del tratado: un aspecto apenas esbozado. 4. La publicación oficial como condición de oponibilidad. 5. Otros aspectos relativos a la publicación oficial. 6. La indefinición respecto a las normas consuetudinarias internacionales. 7. Los tratados internacionales y el bloque de la constitucionalidad. 8. El rango de los tratados internacionales en el Derecho español: el alcance de la fuerza pasiva. 9. La incidencia del art. 96 sobre los efectos internacionales del control de constitucionalidad de los tratados. III. El art. 96 CE en la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y Otros Acuerdos Internacionales: una regulación dispersa. IV. Consideraciones finales.

PAZ ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA
CATEDRÁTICA DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO
UNIVERSIDAD DE OVIEDO

Dedicado a regular las relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho español, el art. 96 ha suscitado una nutrida producción doctrinal y dado lugar a diversos pronunciamientos por parte del TC. Los dos apartados que lo componen regulan con mayor o menor precisión y acierto, según el caso, las principales cuestiones, pero también dejan abiertos algunos interrogantes para la práctica posterior. Ante todo, conviene recordar los diferentes aspectos en presencia, tal como han sido resaltados por la doctrina.

I. LA APROXIMACIÓN DOCTRINAL AL ART. 96 CE: UNA SÍNTESIS

Es evidente que el ap. 1 de la disposición es el más rico en contenido y por tanto el que ha concentrado los análisis. En su primera parte se ocupa de la recepción de los tratados internacionales en nuestro sistema, optando por asumir la tradición histórica favorable a la recepción automática, como ya había hecho previamente el art. 1.5 del Código Civil. En este punto, en un momento inicial la doctrina prolongó el debate que había comenzado a

propósito del citado precepto preconstitucional en relación con el significado de la publicación oficial, en el que mientras que algún autor calificó esta «como condición esencial para la integración de esta normativa internacional en el orden interno» (GONZÁLEZ CAMPOS, 1977, 115), otro prefirió considerarla como «condición suspensiva» (RODRÍGUEZ ZAPATA, 1976, 229). Sin embargo, como se dijo con razón, «la dualidad de posiciones doctrinales... si bien parten de mundos teóricos diferentes, no llegan a conclusiones prácticas demasiado alejadas entre sí. Ello concuerda con la redacción del art. 96.1 de la Constitución, que parece estar situada más allá de las polémicas entre monismo y dualismo... Creemos, sinceramente, que dejando a un lado la legítima defensa de las convicciones doctrinales y de ciertas premisas más semánticas que de fondo, los puntos de convergencia en las conclusiones priman sobre sus contrarios» (SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, 1984, 81). Por ello pronto hubo coincidencia en afirmar que «la publicación es una condición para la aplicación directa de la norma internacional en cuanto condición de oponibilidad» (MANGAS MARTÍN, 1980, 175), una «condición esencial, aunque no única, para la aplicación directa de las normas jurídicas contenidas en los tratados» que a la luz de la práctica «acaba siendo una mera condición para la oponibilidad de un tratado a las personas» (REMIRO BROTONS, 1987, 267 y 269). En torno a esta primera parte del art. 96.1, la doctrina se ha detenido también a analizar aspectos conexos, como son las características de la publicación y la exigencia de la válida celebración como manifestación del «respeto que nuestra norma fundamental profesa hacia la regularidad del procedimiento internacional e interno de celebración de los tratados» (SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, 1984, 90-91).

Por otro lado, el art. 96.1 *in fine* y la historia de su elaboración alimentaron la discusión sobre el rango de los tratados internacionales en nuestro sistema, afrontada por la mayoría de los internacionistas en términos de jerarquía o primacía sobre las leyes y en

términos de competencia por muchos administrativistas.

Paralelamente, el art. 96.1 ha sido esgrimido para resolver la cuestión de la recepción de las normas consuetudinarias internacionales en el Derecho español, en ausencia de una disposición específica en la Constitución. En efecto, como se ha dicho, «Ayunos de precepto constitucional que decida si el Derecho internacional general forma parte del ordenamiento español directamente o solo una vez acrisolado por el legislador, la doctrina se puso a trabajar para evitar que la *práctica* entendiese la omisión como negación de la adaptación automática. Llevados de la mejor intención, creían unos haber visto una norma constitucional implícita y otros supusieron una admisión tácita del acatamiento de las normas generales del Derecho internacional» (REMIRO BROTONS, 1998, 232) y en ese empeño, el art. 96.1 *in fine* ha sido considerado con carácter general como la expresión del «diseño de nuestra ley fundamental de proclamar la integración y la jerarquía normativa del Derecho internacional general en el ordenamiento interno español» (JUSTE RUIZ, 1980, 180); en cambio otros han entendido de forma más restringida que «significa una recepción de las técnicas específicas del derecho de los tratados» (SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, 1984, 84) o que «solo reconoce la aplicabilidad del Derecho internacional general con respecto a la función específica que este mismo artículo le asigna» (ARROYO LARA, 1987, 410).

Las deficiencias técnicas, desde el punto de vista del Derecho internacional de algunos de los términos empleados en el art. 96 también han dado lugar a comentarios de los expertos, señalando la terminología equívoca del art. 96.1 *in fine* así como que en el art. 96.2 «la utilización del término «denuncia» abre el difícil expediente técnico de definir este concepto, de precisar su equivalencia o no para otras situaciones (por ejemplo, la de retiro) y de determinar si la denuncia a que alude nuestro texto constitucional es aplicable por igual a las situaciones de nu-

lidad, terminación de la aplicación o retiro de los tratados internacionales de que sea parte España» (SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, 1984, 92). En la misma línea, se ha indicado que «las diferentes formas de modificación de la eficacia vinculante de un tratado, casuística y rigurosamente delimitadas en el Convenio de Viena de 1969 (enmienda, modificación, nulidad, terminación, retiro, denuncia y suspensión de su aplicación), han quedado reducidas aquí a un elenco *sui generis* de incidencias sin correspondencia clara con las establecidas en el citado Convenio sobre el Derecho de los tratados y sin que en alguna ocasión sea fácilmente inteligible su sentido específico (así, la derogación)» (JUSTE RUIZ, 1980, 194). Tampoco ha pasado desapercibido el olvido del art. 93 en la incompleta cita del art. 96.2 a los procedimientos internos de aprobación de los tratados, subsanada por el art. 160 del Reglamento del Congreso de los Diputados. Despiste redaccional que llevó a exclamar que «Ante esta notoria inconsistencia del texto constitucional el intérprete se encuentra ciertamente perdido» (JUSTE RUIZ, 1980, 195).

Al apuntar los defectos u oscuridades del art. 96, algún autor dejó asignado desde temprano un papel relevante para el TC. Así, en relación con la primacía de los tratados internacionales y, en concreto, de la relación entre el tratado y la ley posterior, se planteó la posibilidad de que el Tribunal se decidiera «exprimir hasta la última gota el zumo del art. 96.1», afirmando que «En manos, pues, del Tribunal Constitucional está el criar por sí mismo el último inciso del art. 96.1 de la Constitución, darlo a los cuidados de los jueces ordinarios o hacer de él una estrofa de la canción de cuna de las Cámaras legislativas» (REMIRO BROTONS, 1987, 341).

También el reenvío a las normas internacionales efectuada por el art. 96.1 *in fine* ha llevado al mismo autor a considerar que tal remisión «podría llevar muy lejos a un Tribunal Constitucional dispuesto a experimentar todas sus consecuencias, particularmente en relación con el debido respeto por los órga-

nos del Estado del *ius cogens* internacional que, por su misma condición, no admiten acuerdo en contrario por soberano que sea. El nivel de abstracción de los principios fundamentales del orden internacional de necesaria aplicación no debería arredrar a gentes avezadas en la interpretación de preceptos como los constitucionales...». En su opinión: «No solo el tratado, sino todos los actos unilaterales con él relacionados, particularmente la denuncia, podrían ser fiscalizados por el Tribunal Constitucional al amparo del último inciso del art. 96.1 de la Constitución. Cabe sustentar, sin embargo, una duda razonable acerca de la disponibilidad del Tribunal para adentrarse en este laberinto, en el caso de que los legitimados para ello lo invitaran a hacerlo» (REMIRO BROTONS, 1996, 646-647).

Sentadas las cuestiones presentes en el precepto e incluso lanzado el guante a la labor interpretativa y pretoriana del TC, procede pasar ahora al estudio de la jurisprudencia constitucional.

II. EL ART. 96 EN LA JURISPRUDENCIA DEL TC

Hasta el presente, el TC ha invocado varios de los aspectos presentes en la disposición objeto de nuestro estudio, si bien hay otros en los que no ha entrado o que todavía no se han planteado en los asuntos suscitados ante él. Así, el Tribunal ha traído a colación el art. 96 para afirmar la incorporación de las normas convencionales internacionales a nuestro sistema, ha articulado adecuadamente el juego de esta disposición con el art. 10.2 CE y ha prestado especial atención a la exigencia de publicación de los tratados internacionales. En cambio, el rango de estas normas así como el alcance del art. 96 en relación con la presencia de las normas consuetudinarias internacionales en el Derecho español apenas han sido objeto de consideración en la jurisprudencia constitucional. Tampoco se ha ocupado hasta ahora de las cuestiones reguladas en el art. 96.2.

1. El art. 96.1 CE como base jurídica para la incorporación de los tratados internacionales en el Derecho español

Cuando hay tratados internacionales entre las normas jurídicas aplicables al caso, es habitual que la decisión del TC cite esta disposición constitucional, habitualmente de forma parca. Así, refiriéndose al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ya la STC 76/1982 afirmó «que forma parte de nuestro ordenamiento interno (art. 96.1 de la CE)» (FJ 5). Por su parte, la STC 71/1988 recordó que hay que tener en cuenta no solo las normas **internas, sino también las internacionales «en cuanto constituyen también (art. 96) nuestro ordenamiento interno»** (FJ 2), que en el caso eran los convenios sobre derechos humanos. En la STC 245/1991 fue el Convenio europeo de derechos humanos el que lleva al TC a decir que «Ha de tenerse en cuenta que el Convenio no solo forma parte de nuestro Derecho interno, conforme al art. 96.1 de la CE...» (FJ 3), afirmación con la que precisa una referencia anterior mucho más genérica hecha en la misma Sentencia a que «Desde la perspectiva del Derecho internacional y de su fuerza vinculante (art. 96 CE)...» (FJ 2). Ambas expresiones son reiteradas por la STC 197/2006 mientras que solamente la segunda de ellas aparece en la STC 313/2005. A su vez, es el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea el que llevó a afirmar en la STC 58/2004 que «conforme al art. 96 de nuestra Constitución... forma parte del Ordenamiento interno» (FJ 10); esta expresión viene siendo reiterada hasta la actualidad (SSTC 51/2011, FJ 5; 207/2013, FJ 4; 3/2018, FJ 4).

En otras ocasiones, han sido los Votos Particulares los que efectúan la cita. Así, el formulado por el Magistrado De la Vega Benayas a la STC 160/1987 dice respecto del Convenio europeo de derechos humanos que «es derecho vinculante en España (art. 96 CE)», mientras que es el Magistrado De Mendizábal Allende el que en su Voto Particular a la STC 203/1994, a propósito del Pacto Internacional

de Derechos Civiles y Políticos, se refiere a «Este mandato incorporado a nuestro Derecho interno conforme al art. 96.1 CE».

La cita es más extensa en la STC 187/1991, que en relación con el Acuerdo sobre enseñanza y asuntos culturales entre España y la Santa Sede, de 1979, señala que «dicho Acuerdo es un Tratado internacional cuyo texto ha sido aprobado por las Cortes Generales y publicado oficialmente... lo que significa, en virtud de lo dispuesto en el art. 96 de la CE, que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico interno» (FJ 1). Por su parte, la STC 87/2000 alude a «lo dispuesto en el art. 96.1 de la Constitución, según el cual «los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados en España, formarán parte del ordenamiento interno»» (FJ 5); en el mismo sentido se orienta la STC 100/2012 (FJ 7).

En el extremo contrario aparecen dos decisiones de los primeros años de andadura del Tribunal, que omiten la mención expresa del art. 96 aunque señalan el efecto de recepción. Es lo que sucede en la STC 42/1982, que a propósito del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se refiere a «Este mandato, incorporado a nuestro Derecho interno (cfr. *BOE...*)» y en la STC 66/1982, que respecto al Acuerdo sobre asuntos jurídicos entre España y la Santa Sede dice que «una vez publicado oficialmente el tratado, forma parte del ordenamiento interno».

La más sorprendente de todas las decisiones que se pueden traer a colación en este apartado es la STC de 23 noviembre 1981, que en torno a la aplicación de convenios de la OIT recuerda que «se incorporan al ordenamiento interno», pero cita el art. 1.5 del Código Civil y olvida el art. 96 CE.

2. El deslinde entre el art. 10.2 y el 96 CE

La jurisprudencia del TC no ha sido ajena a las confusiones e imprecisiones sufridas por nuestros Tribunales a la hora de distinguir el

doble efecto que los tratados internacionales en materia de derechos humanos presentan en el orden interno español, de acuerdo con lo previsto por los arts. 10.2 y 96 CE, esto es, de interpretación conforme al primero de ellos, de incorporación a nuestro Derecho según el segundo. Se ha dicho acertadamente que «Con frecuencia, las elaboraciones jurisprudenciales tienden a primar el primer aspecto con menosprecio del segundo, olvidando que las normas contenidas en los tratados ya forman parte integrante de nuestro ordenamiento... Dicho en otros términos, cuando se aplica con excesiva generosidad el art. 10.2, se corre el riesgo verosímil de relegar a un segundo plano el contenido del art. 96» (SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, 1983, 118).

Sin embargo, al valorar la posición del TC en relación con esta cuestión, la conclusión ha sido que «la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional ha situado ambos preceptos en sus términos exactos, poniendo de manifiesto la operatividad que el primero puede presentar en determinados casos» (SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, 1984, 169). Esta afirmación se hacía a la vista de la STC 42/1982, en la que en relación con el derecho a la doble instancia en los juicios penales se invocó «El Pacto internacional de derechos civiles y políticos, de conformidad con el cual han de interpretarse las normas sobre derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, a tenor de lo dispuesto en el art. 10.2 de esta...», cuyo art. 14.5 lo consagra, añadiendo que «Este mandato, incorporado a nuestro Derecho interno (cfr. *BOE*...) no es bastante para crear por sí mismo recursos inexistentes, pero obliga a considerar que entre las garantías del proceso penal a las que genéricamente se refiere la Constitución en su art. 24.2, se encuentra la del recurso ante un Tribunal superior y que, en consecuencia, deben ser interpretadas en el sentido más favorable a un recurso de ese género todas las normas del Derecho procesal penal de nuestro ordenamiento» (FJ 3).

Otras decisiones posteriores avalan esa valoración positiva, como ocurre con la STC

76/1982, la cual, a propósito del mismo artículo del Pacto, dijo «que forma parte de nuestro ordenamiento interno (art. 96.1 de la CE) y sirve a la vez de pauta para interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce (art. 10.2 de la misma)» (FJ 5). También, la STC 71/1988 apuntó que las normas internas aplicables en el caso «han de ser interpretadas no solo de acuerdo con la CE, sino con las internacionales por obra del art. 10.2 CE y en cuanto constituyen también (art. 96) nuestro ordenamiento interno» (FJ 2). Cabe destacar en particular la STC 245/1991, en la que en relación con el Convenio europeo de derechos humanos y la ejecución en España de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos estableció que «Ha de tenerse en cuenta que el Convenio no solo forma parte de nuestro Derecho interno, conforme al art. 96.1 de la CE, sino que además, y por lo que aquí interesa, las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas contenidas en la CE, deben interpretarse de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (art. 10.2 CE), entre los que ocupa un especial papel el Convenio... Por lo tanto, ha de valorarse, en el plano de nuestro Derecho interno, si existen medidas para poder corregir y reparar satisfactoriamente la violación de ese derecho fundamental...» (FJ 3). Lo mismo se repite en la STC 197/2006 (FJ 3). Otras decisiones más recientes del TC siguen mostrando una correcta comprensión del art. 10.2 CE (véanse las SSTC 12/2008, FJ 2; 136/2011, FJ 12; 10/2014, FJ 4; 3/2018, FJ 4, y el ATC 27/2017, FJ 2).

El contrapunto a las loables decisiones anteriores, afortunadamente aislado, está en la STC 16/1989, que se refiere al «Convenio Bilateral entre España y Francia de 9 de abril de 1969, que regula la asistencia judicial en materia penal entre los dos Estados... que, de conformidad con los arts. 9.1, 10.2 y 96.1 de la Constitución vincula al Juzgado de Distrito» (FJ 3).

3. La válida celebración del tratado: un aspecto apenas esbozado

Esta exigencia, establecida en el art. 96.1 para que se produzca la incorporación de la norma convencional internacional en el Derecho español, no ha aflorado en la jurisprudencia constitucional. Tan solo cabe citar el Auto 740/1984, que, en relación con el Convenio de cooperación cultural, científica y técnica entre España y Francia, de 1969, y tras citar literalmente el texto del ap. 1 de la disposición constitucional que nos ocupa, da por «supuesta la validez —de conformidad con la legislación vigente en su momento— del Convenio» (FJ Único).

A la constatación anterior debe añadirse la advertencia de que el TC se ha ocupado de un tema que en las instancias anteriores se había vinculado al art. 96 CE. Se trata del asunto del Canje de Notas entre España y Alemania en relación con el Convenio europeo de extradición, impugnado en un proceso de extradición ante la Audiencia Nacional por no haber sido celebrado por el Rey. El Auto de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 2.^a) de 16 de julio de 1990 se preguntó: ¿ese tratado forma parte de nuestro ordenamiento interno?, ¿es de aplicación directa en nuestro país?, ¿es fuente del Derecho español? Y concluyó, tras citar los arts. 93, 94, 95 y 96.1 CE, que «no forma parte del ordenamiento jurídico español por no haberse expresado el consentimiento mediante la manifestación del Rey». Por su lado, el posterior Auto de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Pleno), de 22 de octubre de 1990, resolvió la papeleta calificando el texto como encuadrable en el art. 94.2 CE y afirmando que por ello «no necesita en modo alguno de manifestación del consentimiento por el Rey»; en su defectuosa argumentación considera «llevado a efecto lo prevenido en los arts. 1.5 del Código Civil y 96.1 de la Constitución para tener integrado en el ordenamiento interno el acuerdo». Pese a estos planteamientos previos, el ATC 114/1991 no menciona en ningún momento la disposición constitucional.

4. La publicación oficial como condición de oponibilidad

Del conjunto de cuestiones que se plantean en relación con el art. 96 CE, esta es la que ha dado lugar a pronunciamientos más relevantes por parte del TC. Como es sabido, la decisión más trascendente es la STC 141/1998, que concedió el amparo frente a las decisiones de la Audiencia Nacional por las que se decidió la extradición a Italia de una persona debido a que un elemento decisivo en el procedimiento había sido la retirada por parte de Italia de una reserva, lo cual no había sido publicado en el *BOE*. La reserva excluía la aplicación en las relaciones entre España e Italia del Título III del Segundo Protocolo Adicional al Convenio europeo de extradición. En el análisis de la exigencia de publicidad de las normas en nuestro Derecho —argumento esencial para la decisión— el art. 96 es invocado por el TC como uno de los preceptos clave, junto con el art. 9.3 CE, el 91 CE y el 1.5 y 2.1 del Código Civil. Una vez proclamada la importancia del principio de publicidad de las normas como garantía para los ciudadanos en un Estado de Derecho, el Tribunal pasó a dilucidar si la retirada de la reserva a un tratado debe ser o no publicada oficialmente para que produzca plenos efectos en nuestro ordenamiento, punto en el que el art. 96.1 cobra una relevancia decisiva en el razonamiento, llevándole a decir que «una cláusula de un Tratado —y... la retirada de la reserva lo es— no entra a formar parte del ordenamiento jurídico español si no ha sido previamente publicada de forma oficial. Los Tribunales españoles no pueden aplicar un precepto convencional que no se ha integrado en nuestro Derecho, especialmente si con él resulta afectado un derecho fundamental de los particulares como es el de la libertad... el incumplimiento de las autoridades españolas de sus obligaciones respecto a la publicación de las incidencias de un Tratado no puede repercutir perjudicialmente en la esfera de intereses de un individuo reclamado de extradición» (FJ 6). El TC no admitió ninguno de los paliativos aducidos para poder aplicar el texto afectado

por la reserva, debido a la cual el citado Título III «no regía en las relaciones ítalo-españolas, y eso es lo que ocurre efectivamente hasta tanto no sea publicada oficialmente en España la retirada de esa reserva» y señala que «los justiciables no tienen obligación de conocer el Derecho escrito aplicable a través de los precedentes judiciales, sino, en todo caso, la posibilidad de conocerlo mediante su publicación en los diarios oficiales», por lo que concluyó que «la Audiencia Nacional declaró procedente la extradición en aplicación de un precepto que, al no estar publicada oficialmente la retirada de reserva que le afectaba, no formaba parte del ordenamiento jurídico español y, en consecuencia, vulneró la garantía fundamental de la extradición de que esta solo pueda ser concedida en cumplimiento de un Tratado o de la Ley, atendiendo al principio de reciprocidad» (FJ 7).

La doctrina alabó la posición del TC, resaltando que «ha enfatizado las exigencias de integridad y continuidad inherentes a la publicación de los instrumentos convencionales, sancionando la inaplicación de aquellos actos conexos no publicados», de forma que «la publicación del tratado... constituye el límite más allá del cual no es factible que se aventuren nuestros jueces y Tribunales», y concluyendo que «La aportación de nuestro Tribunal Constitucional ha eliminado, pues, una de las sombras que se cernían sobre el tema de la publicación de los tratados al zanjar definitiva y autorizadamente la deriva del sistema hacia soluciones judiciales fundamentadas en un excesivo pragmatismo pero inconciliables con nuestro sistema jurídico» (GONZÁLEZ VEGA, 1999, 596-597).

Con posterioridad, dos decisiones más han reiterado el requisito de la publicación del tratado como condición de aplicabilidad, siempre en relación con casos de extradición, lo que nos permite hablar de doctrina consolidada y confirma los planteamientos doctrinales que vinculan especialmente esta exigencia con los supuestos de oponibilidad a los particulares. Se trata de las SSTC

292/2005 y 328/2005. La primera reproduce en su FJ 4 los párrafos más relevantes de la STC 141/1998 y termina afirmando que «la reseñada falta de publicación oficial en España en el momento de la decisión de extradición de las normas que se invocan para proceder a la misma... ha supuesto la vulneración de los derechos del recurrente a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE)». La segunda se remite a la STC 292/2005 para llegar a las mismas conclusiones (FJ 2).

Ahora bien, hay que poner de relieve que en estas dos últimas decisiones no había identidad de supuestos respecto de la STC 141/1998. En efecto, en la STC 292/2005 la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 3.^a) dictó resolución declarando procedente la extradición de una persona solicitada por Francia pese a no cumplirse el principio de reciprocidad, por entender que «las modificaciones legislativas producidas en este país, a fin de adecuar su ordenamiento jurídico a la normativa comunitaria relativa a la Euro-Orden, ha dejado sin vigencia la reserva que en su momento hizo al Convenio de Extradición respecto de la entrega de sus nacionales». Recurrido el Auto, el adoptado posteriormente por el Pleno de la Sala de lo Penal hizo suyos los razonamientos del anterior e indicó que Francia había formulado una declaración conforme al art. 28.2 del Convenio europeo de extradición, poniendo de relieve que, desde el 12 de marzo de 2004 para París y el 13 de marzo de 2004 para el resto de Francia, las disposiciones relativas a la Orden de Detención Europea, cuando puede ser aplicada, reemplazan a las disposiciones correspondientes del citado Convenio. El Auto insiste en que «las modificaciones dejan sin efecto la reserva francesa al art. 6.1 del Convenio Europeo de Extradición, siendo ya aplicables en la actualidad, y con independencia de la fecha de la Orden Internacional de Detención, que en este caso es de 14 de mayo del año 2001» y en que «no se están aplicando en este caso las normas de la decisión-marco ni tampoco de la Ley español-

la 3/2003 de 14 de marzo, sobre la Orden Europea de Detención y Entrega; lo que se aduce es que en el orden interno francés, por virtud de las modificaciones normativas francesas, ya no rige la prohibición de la entrega de nacionales en el texto de la Euro-Orden, lo que significa un cambio normativo que impide la aplicación del principio de reciprocidad en la denegación de esta extradición. Se aplican, por consiguiente, a este supuesto las normas de la extradición, pero teniendo en cuenta la normativa interna francesa».

En el razonamiento de la Audiencia Nacional late una confusión entre la reserva formulada por Francia al art. 6 del Convenio Europeo de Extradición y la normativa adoptada por este país para dar cumplimiento a la Decisión Marco del Consejo relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (2002/584/JAI). Al hilo de esta confusión, la demanda de amparo alega entre sus motivos el hecho de que la extradición se haya concedido en virtud de una modificación normativa francesa que ha supuesto la retirada de la reserva y que no ha sido publicada en España. El TC se deja arrastrar por este planteamiento y afirma que «el núcleo de la controversia radica en la infracción del principio de legalidad extradicional contemplado en el art. 13.3 CE en el que habrían incurrido las resoluciones judiciales objeto de este proceso al conceder la extradición sin atender al principio de reciprocidad, en cuanto el cumplimiento de tal presupuesto se habría hecho efectivo en virtud de una normativa que, por no estar publicada en el *Boletín Oficial del Estado* en el momento de la adopción de la decisión de entrega, no era aplicable en España» (FJ 2). Inevitablemente, la asunción de este enfoque conduce al TC a traer a colación la STC 141/1998, que resulta citada abundantemente en el FJ 4, en el que se añade que «los derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) exigen que la concesión de la extradición... tenga su fundamento en una ley o en un convenio que forman parte del ordenamiento interno, lo que a

su vez requiere que hayan sido objeto de publicación oficial en España».

Para el TC, «lo que se trata de dilucidar es si en relación con la entrega de nacionales entre España y Francia existía Convenio, lo que a su vez depende de si seguía existiendo la citada reserva y, en su caso, si su pérdida de eficacia, o la norma que se estimara que la comportaba, había sido publicada, lo que permitiría la aplicación por parte de los órganos judiciales de las cláusulas del Tratado que en su día habían quedado sin vigencia por la reserva y que con tal publicación pasaban a formar parte del ordenamiento interno español», recordando que «las reservas a un convenio, y consecuentemente su eliminación, forman parte del convenio mismo, pues delimitan su ámbito de aplicación... y por tanto deben ser publicadas» (FJ 5). La conclusión es la ya señalada de que «la reseñada falta de publicación oficial en España en el momento de la decisión de extradición de las normas que se invocan para proceder a la misma... ha supuesto la vulneración de los derechos del recurrente» (FJ 6). De esta forma, el Tribunal acepta acriticamente un planteamiento erróneo y llega al resultado apuntado «Con independencia ahora de toda consideración acerca de la interpretación de dichas normas» (FJ 6).

El Voto Particular formulado por el Magistrado Rodríguez-Zapata, al que se adhieren los Magistrados Jiménez Sánchez y García-Calvo, tiene el mérito de aclarar la situación, al discrepar de la sentencia porque «Francia no ha retirado reserva alguna al Convenio Europeo de Extradición ni tampoco la ha dejado sin efecto, por lo que la *ratio decidendi* de la sentencia se sustenta en un hecho que no se ha producido y en una doctrina (la de la STC 141/1998, de 29 de junio) que carece de relieve para el caso». Añade que «la cuestión planteada en este caso no es tan compleja y no consiste en la retirada de una reserva a un Convenio multilateral [...] sino en la distinta y sencilla de aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia en el tiempo [...] sucediendo aquí el Régimen de la Decisión Mar-

co [...] al sistema del Convenio Europeo de Extradición. La Declaración de la República francesa al Convenio... no es una retirada de la reserva al art. 6 del Convenio por la que se excluye la extradición de nacionales franceses, por la sencilla razón de que no se produce en aplicación del art. 26.2 del expresado Convenio europeo (que las regula), sino del art. 28.3 del mismo (sobre disposiciones internas uniformes o recíprocas que regulen la extradición entre dos o varias Partes). La reserva no se ha retirado porque sigue, y seguirá, rigiendo respecto de los Estados parte en el Convenio que no son miembros de la Unión Europea y respecto de los mismos Estados miembros de la Unión Europea (entre ellos España) cuando, por el juego de las normas de Derecho intertemporal, les sea aplicable todavía el régimen pleno del Convenio...».

Otro Voto Particular, el formulado por el Magistrado Rodríguez Arribas, se refiere también a que «la referida declaración del Estado francés [...] más que retirar la reserva [...] lo que hace es sustituir [...] el sistema de extradición por la llamada Euro-Orden entre los países correspondientes que pertenezcan a la Unión Europea». En efecto, el propio preámbulo de la Decisión Marco proclama que «El objetivo atribuido a la Unión de llegar a ser un espacio de libertad, seguridad y justicia da lugar a la supresión de la extradición entre los Estados miembros, debiéndose sustituir por un sistema de entrega entre autoridades judiciales», y asevera que «La orden de detención europea debe sustituir, en las relaciones entre Estados miembros, a todos los instrumentos anteriores relativos a la extradición». De lo que se hace eco la LO 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega, cuando dice, también en su Exposición de Motivos, que «el clásico procedimiento de extradición [...] ha desaparecido de las relaciones de cooperación judicial entre los Estados miembros de la Unión Europea».

En definitiva, al valorar la STC 292/2005 es **preciso deslindar la reiteración de la exigencia de publicación oficial íntegra del**

tratado, lo que es correcto desde la perspectiva del art. 96, y la equivocada calificación del texto en el caso concreto. Lo mismo cabe decir de la STC 328/2005.

5. Otros aspectos relativos a la publicación oficial

De forma incidental, el TC se ha ocupado en una ocasión de la autoridad competente para efectuar la publicación del texto del tratado. Fue en el ya citado Auto 114/1991 y lo hizo como consecuencia de que la demanda de amparo invocaba entre los motivos de presunta inconstitucionalidad del Canje de Notas el hecho de que en la publicación en el *BOE* no figuraba el instrumento de ratificación, apareciendo únicamente al final de la misma la firma del Secretario General Técnico del Ministerio de Asuntos Exteriores. Pues bien, antes de entrar en el núcleo de la cuestión que se le planteaba, el Tribunal señala de manera irrefutable que «Es preciso desbrozar, de manera preliminar, algunos equívocos sembrados en la demanda de amparo. Que sea el Secretario General Técnico del Ministerio de Asuntos Exteriores quien ordenó la publicación oficial del acuerdo internacional en cuestión es perfectamente lícito. La inserción en el *Boletín Oficial del Estado* forma parte de las facultades que le atribuyen la Ley de Régimen Jurídico de 1957, el Reglamento orgánico del Departamento ministerial, y las normas que ordenan la actividad de la Administración del Estado en materia de tratados internacionales, a partir del capital Decreto 801/1972, de 24 de marzo, especialmente sus arts. 29 y 32. Es suficiente con observar que el propio Convenio Europeo de Extradición, y su Segundo Protocolo, fueron insertados en el *Boletín Oficial* por orden del mismo funcionario de Asuntos Exteriores. Desde luego, **en nada afecta a la vigencia de un tratado internacional en España que su publicación en el *Boletín Oficial del Estado* sea debida a una autoridad distinta de la que fue su autora**, como se desprende del art. 96.1 de la Constitución y del art. 1.5 del Código Civil» (FJ 3).

6. La indefinición respecto a las normas consuetudinarias internacionales

Hasta el presente, el TC no ha despejado las incógnitas sobre las bases jurídicas para la integración de las normas consuetudinarias en nuestro sistema. Tan solo cabe traer a colación la alusión que contiene la STC 165/1994 cuando al delimitar el contenido de las relaciones internacionales atribuidas en exclusiva al Estado por el art. 149.1.3.^a CE se refiere a las «Relaciones que, en todo caso, están regidas por el «Derecho internacional general» a que se refiere el art. 96.1 CE, y por los tratados y convenios en vigor para España» (FJ 5). Esta aproximación tan superficial no parece que permita entender que esta disposición se refiere al conjunto de las normas consuetudinarias internacionales y no solo a las relativas a la enmienda, modificación, suspensión o terminación de los tratados. La prudencia viene especialmente recomendada por el hecho de que la STC 237/2005, al atajar la pretensión del TS de reducir la jurisdicción universal a los casos previstos en los tratados internacionales y dar entrada al Derecho consuetudinario internacional, no menciona en ningún momento el art. 96 CE.

7. Los tratados internacionales y el bloque de la constitucionalidad

Nuestro TC dejó pronto claro que **los tratados internacionales no forman parte del bloque de la constitucionalidad**, y lo ha hecho en diversos pronunciamientos relacionados tanto con recursos y cuestiones de inconstitucionalidad como en recursos de amparo. Ya en la STC 49/1988, a propósito del recurso de inconstitucionalidad contra la Ley sobre órganos rectores de las Cajas de Ahorro, ante la alegación de que uno de los preceptos de la Ley infringía el Acuerdo sobre asuntos jurídicos entre España y la Santa Sede, de 1979, y que por ello se vulneraba también el art. 96.1 de la Constitución, dijo que «el examen de esa supuesta contradic-

ción no corresponde a este Tribunal y no procede, por tanto, entrar en el fondo de este motivo alegado por los recurrentes, ya que no puede considerarse vulnerado el art. 96.1 de la Constitución» (FJ 14). Poco después, la STCE 84/1989, ante un recurso de amparo fundamentado entre otros motivos en una presunta vulneración de un Convenio de la OIT, afirmó que «Cuestión distinta es, no obstante, que un precepto de dicho Convenio pueda fundamentar, por sí solo, la demanda de amparo, al margen y haciendo abstracción de la contemplación constitucional del derecho fundamental (art. 28.1 CE), porque una cosa es que la norma de dicho Convenio internacional haya de presidir la interpretación del art. 28.1 CE y otra muy distinta es erigir dicha norma internacional en norma fundamental que pudiera sustanciar exclusivamente una pretensión de amparo, afirmación esta última que conllevaría la vulneración del art. 53.2 de la CE, pues fuera de nuestra Constitución no ha de admitirse la existencia de norma fundamental alguna» (FJ 5). Por su parte, la STC 47/1990, enfrentada a la misma argumentación, esta vez en relación con el Acuerdo sobre enseñanza entre España y la Santa Sede, de 1979, dijo que «es esta una cuestión ajena al recurso de amparo [...] en el ámbito del recurso de amparo la jurisdicción de este Tribunal debe limitarse a comprobar si las disposiciones impugnadas han vulnerado o no el contenido de aquel derecho fundamental según resulta de su definición por la Constitución, siendo aquí indiferente si el legislador estatal ha cumplido o no los compromisos derivados de aquel acuerdo internacional» (FJ 8), mientras que la STC 87/2000 apuntó que «la selección e interpretación de las normas aplicables corresponde, en principio, a los Jueces y Tribunales ordinarios [...] y [...] ello es igualmente aplicable aun cuando se trate de la interpretación de lo dispuesto en los Tratados internacionales o de la posible contradicción entre estos y las leyes u otras disposiciones normativas posteriores» (FJ 5).

El tema se planteó asimismo en relación con el Derecho comunitario. En la STC

28/1991, que se ocupó del recurso de inconstitucionalidad presentado por el Parlamento Vasco contra la Ley Orgánica de Régimen Electoral General (LOREG), de nuevo uno de los motivos fue que la presunta vulneración del Acta relativa a la elección de los representantes en el Parlamento Europeo por sufragio universal directo, de 1976, suponía la infracción de los arts. 93 y 96.1 CE. Al respecto, y ciñendonos exclusivamente a la consideración del art. 96.1, el TC afirmó que «es evidente que ni el Tratado de Adhesión a las Comunidades Europeas ni el Derecho de estas integra, en virtud del referido art. 96.1, el canon de constitucionalidad bajo el que hayan de examinarse las leyes del Estado español. Ningún tratado internacional recibe del art. 96.1 CE más que la consideración de norma que, dotada de la fuerza pasiva que el precepto le otorga, forma parte del ordenamiento interno; de manera que la supuesta contradicción de los tratados por las leyes o por otras disposiciones normativas posteriores no es cuestión que afecta a la constitucionalidad de estas y que, por tanto, deba ser resuelto por el Tribunal Constitucional [...] sino que, como puro problema de selección del Derecho aplicable al caso concreto, su resolución corresponde a los órganos judiciales en los litigios de que conozcan» (FJ 5).

Con posterioridad, se volvieron a plantear las mismas cuestiones en relación con determinados Convenios de la OIT, resolviéndolas el TC mediante la aplicación de su doctrina consolidada en la materia. Así, en un recurso de inconstitucionalidad, la STC 142/1993 apuntó que «ha de rechazarse que los preceptos impugnados de la Ley 2/1991 contradigan el art. 96.1 CE [...] Como ha afirmado este Tribunal, la mera contradicción de una ley y un tratado no implica que aquella sea contraria al art. 96.1 CE [...] No corresponde a este Tribunal determinar la compatibilidad o no de un precepto legal con un Tratado internacional, ni estos pueden erigirse en normas fundamentales y criterios de constitucionalidad» (FJ 3). También, la STC 37/1994, a propósito de varias cuestiones de inconstitucionalidad,

indicó que «Hemos de excluir de nuestro examen la presunta vulneración del art. 96 CE ocasionada por una reforma que —se afirma— ignora las obligaciones internacionales asumidas por España al suscribir el Convenio 102 de la Organización Internacional de Trabajo. En efecto, no puede servir de canon de constitucionalidad, al amparo del art. 96 CE, la presunta incompatibilidad [...] no es problema que pueda ser suscitado ante la jurisdicción constitucional salvo que esté en juego el respeto de las normas constitucionales» (FJ 2). Por último, en relación con otro convenio internacional, el europeo de protección de datos, de 1981, la STC 254/1993 recordó que «La adecuación de una norma legal, o de una disposición o actuación de los poderes públicos, a lo preceptuado por un tratado internacional, y por consiguiente si las autoridades españolas han cumplido o no los compromisos derivados de un acuerdo internacional, son cuestiones que, en sí mismas consideradas, resultan indiferentes para asegurar la protección de los derechos fundamentales comprendidos en el art. 53.2 CE, que es el fin al que sirve la jurisdicción de este Tribunal en el ámbito del recurso de amparo» (FJ 5).

La jurisprudencia más reciente continúa recordando esta doctrina, reiterando —como hace la STC 270/2015 en su FJ 6— que «este Tribunal ha declarado reiteradamente que los tratados internacionales no constituyen por sí mismos parámetro de contraste para valorar la posible inconstitucionalidad de las leyes, pues «la supuesta contradicción de los tratados por las leyes o por otras disposiciones normativas posteriores no es cuestión que afecte a la constitucionalidad de estas y que, por tanto, deba ser resuelto por el Tribunal Constitucional (STC 49/1988, FJ 14 *in fine*), sino que como puro problema de selección del Derecho aplicable al caso concreto, su resolución corresponde a los órganos judiciales en los litigios de que conozcan» (SSTC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 5, y 207/2013, de 5 de diciembre, FJ 4). En suma, «no corresponde a este Tribunal determinar la compati-

bilidad o no de un precepto legal con un tratado internacional, ni estos pueden erigirse en normas fundamentales y criterios de constitucionalidad» (STC 142/1993, de 22 de abril, FJ 3); los mismos términos se recogen en las SSTC 29/2016, FJ 5 y 61/2016, FJ 6. De la misma forma, el TC sigue rechazando que la presunta vulneración de un convenio internacional entrañe al tiempo la del art. 96.1 CE y así lo ha puesto de relieve, por ejemplo, en la STC 207/2013 (FJ 4).

La postura del TC excluyendo a los tratados del bloque de la constitucionalidad es acertada. Como se ha afirmado, «No se integran en el mencionado bloque porque de este solo pueden formar parte aquellas normas que, de algún modo, condicionen la validez de otras normas, esto es, normas a las que la Constitución se haya remitido para la regulación de ciertas materias —que de otro modo habrían de ser disciplinadas a través de normas subsidiarias—, y que en la medida en que crean formas jurídicas de existencia constitucionalmente posible, pero no necesaria, son determinantes para apreciar la validez de normas que, de no existir aquellas, o bien no podrían crearse (las normas autonómicas), o bien solo podrían ser enjuiciadas con arreglo al parámetro de la Constitución (las normas del Estado). Nada de esto ocurre con las normas del Derecho internacional, pues en ningún caso condicionan la validez de las normas internas» (REQUEJO PAGÉS, 1992, 64). Por eso cabe decir que el Tribunal rehúsa efectuar el control de constitucionalidad de una ley por violación de una norma comunitaria «justificadamente» (MANGAS MARTÍN, 1991, 602).

8. El rango de los tratados internacionales en el Derecho español: el alcance de la fuerza pasiva

De esta forma, el TC ha resuelto la cuestión de la relación entre el tratado y la ley mediante una remisión al juez ordinario. Ahora bien, en su jurisprudencia, ha permanecido «oscura la naturaleza de la especial protección que

el art. 96.1 CE dispensa a los tratados internacionales frente a la derogación, modificación o suspensión de sus disposiciones por leyes posteriores, y que el TC no admite que le corresponda otorgar a él concentradamente: es la jurisdicción ordinaria quien la ejerce de forma difusa» (FERNÁNDEZ PÉREZ, 1994, 210). En este punto, el TC no se ha pronunciado con claridad.

El ATC 740/1984 citó el art. 96.1 *in fine* para decir que al Convenio de cooperación cultural, científica y técnica hispano-francés de 1969 «lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores sobre Comités de Empresa no le afecta, puesto que la modificación, derogación o suspensión... del Convenio solo puede producirse en la forma prevista en el Convenio o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional, pero no por una Ley interna» (FJ Único). La ya citada STC 49/1988 apuntó que «Lo que se discute por los recurrentes es si el contenido de la disposición adicional segunda es o no contrario a lo previsto en el Convenio, es decir, la adecuación de una norma legal a lo preceptuado por el tratado, que tiene también *fuerza de ley* en el ordenamiento interior» (la cursiva es nuestra). El TC solo ha vuelto a hacer esta afirmación, con la que parece equiparar en rango la ley y el tratado, en la STC 207/2013 (FJ 4). En cambio, en la STC 28/1991 señaló que «Ningún tratado internacional recibe del art. 96.1 CE más que la consideración de norma que, dotada de la *fuerza pasiva* que el ordenamiento le otorga, forma parte del ordenamiento interno» (la cursiva es nuestra) y poco después lo reiteró en la STC 36/1991, refiriéndose al art. 96.1 como norma que «abarca todos los tratados internacionales, sea cual fuere su materia, además de incorporarlos a nuestro ordenamiento interno, los dota de una especial resistencia o fuerza pasiva» (FJ 5).

Con este escaso bagaje, las dudas son inevitables porque como la Constitución no señala **«el efecto que causa el Tratado en una disposición interna contraria previamente vigente; ¿la deroga o solo la desplaza?»**

(así se lo preguntaba FERNÁNDEZ TOMÁS, 1993, 357). ¿Dispone el tratado de *fuera activa*? ¿Y cómo ha de resolver el juez la contradicción entre un tratado y una ley posterior? ¿Cuál es el alcance, en la práctica, de esa fuerza pasiva que el art. 96.1 confiere al tratado?

La doctrina no ha sido unánime en la respuesta. Comentando la STC 28/1991, MANGAS MARTÍN ha dicho que «El TC no está acertado cuando [...] considera que no hay infracción a la Constitución [...] Una cosa es que el respeto a la primacía del DC (de cualquier tratado) no tenga por qué garantizarse en el marco del control de la constitucionalidad de las leyes y otra bien distinta es que esa ley eventualmente contraria es inválida... El Tribunal Constitucional trata de minimizar la voluntad del constituyente diciendo que los Tratados no reciben del art. 96 más que «fuerza pasiva»: sí, pero, por sentido común, de esa «fuerza pasiva» o fuerza de resistencia a la ley posterior, los Tratados (el DC) reciben así de la constitución una jerarquía superior a la ley». En definitiva, para esta autora, la STC 28/1991 fue «una excelente ocasión perdida para deslindar, de un lado, la superior jerarquía de los Tratados y del DC y la calificación de vulneración de la Constitución por una ley contraria a un Tratado que tenga un ámbito de aplicación personal y material coincidente y, de otro, el improcedente control de constitucionalidad de dicha ley» (MANGAS MARTÍN, 1991, 602-605). Por su parte, REQUEJO PAGÉS interpretó el art. 96.1 *in fine* en el sentido de que «Esta indisponibilidad del Derecho interno sobre la validez de las normas internacionales no implica la superior jerarquía de aquellas sobre las normas nacionales [...] Si el tratado es inaccesible a las normas internas —a todas ellas—, no es porque aquel disfrute de una posición jerárquica superior, sino simplemente porque sus condiciones de validez vienen impuestas por el ordenamiento internacional, limitándose el interno a decidir acerca de su aplicabilidad», de forma que «las normas internacionales gozan, en todo caso, de aplicabilidad preferente sobre las internas» (REQUEJO PAGÉS, 1992, 61-62). Para GONZÁLEZ CAMPOS

otros, «en aplicación del art. 96.1, todos los tratados (al margen del procedimiento constitucional de celebración) disponen de protección jurídica absoluta frente a disposiciones legales y reglamentarias posteriores. Esta fuerza de resistencia pasiva de los tratados y su inderogabilidad por disposiciones normativas internas superiores, los sitúan *de facto* en un plano de superioridad» (GONZÁLEZ CAMPOS y otros, 2008, 344). A su vez, en opinión de REMIRO BROTONS y otros, «el TC español sitúa el conflicto ley-tratado en el plano de la *aplicabilidad*, postulando la *aplicación preferente* del tratado por la jurisdicción ordinaria, tanto si la ley es anterior como si es posterior. En relación con la ley anterior, el tratado desplaza su aplicación, pero carece de capacidad para derogarla; en cuanto a la ley posterior, del propio tenor del art. 96.1 de la Constitución se desprende que goza de «una especial resistencia o fuerza pasiva» (STC 36/1991), pero no de la capacidad de afectar a su validez. Ahora bien, la aplicabilidad preferente del tratado debe entenderse sin perjuicio del esfuerzo que Jueces y Tribunales han de realizar para lograr una interpretación de la ley compatible con el tratado» (REMIRO BROTONS y otros, 2007, 664).

La jurisprudencia constitucional no se ha enfrentado directamente con esta cuestión. No obstante, **la Declaración 1/2004 ofrece indirectamente una respuesta a través de la distinción entre primacía y supremacía** que se construye en la citada decisión para solucionar la duda de constitucionalidad que se derivaba de la inclusión en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa del art. I-6 relativo a la primacía del Derecho de la Unión. No es desatinado pensar que la cuestión de la relación entre el tratado internacional y la ley posterior se puede resolver teniendo en cuenta que, a juicio del TC, «Primacía y supremacía son categorías que se desenvuelven en órdenes diferenciados. Aquella, en el de la aplicación de las normas válidas; esta, en el de los procedimientos de formación. La supremacía se sustenta en el carácter jerárquico su-

perior de una norma y, por ello, es fuente de validez de las que están infraordenadas, con la consecuencia, pues, de la invalidez de estas si contravienen lo dispuesto imperativamente en aquella. La primacía, en cambio, no se sustenta necesariamente en la jerarquía, sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas, de las cuales, sin embargo, una o algunas de ellas tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente debida a diferentes razones» (FJ 4). Sin entrar en las reservas que algún sector doctrinal ha expresado respecto a la adecuación de esta distinción a las situaciones de Derecho interno, este puede ser también el enfoque para el tema que nos ocupa.

En esta línea, el elemento de confusión podría venir dado por la exigencia establecida en la STC 58/2004, según la cual «si la ley postconstitucional es contradictoria con el Derecho comunitario solo puede ser inaplicada, dadas las circunstancias concurrentes en el caso, mediante el planteamiento de la cuestión prejudicial del art. 234 TCE» (FJ 14). Lo que ha sido criticado por entender que podría atentar contra la doctrina *Simmenthal*, en la medida en que el TC parece sustraer del juez ordinario la potestad para dejar inaplicadas por su propia autoridad cualquier norma interna, incluso posterior, contraria. Sin embargo, conviene tener presente que el propio TC advierte que este pronunciamiento obedece a las circunstancias específicas del caso, en el que el órgano jurisdiccional había mantenido en solitario una posición contraria a la de un número significativo de Tribunales españoles en relación con el mismo tema. Por otra parte, el equívoco fue resuelto por la STC 78/2010, en la que el Tribunal aclaró que «para dejar de aplicar una norma legal vigente por su contradicción con el Derecho comunitario el planteamiento de la cuestión prejudicial solo resulta preciso, con la perspectiva del art. 24 CE, en caso de que concurren los presupuestos fijados al efecto por el propio Derecho comunitario, cuya concurrencia correspon-

de apreciar a los Jueces y Tribunales de la jurisdicción ordinaria» (FJ 2).

9. La incidencia del art. 96 sobre los efectos internacionales del control de constitucionalidad de los tratados

Un *obiter dicta* de la STC 38/2007 ha venido a poner de manifiesto la necesidad de tener en cuenta lo preceptuado en el art. 96.1 *in fine* si el TC llega a declarar la inconstitucionalidad de un tratado internacional. Al formularlo, el Tribunal responde al estímulo que le había presentado el Abogado del Estado cuando en sus alegaciones efectúa una reflexión sobre el posible alcance de una Sentencia estimatoria de la cuestión de inconstitucionalidad del Acuerdo sobre enseñanza y asuntos culturales entre España y la Santa Sede, de 1979, promovida por el TSJ Canarias (Sala de lo Social). Para él, «**es dudoso que la declaración de inconstitucionalidad de un tratado pueda llevar consigo un pronunciamiento de nulidad**, siendo de la competencia del Derecho internacional determinar la validez o nulidad de los tratados, tal y como presuponen los arts. 95.1 y 96 CE [...] Lo razonable sería defender que la Sentencia estimatoria de una cuestión promovida respecto de un tratado ha de ser uno de aquellos supuestos en que este Tribunal debería, o bien limitarse a declarar meramente la inconstitucionalidad [...] o bien posponer la fecha inicial de la nulidad [...] para que en un plazo razonable se proceda a una revisión constitucional o, por las vías propias del Derecho internacional (negociación, denuncia, etc.) se haga desaparecer la parte inconstitucional del tratado».

Colocado ante esta cuestión, el TC señala que «la eventual declaración de inconstitucionalidad de un tratado presupone, obviamente, el enjuiciamiento material de su contenido a la luz de las disposiciones constitucionales, pero no necesariamente que los efectos invalidantes asociados a un juicio negativo lleven aparejada de manera inmediata la nulidad del

tratado mismo (art. 96.1 CE)» (FJ 3). Aunque el Tribunal apunta en la dirección correcta, la inclusión del adverbio «necesariamente» viene a enturbiar la conclusión, pues podría interpretarse en el sentido de que la respuesta del TC no es la única que cabe. Sin embargo, se puede quitar importancia a la expresión habida cuenta de la voluntad del Tribunal de no entrar en el tema. Por eso afirma a continuación que «Esta última consideración no debe ser objeto ahora de un mayor desarrollo, como tampoco es pertinente que entremos a considerar las soluciones propuestas por el Abogado del Estado para concretar los efectos y el alcance de una eventual declaración de inconstitucionalidad de los preceptos del Acuerdo con la Santa Sede que aquí se ha cuestionado. Solo si esa declaración efectivamente se produce, tendrá sentido que pasemos a precisar sus consecuencias, si es que estas, por algún motivo, no pudieran ser estrictamente las que en principio se desprenden de las previsiones literales de nuestra Ley Orgánica» (FJ 3).

III. EL ART. 96 CE EN LA LEY 25/2014, DE 27 DE NOVIEMBRE, DE TRATADOS Y OTROS ACUERDOS INTERNACIONALES: UNA REGULACIÓN DISPERSA

En relación con el art. 96 CE, la Ley 25/2014 ofrece una regulación dispersa y poco afortunada. En efecto, las materias reguladas por esta disposición se encuentran en tres artículos ubicados en tres Capítulos distintos: la publicación de los tratados y su integración en el ordenamiento interno (art. 96.1) se contempla en el art. 23.1 y 3 de la Ley (Capítulo III); la remisión al Derecho internacional para su derogación, modificación o suspensión (art. 96.1 *in fine*) está en el art. 28.1 de la misma (Capítulo IV) y la cuestión de la denuncia de los tratados (art. 96.2) se encuentra en el art. 37.3 (Capítulo V).

Por lo que se refiere a la primera de las dimensiones apuntadas, LIÑÁN NOGUERAS ha se-

ñalado que las previsiones de la Ley 25/2014 «parecen pretender complementar y precisar el escueto, aunque clarísimo, art. 96 de la CE. Algo ha llevado al legislador a pensar que esta regulación constitucional es insuficiente y que requería... una «reordenación» y precisión mejores. Una dudosa técnica jurídica la ha conducido, sin embargo, a un resultado algo decepcionante», añadiendo que el art. 23 de la Ley «confunde las funciones enunciativas, reguladoras y ordenadoras de las Leyes, invade ámbitos constitucionales con reiteraciones innecesarias y comete tales excesos en el detalle regulador que acaba por contradecir, deformar o generar problemas allí donde no los había» (LIÑÁN NOGUERAS, 2015, 452). La razón de estas críticas, que compartimos, arranca de que el ap. 1 del citado art. 23 establece que «Los tratados internacionales válidamente celebrados se publicarán íntegramente en el «Boletín Oficial del Estado»...», precisando después allí mismo el momento de la publicación, mientras que el apartado 3 dispone que «Los tratados internacionales formarán parte del ordenamiento jurídico interno una vez publicados en el «Boletín Oficial del Estado»». De esta forma, el defecto de sistemática parece claro. Como apunta el citado autor, «más serio y jurídicamente más sólido habría sido empezar... por enunciar la «integración» en el orden jurídico interno mediante la publicación oficial en España» y luego enunciar la obligación de la publicación, puesto que «no es sino la consecuencia de la aceptación constitucional de que el tratado se integra directamente en el ordenamiento español» (LIÑÁN NOGUERAS, *op. cit.*, 453). En definitiva, «no se entiende bien la falta de prioridad del efecto integrador vinculado a la publicación como acto último y que se haya relegado la integración en el ordenamiento interno en la redacción del art. 23 al último plano de la ordenación de su «publicación» con muy escasa sintonía constitucional» (LIÑÁN NOGUERAS, *ibid.*). Tampoco se entiende la necesidad de volver a la cita expresa del BOE contenida en el art. 1.5 CC frente a la referencia genérica del art. 96.1 CE.

En segundo lugar, en lo que atañe a la regulación de los cambios y crisis que pueden acaecer en la vida del tratado (modificación, suspensión o derogación), el art. 28.1 de la Ley reproduce el texto del art. 96.1 *in fine* CE, lo que como ha indicado Díez-Hochleitner, resulta ocioso e incluso incorrecto a juicio del Consejo de Estado; además, se plantean también problemas de sistemática (DÍEZ-HOCHLEITNER, 2015, I, 516-517).

En tercer lugar, hay que llegar hasta el art. 37.3 de la Ley para encontrar que «los tratados internacionales comprendidos en los arts. 93 y 94.1 de la Constitución Española solo podrán ser denunciados previa autorización de las Cortes Generales, de conformidad con lo dispuesto en el art. 96.2 de la Constitución», lo que viene a ajustar la equívoca referencia exclusiva del art. 96.2 CE al art. 94 del texto constitucional, defecto técnico ya remediado previamente en el art. 160 del Reglamento del Congreso de los Diputados, de 1982. Se destruye así definitivamente la presunción de indenunciabilidad respecto a los tratados del art. 93 CE y se deja en manos de las Cortes la denuncia de los tratados que deben ser objeto de autorización parlamentaria (GONZÁLEZ VEGA, 2015, 778).

A lo anterior hay que añadir que, en los artículos de la Ley 25/2014 que son relevantes a los efectos que nos ocupan, aparecen nada menos que cuatro referencias a la exigencia de que los tratados internacionales hayan sido «válidamente celebrados». Ya hemos señalado más arriba que este requisito establecido en el art. 96.1 para que se produzca la incorporación de la norma convencional internacional en el Derecho español no ha tenido hasta ahora presencia en la jurisprudencia constitucional. La expresión aparece en el art. 23.1 a propósito de la publicación, en el art. 28.1 respecto a la derogación, modificación o suspensión de los tratados, en el art. 28.2 en relación con la producción de efectos de los tratados y en el art. 31 respecto a la prevalencia de los tratados. Sin embargo, en ningún caso aclara qué se entiende por válida celebración, lo que nos deja en la misma situación que el art. 96.1 CE, del

que cabe interpretar que apunta tanto a la válida celebración del tratado en el plano internacional como al respeto de las normas constitucionales en materia de celebración de tratados (DÍEZ-HOCHLEITNER, 2015, I, 512-513). De otro lado, la inclusión de la expresión en el art. 28.1 de la Ley resulta particularmente irrelevante. En cambio, hubiera sido conveniente la inclusión de una mención a la válida celebración en el art. 23.3 en relación con la recepción del tratado en el ordenamiento interno, que es donde la exigencia cobra pleno sentido; paradójicamente, la fragmentación del tenor literal del art. 96.1 CE realizada en el art. 23 de la Ley ha tenido como resultado la inoportuna supresión del requisito (LIÑÁN NOGUERAS, *op. cit.*, 453).

A la luz de las consideraciones anteriores, es claro que **desde la perspectiva estricta del art. 96 CE, la Ley 25/2014 no es afortunada**. No obstante, es de justicia consignar también que contiene desarrollos positivos en relación con la obligación de publicación del tratado y la concreción del momento de la publicación y su alcance (arts. 23.1 y 24), así como la precisión del momento a partir del cual un tratado resulta de aplicación en España (art. 28.2); también, es de destacar la presunción de aplicabilidad directa consagrada en el art. 30.1, cuestión no contemplada en la CE aunque sí en el art. 1.5 CC. El análisis de todos estos aspectos desbordaría el objetivo de este comentario, pero hay uno cuya consideración es inexcusable. Se trata de la consagración de la prevalencia de los tratados operada por el art. 31 de la Ley, según el cual «Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional».

De esta forma, la disposición asume la tradicional posición de los Tribunales españoles consistente en reconocer la aplicación preferente de los tratados internacionales sobre las leyes. En palabras de Díez-Hochleitner, «el efecto que describe no es otro que el desplaza-

miento de la norma nacional contraria (ya sea anterior o posterior) en favor de la aplicación *directa* del tratado o, en otras palabras, su sustitución en el caso considerado por este último» (DÍEZ-HOCHLEITNER, 2015, II, 582). Siendo pues acertada la regulación de la prevalencia de los tratados internacionales, resulta incomprensible que la disposición final sexta de la posterior LO 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España (BOE núm. 258, de 28 de octubre de 2015), bajo la rúbrica «preferencia de los tratados internacionales» afirme que «En caso de concurrencia normativa de la presente Ley Orgánica con las previsiones recogidas en un tratado internacional del que el Reino de España sea Estado Parte se aplicará con carácter preferente el tratado internacional», renunciando así el legislador de forma incoherente a consolidar un término que él mismo había consagrado menos de un año antes en la ley específica.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

El art. 96 CE, aunque construido con una técnica abierta al orden jurídico internacional, destaca también por las insuficiencias y ambi-

güedades que ha señalado la doctrina. La jurisprudencia del TC ha contribuido a disiparlas. El TC ha hecho un uso prudente del art. 96 CE, en línea con la actitud respetuosa hacia el Derecho internacional que destila el conjunto de su jurisprudencia y ha asumido desde el primer momento la condición del art. 96 como base jurídica de regulación de las relaciones de sistemas en sus diferentes manifestaciones. A lo largo de 40 años de aplicación, son las cuestiones relacionadas con los tratados internacionales y, en particular, su recepción en nuestro ordenamiento, las que han reclamado la atención del TC, lo que está en sintonía con el papel preponderante de este tipo de normas en la práctica internacional y en el propio tenor de la disposición. Entre las distintas cuestiones en presencia, la exigencia de la publicación oficial como condición de oponibilidad en aras de la seguridad jurídica, junto con la exclusión de los tratados internacionales del bloque de la constitucionalidad, son los aspectos que han merecido mayor atención. La Ley 25/2014, de Tratados y Otros Acuerdos Internacionales, pese a una sistemática deficiente y un tanto perturbadora, ha desarrollado alguno de los aspectos contemplados por el texto constitucional hasta aquí analizado, si bien el TC todavía no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre estas aportaciones legislativas.

BIBLIOGRAFÍA

ARROYO LARA, E., «Consideraciones sobre el alcance y contenido del art. 96.1 *in fine* de la Constitución española», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XXXIX, 1987, págs. 405-421.

DÍEZ-HOCHLEITNER, J., «Artículo 28. Eficacia», en ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., DÍEZ-HOCHLEITNER, J. y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *Comentarios a la Ley de Tratados y Otros Acuerdos Internacionales*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2015, págs. 509-520.

— «Artículo 31. Prevalencia de los tratados», en ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., DÍEZ-HOCHLEITNER, J. y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *Comentarios a la Ley de Tratados y Otros Acuerdos Internacionales*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2015, págs. 575-589.

FERNÁNDEZ PÉREZ, B., «Nota a la STC 142/1993», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLVI, 1994, págs. 209-210.

FERNÁNDEZ TOMÁS, A., «La válida celebración y la incorporación de los tratados en la jurisprudencia constitucional española», en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al profesor Don Manuel Díez de Velasco*, Tecnos, Madrid, 1993, págs. 341-359.

GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., «Comentario al art. 1.5.º del Código Civil», en AMORÓS GUARDIOLA, M., *Comentarios a las reformas del Código Civil: el nuevo Título Preliminar y la Ley de 2 de mayo de 1975*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1977, págs. 94-131.

GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I. y ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., *Curso de Derecho Internacional Público*, 4.ª ed. revisada, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2008, págs. 319-351.

GONZÁLEZ VEGA, J. A., «Nota a la STC 141/1998», *Revista Española de Derecho internacional*, vol. LI, 1999, págs. 590-598.

- «Artículo 37. Denuncia y suspensión», en ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., Díez-Hochleitner, J. y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *Comentarios a la Ley de Tratados y Otros Acuerdos Internacionales*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2015, págs. 763-788.

JUSTE RUIZ, J., «El Derecho internacional público en la Constitución española de 1978», en *Estudios sobre la Constitución Española de 1978*, Universidad de Valencia, 1980, págs. 175-202.

LIÑÁN NOGUERAS, D. J., «Artículo 23.1 y 3. Publicación en el Boletín Oficial del Estado y entrada en vigor», en ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., Díez-Hochleitner, J. y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *Comentarios a la Ley de Tratados y Otros Acuerdos Internacionales*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2015, págs. 451-473.

MANGAS MARTÍN, A., «Cuestiones de Derecho internacional público en la Constitución española de 1978», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 61, 1980, págs. 143-184.

- «La Constitución y la Ley ante el Derecho Comunitario (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional español 28/1991, de 14 de febrero, sobre la Ley Orgánica del régimen Electoral General y el Acta relativa a las elecciones al Parlamento Europeo)», *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 18, 1991, págs. 587-623.
- «La recepción del Derecho internacional por los ordenamientos internos», en Díez de Velasco, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 16.ª ed., Tecnos, Madrid, 2007, págs. 242-265.

REMIRO BROTONS, A., *Derecho internacional público. 2. Derecho de los tratados*, Tecnos, Madrid, 1987, págs. 262-273 y 333-343.

- «Artículo 96», en *Comentarios a la Constitución*, 2.ª ed., Edersa, Madrid, 1996, págs. 625-651.
- «La Constitución y el Derecho Internacional», en ÁLVAREZ CONDE, E. (Coord.), *Administraciones Públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución Española de 1978*, INAP, 1998, págs. 227-257.

REMIRO BROTONS, A. y otros, *Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 629-670.

REQUEJO PAGÉS, «Consideraciones en torno a la posición de las normas internacionales en el ordenamiento español», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 34, 1992, págs. 41-66.

— *Sistemas normativos, Constitución y Ordenamiento*, McGraw-Hill, Madrid, 1995.

RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, J., *Constitución tratados internacionales y sistema de fuentes del Derecho*, Bolonia, 1976.

SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I., «Jurisprudencia española en materia de Derecho Internacional Público», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XXXV, 1983, págs. 116-120.

— *El proceso de celebración de los tratados internacionales y su eficacia interna en el sistema constitucional (Teoría y práctica)*, IIA, 1984.

— «Los tratados internacionales como fuente del ordenamiento jurídico español», en *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, 1984, págs. 139-189.

— *Derecho internacional público: problemas actuales*, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho UCM-Eurolex, Madrid, 1993, págs. 69-125.

TÍTULO CUARTO

DEL GOBIERNO Y DE LA ADMINISTRACIÓN

DEL GOBIERNO Y DE LA ADMINISTRACIÓN

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA

CATEDRÁTICO

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

I

El Título IV de la Constitución, uno entre los diez que estructuran su texto, tiene por rúbrica «Del Gobierno y de la Administración».

Ambas realidades son las que han compuesto, junto con el Rey en las monarquías parlamentarias, el Poder Ejecutivo, término que, aunque no se utiliza en el precepto, en cierto modo se insinúa al decir del Gobierno que «ejerce la función ejecutiva». Pienso que esta novedad respecto de nuestra tradición constitucional [la Constitución de Cádiz comenzó la definición de las facultades del Rey como «ejecutar las Leyes» (art. 169), concepto que repetirán todas las Constituciones monárquicas vigentes hasta 1931: art. 45 de la Constitución de 1837; art. 43 de la de 1845; art. 49 de la de 1856; art. 85 de la de 1869 —esta última precisa que «el poder ejecutivo reside en el Rey, que lo ejerce por medio de sus ministros»— art. 50 de la Constitución de 1876. La precisión del texto de 1869 quizás intentase excluir el dualismo de órganos propios del Ejecutivo que resultaba de la fórmula de reducir la función del Rey sólo al Ejecutivo], puede venir probablemente de la intención de no limitar la función del Rey al solo Poder Ejecutivo entre los tres poderes (limitación que implicaba, en realidad, una atribución al monarca de una posición propia según el modelo dualista teorizado por los «doctrinarios», implicándole, pues, con un poder directo en el protagonismo de la gestión, como fue común durante todo el siglo XIX —en España, hasta 1931— según ese modelo). Al Rey la

Constitución le reconoce ser «símbolo» de la unidad del Estado (art. 56), definiendo su función propia, como «arbitrar y moderar el funcionamiento regular de las instituciones», función que se extiende con ello a los tres poderes y no solo al Ejecutivo, como la doctrina reconoce expresamente [así J. J. GONZÁLEZ RIVAS, *La Constitución Española de 1978*, Civitas, Madrid, 2003, pág. 289: la Monarquía constitucional ejerce una función de «orientación política, sin poder ejecutivo, *participa en las tres funciones del Estado*», no sólo, pues, en la ejecutiva].

La definición del Gobierno que formula el art. 97 es especialmente correcta. Resulta capital su función, según la cual «dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado». Para esta finalidad esencial resulta especialmente relevante «ejerce(r) la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las Leyes». El Gobierno forma parte de la Administración, a la que dirige, pero su función excede de esa dirección. La función de dirección política sólo podrá ser controlada por el Tribunal Constitucional (Sentencias constitucionales de 15 de mayo y 29 de noviembre de 1990), salvo en cuanto al ejercicio de la potestad reglamentaria y a la protección de los derechos fundamentales, que ejercen en primer término los Tribunales contencioso-administrativos (*vid.* especialmente las tres Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997 y de modo explícito la Exposición de Motivos de la vigente Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa

de 13 de junio de 1998, § II, que ha corregido la antigua exclusión del control jurisdiccional de los convencionalmente llamados «actos políticos o de gobierno»). [Puede verse sobre este tema básico de la supuesta exención del control contencioso-administrativo de los llamados «actos de gobierno», mi exposición (en polémicas sucesivas con los redactores del Anteproyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa del primer Gobierno de Felipe GONZÁLEZ, empeñados en incluir dicha exención), en el libro *Democracia, jueces y control de la Administración*, 5.ª ed. ampliada, 2000, extensamente].

La atribución expresa al Gobierno por el precepto estudiado de la potestad reglamentaria plantea el problema de si es, en efecto, el Gobierno, entendido como Consejo de Ministros, como especifica el art. 98, el único órgano del Poder Ejecutivo que puede disponer de esa importante potestad que es el poder reglamentario, poder que tan relevantemente colabora en la producción normativa con el legislador formal, que es el pueblo representado en las Cortes Generales. Es bien sabido que en la práctica funcional del Estado, tal como resulta del «Boletín Oficial del Estado» que se publica diariamente, la potestad reglamentaria es ejercitada también por otros varios órganos. Por de pronto, por los Ministros (Órdenes ministeriales), pero señaladamente también por el Presidente del Gobierno, individualmente, que incluso puede dictar y dicta Reales Decretos [art. 2.2 de la Ley del Gobierno de 27 de noviembre de 1997: «En todo caso, corresponde al Presidente del Gobierno... crear, modificar y suprimir por *Real Decreto* los Departamentos Ministeriales, así como las Secretarías de Estado. Asimismo, le corresponde la aprobación de la estructura orgánica de la Presidencia del Gobierno». También por Real Decreto: *vid.* el RD 553/2004, de 17 de abril, que reestructuró los Departamentos ministeriales (modificado por el RD 989/2006, de 6 de septiembre). Cfr. también la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, art. 2.2 que atribuye al Presidente del Gobierno la facultad de

«crear, modificar y suprimir por *Real Decreto*», los Departamentos Ministeriales, así como las Secretarías de Estado. Asimismo, le corresponde «la aprobación de la estructura orgánica de la Presidencia del Gobierno», también por Real Decreto (hoy RD 1689/2004, de 12 de julio). En esta situación legal, pues, no puede decirse ya, como suele ser común, que el Real Decreto es un acuerdo del Consejo de Ministros y nada más]. El sistema se ha inclinado resueltamente por potenciar las facultades del Presidente del Gobierno, inspirándose, al menos parcialmente, en el llamado sistema «cancillerial» alemán, o de «presidencialismo del Presidente del Gobierno», como inherente a su poder de dirigir el Gobierno que la Constitución le atribuye.

El tema del poder reglamentario del Ejecutivo está hoy regulado con atención por las Leyes, la Ley del Gobierno, Ley 50/1997, de 27 de noviembre, y la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, LOFAGE, Ley 6/1997, de 14 de abril. El art. 4 de la primera de estas Leyes, apartado 1.b), incluye entre las funciones de los Ministros la de «ejercer la potestad reglamentaria en las materias propias de su Departamento». Aunque la Constitución, art. 97, sólo reconoce la potestad reglamentaria al Presidente del Gobierno, esa es también toda la tradición española desde la implantación del régimen constitucional en España (en último extremo, una verdadera «tradición constitucional»), la de reconocer un poder reglamentario de los Ministros, que lo ejercen mediante «Órdenes Ministeriales». Normalmente, estas Órdenes normativas se refieren a temas organizativos del propio Ministerio y de sus servicios, pero no es excepcional que también contengan normas vinculantes para los ciudadanos. El fundamento de ese poder reglamentario de los Ministros tiene normalmente su origen en delegaciones expresas de normas superiores, Leyes y, con mayor frecuencia, Decretos. Las Órdenes ministeriales reglamentarias, salvo en los aspectos organizativos secundarios de los respectivos Ministerios, son, pues, normalmente normas delegadas, en la modalidad de remisio-

nes normativas [sobre este concepto de remisión normativa, me permito enviar a mi libro *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, reimpresión de la 3.^a ed., Civitas, 2006, págs. 167 y ss.], y la gran mayoría de ellas se refieren a la materia organizativa, aunque no faltan supuestos de normas *ad extra* o propiamente normativas, que vinculan a los ciudadanos. Habrá que decir que, en cuanto excedan de esta materia organizativa, que es la propia del Ministro, requerirán normalmente, en efecto, de una habilitación específica al respecto.

Pero es también un hecho que, al margen de ese supuesto específico del poder reglamentario de los Ministros, existe otro importante supuesto en el que los Reglamentos emanan de otras entidades distintas de la Administración del Estado, única contemplada por el precepto constitucional que examinamos. Por de pronto, el caso más manifiesto es el de los Reglamentos emanados de las autoridades autonómicas y locales. Ese poder está habilitado por las Leyes que pautan estas ramas específicas de las Administraciones. Las Comunidades Autónomas, por una parte, que encuentran en los respectivos Estatutos de Autonomía el reconocimiento explícito de dicha potestad reglamentaria, y la normativa básica local, la Ley de las Bases de Régimen Local para las entidades locales. Se puede entender que ello es una consecuencia de la «garantía institucional» que la Constitución presta a ambas esferas territoriales (art. 140: «La Constitución garantiza la autonomía de los municipios»; art. 141 para las provincias; el art. 147.1 de la propia Constitución para las Comunidades Autónomas: «el Estado las reconocerá y amparará como parte integrante de su ordenamiento jurídico», así como los respectivos Estatutos de Autonomía). Las entidades locales, por otra parte, encuentran en la Ley de las Bases reguladoras del Régimen Local de 2 de abril de 1985 (cuyo art. 1 precisa que los Municipios y Provincias «institucionalizan y gestionan con autonomía los intereses propios» respectivos), el reconocimiento expreso de esa potes-

tad reglamentaria: art. 22.d), para los municipios, y art. 33.b) para las Diputaciones.

Pero también las Leyes han venido a consagrar como fuentes de poder reglamentario a instituciones y entes no territoriales, art. 42 de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), de 14 de abril de 1997. Ese art. 42 en su apartado 2 precisa: «Dentro de su esfera de competencia, corresponde [a los «organismos públicos»] *las potestades administrativas* precisas para el cumplimiento de sus fines en los términos que prevean sus estatutos, salvo la potestad expropiatoria», precisando en concreto que dichos estatutos podrán «atribuir a los Organismos públicos *la potestad de ordenar* aspectos secundarios del funcionamiento del servicio encomendado, en el marco y con el alcance establecido por las disposiciones que fijen el régimen jurídico básico de dicho servicio». Esta posibilidad (admitida como constitucional: Sentencias 135/1992, de 5 de octubre y 133/1997, de 16 de julio), ha sido cumplida con cierta extensión en casos como el del Banco de España, y los Consejos reguladores varios, que suelen designar a sus normas reglamentarias propias como «Circulares» o «Instrucciones».

Propio de la potestad reglamentaria en todas sus manifestaciones es la posibilidad de su control de legalidad plenario por los jueces, como precisa la propia Constitución en su art. 106.1: «Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria» y repite con énfasis el art. 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1 de julio de 1985. Es, sin duda, ejercer este control, bien con ocasión de recursos directos contra los respectivos Reglamentos, bien los llamados recursos indirectos, o «excepción de ilegalidad», que controlan la legalidad de los Reglamentos en el momento mismo de su aplicación concreta, una de las facultades más relevantes del Poder Judicial (que se extiende también, en su última modalidad —control indirecto— a la totalidad del Poder Judicial, como resaltan los arts. 6 y 8 de la Ley Orgánica de este Poder).

II

Dentro del mismo Título IV, los arts. 98 y siguientes de la Constitución regulan la composición y la formación del Gobierno como órgano así como la responsabilidad penal de sus miembros.

Aquí se encuentra la base constructiva de nuestro sistema político como de «régimen parlamentario», que supone:

— el Rey, tras cada renovación electoral del Congreso, previa consulta con los representantes designados por los Grupos políticos, designa un «candidato a la Presidencia del Gobierno» (quizás la prerrogativa regia más relevante), que para convertirse en Presidente ha de obtener seguidamente «la confianza de la Cámara» baja o Congreso;

— el candidato que obtiene «la confianza» de dicha Cámara, con la que el candidato pasa a ser Presidente del Gobierno, como tal designa a los Ministros y se somete a la Cámara para la investidura definitiva del Gobierno por él propuesto;

— si no se obtiene la confianza (en último extremo, por mayoría simple) de la Cámara, puede presentar una nueva propuesta, con votación sucesiva, dentro de un plazo de dos meses a partir de la primera votación;

— si transcurren dos meses desde la primera votación de investidura sin que el primer o sucesivos candidatos no alcancen la votación de confianza, el Rey disolverá el Parlamento (las dos Cámaras, pues), celebrándose nuevas elecciones con el refrendo del Presidente del Congreso;

— una vez obtenida la confianza en la forma expuesta, el Presidente propondrá al Rey y este nombrará al Gobierno;

— el Gobierno cesará por pérdida de la confianza parlamentaria.

III

El estudio analítico y pormenorizado de estas relevantes regulaciones constitucionales se realiza seguidamente por los autores principales de esta obra.

Artículo 97

El Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes.

Sumario general:

Las funciones del gobierno, por **MARC CARRILLO LÓPEZ**

La potestad reglamentaria, por **JOSÉ MARÍA BAÑO LEÓN**

LAS FUNCIONES DEL GOBIERNO

Sumario: I. Las funciones del Gobierno y su relación con la Administración. II. La dirección de la política interior y exterior. 1. La dirección de la política interior. 2. La dirección de la política exterior. III. La dirección de la Administración civil y militar y la defensa del Estado. 1. La dirección de la Administración civil. 2. La dirección de la Administración militar y la defensa del Estado. IV. El control de los actos de gobierno en la jurisprudencia.

MARC CARRILLO LÓPEZ

CATEDRÁTICO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
UNIVERSIDAD POMPEU FABRA

El art. 97 CE determina las funciones del Gobierno, que se concretan en la dirección de la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Asimismo, ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes. En este comentario se analizan todas estas funciones, excepción hecha de la potestad reglamentaria, que es tratada específicamente en otro apartado. La jurisprudencia constitucional ha tenido una relativa incidencia sobre el resto del contenido de este precepto.

I. LAS FUNCIONES DEL GOBIERNO Y SU RELACIÓN CON LA ADMINISTRACIÓN

El Gobierno tiene la doble condición de órgano superior de la Administración del Estado, pero a la vez es un órgano dotado de funciones políticas. Ambos, Gobierno y Administración, forman parte del Poder Ejecutivo, pero el primero es su responsable, a través del ejercicio de la función ejecutiva y la dirección política.

La distinción entre Gobierno y Administración es asumida por la Constitución y prescinde de la clásica denominación Poder Ejecutivo utilizada en la forma parla-

mentaria de gobierno y pasa a encabezar el Título VI, refiriéndose al Gobierno y a la Administración. El legislador también se ha hecho eco de esta distinción a través de dos leyes dotadas de sustantividad propia: la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (LG), por la que se regulan sus aspectos orgánicos y funcionales y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), cuyo ámbito subjetivo de aplicación es la Administración General del Estado (AGE), además de las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Entidades que integran la Administración Local y el sector público institucional (art. 2). En este sentido, y con la misma lógica, el Tribunal Constitucional ya estableció en una temprana jurisprudencia que:

«(...) el Gobierno aparece diferenciado de la Administración propiamente dicha a la que dirige» (Impugnación Título V y RA, Ponente: Manuel Díaz de Velasco, STC 16/1984, de 6 de febrero, FJ 3).

La opción por referirse de forma específica a ambos no resulta irrelevante (DÍEZ-PICAZO, 1988, 43-44). La tradición liberal de gobierno limitaba las atribuciones de este a ser una instancia ejecutora de las directrices contenidas en la ley. Pero de la Constitución se deriva un

diseño distinto, en el que además de la función ejecutiva y el ejercicio de la potestad reglamentaria, ejerce una función de gobierno que se proyecta sobre los diversos ámbitos de la vida pública del Estado y que la Constitución concreta en la dirección de la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa (art. 97 CE). Esta función se traduce en la iniciativa y el impulso que se proyecta sobre todos los poderes públicos para el desarrollo de la acción política. Para llevarlo a cabo precisa del concurso de la Administración, esto es, de una tupida red de órganos que vienen a constituir un nuevo *Leviatán* que actúa bajo la dirección política y la subordinación al Gobierno, en tanto que órgano constitucional depositario de la legitimidad democrática derivada del Parlamento. Aunque la Administración pública, como ente organizado de forma estable y profesionalizada, dispone de una cierta autonomía funcional, pero no por ello puede devenir un poder autónomo (SANTAMARÍA PASTOR, 1988, 1012-1013). Porque, a la postre, siempre deberá lealtad institucional al Gobierno en tanto que representante indirecto del interés general.

La relación de subordinación de la Administración al Gobierno no es absoluta, sino que queda limitada y, por tanto, atemperada por los principios de organización y funcionamiento que presiden la actuación de la Administración pública, a saber: objetividad en defensa de los intereses generales, eficacia jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento a la ley y al Derecho (art. 103 CE). O lo que lo mismo, la subordinación de la Administración a las instancias políticas queda condicionada a un doble requisito: el principio de legalidad y el poder de dirección de Gobierno (BILBAO UBILLOS, 2005, 160) que no podrán ser antagónicos. De tal forma que la decisión política, que pertenece al Gobierno, ha de ser formalizada con criterios jurídicos basados en reglas objetivas, que impidan que la Administración pueda actuar arbitrariamente. Puesto que en la forma democrática de gobierno, carece ya de sentido la doctrina de los actos políticos no sometidos a control jurisdiccional,

sino que todos los actos del Gobierno están sujetos a un único régimen jurídico que los hace en principio justiciables, ya sea formal o materialmente, sin perjuicio de que existan determinados actos del Gobierno que por su propia naturaleza no puedan ser fiscalizables en sede judicial.

La función de dirección política se proyecta sobre los diversos ámbitos materiales que describe el art. 97 CE: Administración civil y militar y defensa del Estado, así como la política interior y exterior. La dirección política constituye un mandato general a través del cual el Gobierno impulsa y coordina la acción de la Administración Pública y la de otros poderes del Estado para llevar a cabo su programa político. La dirección política se manifiesta a través de la definición de objetivos y la orientación de la actividad de la Administración a través de directrices vinculantes. Más concretamente, el poder de dirección política que corresponde al Gobierno se expresa mediante el establecimiento de objetivos, preferencias y directrices programáticas; el nombramiento de altos cargos y finalmente el control de los resultados obtenidos, que puede instar al Gobierno a proseguir en la misma línea o bien a corregir sus planteamientos (PORRAS NADALES, 1992, 171 y ss.). Todo ello en el marco de las competencias que el Gobierno dispone en el ámbito de la iniciativa legislativa (arts. 87.1 y 134.1 CE), la potestad reglamentaria (art. 97 CE), o en el marco de la actividad del Poder Judicial, a través del Ministerio Fiscal (art. 124 CE) o de la justicia constitucional, a través de la legitimación activa para plantear recursos de inconstitucionalidad, conflictos de competencia o impugnar disposiciones de las CC. AA. (arts. 162.1 y 161.2 CE), etc.

Los órganos que participan del ejercicio de la función de dirección política del Gobierno son el Presidente del Gobierno, los órganos colegiados del mismo, especialmente el Consejo de Ministros y en menor grado las Comisiones Delegadas del Gobierno, los Ministros, los altos cargos del Gobierno (en especial, los

Secretarios de Estado y de forma más subordinada: los Subsecretarios y Secretarios Generales, los Secretarios Generales Técnicos, los Directores Generales y los Subdirectores) y también los Gabinetes, en tanto que estructuras paralelas a la Administración General del Estado (AGE) y cuya existencia se ha desarrollado ampliamente en los últimos tiempos.

II. LA DIRECCIÓN DE LA POLÍTICA INTERIOR Y EXTERIOR

1. La dirección de la política interior

El ámbito de la política interior del Gobierno se manifiesta a través de instrumentos formalizados en la Constitución y, por supuesto, también mediante vías no reguladas que acostumbra a ser previas a las disposiciones legales que las formalizan. En el contexto de la política interior no formalizada destacan las actuaciones del Gobierno, que es habitual que lleve a cabo con los diversos actores políticos y sociales, dirigidas a concitar amplios acuerdos sobre temas de interés general. Por ejemplo, los realizados con minorías parlamentarias para la aprobación del proyecto de ley de presupuestos, o los llevados a cabo con los denominados actores sociales, esto es, con los representantes sindicales y empresariales en circunstancias de orden socio-económico que requieren la toma de decisiones específicas para reorientar la política económica. Y ello sin perjuicio de las competencias que en el ámbito de las relaciones socio-económicas tiene el Consejo Económico y Social (131.2 CE) o sus homólogos de las CC. AA. Los ya históricos Pactos de la Moncloa en 1978 o el Pacto de Toledo en materia de pensiones acordado en el Congreso de los Diputados en 1996 son un ejemplo en este sentido. O también el Acuerdo por las Libertades y contra el Terrorismo de 2000, más conocido como Pacto Antiterrorista, que fue firmado por los partidos políticos mayoritarios de ámbito estatal. Se trata de supuestos de dirección de la política interior que, si llega el caso, se traducen for-

malmente en Acuerdos o Convenios de carácter político, sin perjuicio de que posteriormente se reflejen en disposiciones sometidas al Derecho.

Pero la dirección de la política interior se expresa también y sobre todo a través de la relación que el Gobierno tiene con otros órganos del Estado. En primer lugar, con las Cortes Generales, ante quien tiene iniciativa legislativa para presentar sus proyectos de ley a través de los cuales expone una parte esencial del contenido del programa político por el que el Presidente obtuvo la investidura parlamentaria para gobernar (art. 99.2 CE). Y en especial, por medio del decisivo proyecto de ley de presupuestos, cuya iniciativa corresponde en exclusiva al Gobierno (art. 134.1 CE). O mediante la aprobación de normas con rango de ley para hacer frente a situaciones de extraordinaria y urgente necesidad (art. 86 CE) y desarrollar la delegación legislativa obtenida de las Cortes (art. 82 CE). Asimismo, el Gobierno, con la exclusiva responsabilidad de su Presidente, dispone de dos instrumentos de especial incidencia en la dirección de la política interior como son, por un lado, el poder de disolución anticipada de las Cámaras (art. 115 CE) a fin de trasladar al electorado la decisión a una determinada coyuntura política ya irresoluble en sede institucional. Y, por otro, plantear al Congreso de los Diputados la cuestión de confianza sobre su programa o sobre una declaración de política general (art. 112 CE), como una forma de trasladar a la Cámara la decisión sobre la futura estabilidad del Gobierno. Además, el Gobierno mediante el decreto acordado en Consejo de Ministros por un plazo máximo de 15 días, debe dar cuenta al Congreso de los Diputados de la declaración del estado de alarma, reunido al efecto, y sin cuya autorización no podrá ser prorrogado dicho plazo (art. 116.2 CE), como así ocurrió por vez primera hasta ahora en diciembre de 2010 con ocasión de la huelga de controladores aéreos, y que más de cinco años después Tribunal Constitucional avalaría la citada declaración de estado excepcional en la STC 83/2016, de 28 de

abril; declarar mediante decreto el estado de excepción, previa autorización de la Cámara baja (art. 116.3 CE); y, asimismo, el Gobierno también puede proponer a la misma la declaración por mayoría absoluta la declaración del estado de sitio (art. 116.4 CE). Y en relación al Senado, en el caso de que una Comunidad Autónoma no cumpliera las obligaciones que la Constitución u otras leyes le impongan, o actuare de forma que atente gravemente al interés general de España, el Gobierno, en el ejercicio de la función que le corresponde de dirección de la política interior, previo requerimiento al Presidente de la Comunidad Autónoma, y en el caso de no ser atendido, con la aprobación por mayoría absoluta del Senado, podrá adoptar las medidas necesarias para obligar a aquella al cumplimiento forzoso de dichas obligaciones o para la protección del mencionado interés general (art. 155 CE). Y también, por vez primera esta previsión constitucional ha sido aplicada en octubre de 2017 en el contexto del proceso secesionista en Cataluña (Orden PRA/1034/2017, de 27 de octubre, por la que se publica el acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de octubre, por el que, en aplicación de lo dispuestos en el artículo 155 de la Constitución, se tiene por no atendido el requerimiento planteado al M. H. Sr. Presidente de la Generalidad de Cataluña, para que la Generalidad de Cataluña proceda al cumplimiento de sus obligaciones constitucionales y a la cesación de sus actuaciones gravemente contrarias al interés general y se propone al Senado para su aprobación las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de las obligaciones constitucionales y para la protección del mencionado interés general, y la Resolución de 27 de octubre de 2017, de la Presidencia del Senado, por la que se aprueba las medidas requeridas por el Gobierno, al amparo del artículo 155 CE).

En relación al Poder Judicial, la incidencia de la política interior del Gobierno es lógicamente menor, habida cuenta de la exclusividad de las funciones jurisdiccionales que corresponden a Juzgados y Tribunales. Pero es evidente que el servicio público de la justicia

y el carácter prestacional del derecho a la tutela judicial (art. 24 CE), reclaman del Gobierno unas previsiones presupuestarias que lo hagan realmente eficiente, no solo a través de una legislación procesal adecuada, sino también de la dotación de los medios personales y materiales precisos. La organización de la llamada administración de la Administración de Justicia que compete al Estado y también a las CC. AA., es una vía a través de la cual los gobiernos central y autonómico disponen para dirigir un aspecto decisivo de la política interior del Estado. Y en otro orden material, la política del Gobierno también incide sobre el Poder Judicial a través del Fiscal General del Estado, nombrado a propuesta del Gobierno, que, como representante público, tiene encomendadas funciones de especial relevancia en los procesos judiciales, a fin de «(...) promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley (...) así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante estos la satisfacción del interés general» (art. 124.1 CE). Para asegurar estos fines, el Gobierno, a través del Ministerio de Justicia, puede interesar ante el Fiscal General del Estado a que promueva ante los Tribunales las actuaciones pertinentes en orden a la defensa del interés público, el cual actuará sobre la viabilidad y la procedencia de las actuaciones interesadas, una vez oída la Junta de Fiscales de Sala del Tribunal Supremo, razonando su decisión al Gobierno (art. 8.1 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, en su versión consolidada tras la reforma operada por la Ley 24/2007, de 9 de octubre).

Y en relación a la jurisdicción constitucional, la dirección de la política interior del Gobierno se formaliza en dos ámbitos. El primero, en la propuesta de dos magistrados que han de integrar la composición de los doce miembros que forman parte del Tribunal Constitucional. La segunda, mediante la legitimación activa de la que dispone el Presidente del Gobierno [art. 162.1.a) CE], asistido por

la Abogacía del Estado, para instar a la acción de la justicia rogada en defensa de la CE, frente a los eventuales excesos que pueda cometer el legislador estatal o autonómico. Pero además, dada la estructura políticamente descentralizada del Estado, el Gobierno también puede actuar en el proceso constitucional en defensa de sus competencias frente a las CC. AA. a través del conflicto de competencias, o para garantizar sus atribuciones respecto de los otros órganos constitucionales del Estado: Congreso, Senado y Consejo General del Poder Judicial (art. 59 y ss. LOTC).

2. La dirección de la política exterior

La política exterior es dirigida por el Gobierno con el concurso del servicio exterior del Estado y la participación de las Cortes Generales, para formalizar el marco general de los compromisos internacionales del Estado. Tanto en el ámbito específico de la Unión Europea como en general en relación a la comunidad internacional, **el Gobierno dispone de un especial protagonismo en la dirección de la política exterior** y la regulación de las relaciones diplomáticas con otros Estados.

La Ley 2/2014, de 25 de marzo, de Acción y del Servicio Exterior del Estado, concreta sus funciones en este ámbito a través del establecimiento de sus principios rectores, los sujetos y ámbitos de actuación, los instrumentos para su planificación, seguimiento y coordinación, así como de la ordenación del Servicio Exterior del Estado, para asegurar la coordinación y coherencia del conjunto de actuaciones que la constituyen y su adecuación a las directrices, fines y objetivos de la Política Exterior.

Desde la STC 165/1994, de 26 de mayo, FF. JJ. 5 y 6, la jurisprudencia constitucional ha delimitado la distinción entre la competencia exclusiva del Estado en materia de relaciones internacionales (art. 149.1.3 CE) y cuya dirección corresponde al Gobierno, respecto de las actividades propia de la acción exterior

que también pueden llevar a cabo las CC. AA., pero siempre limitadas al desarrollo de las competencias que les son reconocidas en sus respectivos Estatutos de Autonomía. Con motivo de la Ley del Parlamento de Cataluña 16/2014, de 4 de diciembre, de acción exterior y de relaciones con la Unión Europea. y del posterior recurso de inconstitucionalidad presentado por el Presidente del Gobierno contra algunos de sus preceptos, en su STC 228/2016, de 22 de diciembre, el Tribunal ha sintetizado su jurisprudencia (la ya mencionada STC 165/1994, además de las SSTC 31/2010, de 28 de junio FJ 125; 118/2011, de 5 de julio, FJ 10; 138/2011, de 14 de septiembre, FJ 4; 46/2015, de 5 de marzo, FJ 4, y 65/2016, de 28 de abril) en los siguientes términos: las CC. AA. como parte del ejercicio de sus competencias pueden llevar a cabo actividades con proyección exterior, si bien con el límite de las reservas que la Constitución efectúa en favor del Estado (art. 149.1.3 CE), que le confiere competencia exclusiva en materia de relaciones internacionales; en la delimitación del alcance de dicha competencia no cabe identificar la materia relaciones internacionales con todo tipo de actividad con alcance o proyección exterior; la reserva en favor del Estado de las relaciones internacionales se identifica esencialmente con la capacidad para la celebración de tratados (*ius contrahendi*), la representación exterior del Estado (*ius legationis*), así como con la creación de obligaciones internacionales y la responsabilidad internacional del Estado. Asimismo, dentro de la competencia estatal se sitúa también la posibilidad de establecer medidas que regulen y coordinen las actividades con proyección externa de las CC. AA., para evitar o remediar eventuales perjuicios sobre la dirección y ejecución de la política exterior que corresponde en exclusiva al Estado.

A fin de fijar el marco general de las relaciones internacionales, las Cortes Generales disponen de la atribución constitucional para autorizar la celebración de tratados por los que se atribuye a una organización o institución internacional el ejercicio de competen-

cias derivadas de la CE. Según los casos, son las Cortes o el Gobierno los órganos constitucionales a quienes corresponde garantizar el cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión (art. 93 CE). En este contexto, y siempre en el marco de sus competencias compartidas con las CC. AA., la posición del Gobierno es especialmente relevante en la fijación de los criterios generales para la ejecución del Derecho europeo establecido en el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007 y que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009.

La posición de las Cortes Generales prevalece cuando se trata de prestar el consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratados o convenios que tengan carácter político y militar, que afecten a la integridad territorial del Estado o a los derechos y libertades del Título I, que impliquen obligaciones financieras para la Hacienda Pública o aquellos otros que supongan modificación o derogación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución. Pero fuera de estos supuestos, la conclusión del resto de tratados y convenios se llevará cabo por el Gobierno, siendo de ello informadas las Cortes de forma inmediata (art. 94.1 CE). En todo caso, cuando en estos supuestos señalados se requiere de la ley para autorizar un tratado o convenio, el Gobierno no puede suplir dicho requisito a través del empleo de su propia legislación de urgencia, dictando un decreto-ley, que es un tipo de disposición que no puede ser cauce para autorizar tratados internacionales. Así lo interpreta la jurisprudencia constitucional cuando sostiene que:

«(...) por mínimo que sea el contenido normativo que las Cortes Generales consideren oportuno que acompañe a la autorización previa para la que son requeridas en virtud del art. 94.1, el procedimiento parlamentario pertinente será el legislativo, común o especial, que venga impuesto, en su caso, por la materia a que dicho conte-

nido se refiera» (RI, Ponente: Conde Martín de Hijas, STC 155/2005, de 9 de junio, FJ 9).

III. LA DIRECCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN CIVIL Y MILITAR Y LA DEFENSA DEL ESTADO

1. La dirección de la Administración civil

Los criterios que definen la dirección política atribuida al Gobierno se proyectan sobre la Administración civil y militar así como sobre la defensa del Estado. Sin perjuicio de la especificidad que presentan la Administración civil y el binomio integrado por la Administración militar y la defensa del Estado, no hay duda que la dirección política sobre ellos queda sometida por igual a una serie de límites constitucionales. Por un lado, los órganos administrativos que los integran están sujetos a los principios ya descritos de organización y funcionamiento (art. 103 CE); y por otro, los Tribunales ordinarios controlan el ejercicio de la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como también el sometimiento de esta a los fines que la justifican (art. 106.1 CE). Estos límites constitucionales afectan a la organización administrativa decidida por la dirección política y a la selección del personal responsable de los órganos administrativos que ha accedido a los mismos a través de la carrera administrativa, la contratación laboral y el nombramiento para cargos de confianza.

En efecto, de la dirección de la Administración civil forma parte **el proceso de libre designación de cargos directivos**. La dirección política del gobierno se instrumenta a través de estos altos cargos y del conjunto de directivos públicos al frente de la Administración. Se trata de un ámbito en el que concurren la decisión política del Gobierno legitimado por las urnas y la Administración Pública que le sirve de apoyo. La experiencia de la alternancia política en España pone de

relieve que los altos cargos acompañan al Gobierno en los cambios de mayoría parlamentaria. Así, tanto en 1982 como en 1996, la alternancia comportó el cese de la inmensa mayoría de los cargos directivos de la AGE (BILBAO UBILLOS, 2005, 204). Un hecho que se volvió a reproducir tras las elecciones legislativas de 2004 y 2011, lo que manifiesta la decisiva relevancia del criterio de la confianza política para proveerlos.

No obstante esta circunstancia de notoria permeabilidad de la alta Administración a los cambios políticos, ya en la extinta Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), se introdujeron algunas reglas tendentes a la profesionalización de los altos cargos directivos de la Administración. En una línea similar, la nueva Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, prescribe que «el nombramiento de los altos cargos se hará entre personas idóneas y de acuerdo con los dispuesto en su legislación específica. Son idóneos quienes reúnen honorabilidad y la debida formación y experiencia en la materia, en función del cargo que vayan a desempeñar. La idoneidad será apreciada tanto por quien propone como por quien nombra alto cargo» (art. 2). Los ligeros avances generados por la finalidad de configurar una Administración más profesionalizada en sus niveles superiores los refleja también la nueva LRJSP, respecto a las condiciones que han de presidir el nombramiento de los Subsecretarios, Secretarios Generales Técnicos, Directores Generales y Subdirectores Generales, cuyos nombramientos habrán de efectuarse entre funcionarios del Estado, de las CC. AA. o de las Entidades Locales, pertenecientes al Subgrupo A1 a que se refiere el art. 76 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público (arts. 64.3, 65.3 y 66.2 de la LRJSP). No obstante, en relación a los Directores Generales se establece la excepción al dicho requisito de adscripción a la función pública, si el Real Decreto de estructura del Ministerio permite que, en atención a las ca-

racterísticas específicas de las funciones atribuidas a la Dirección General, su titular no reúna la condición de funcionario. De darse esa circunstancia, la ley prescribe que deberá motivarse mediante una memoria razonada la concurrencia de las especiales características que justifiquen esa circunstancia excepcional (art. 62.2 LRJSP). Pero este intento de modernización y profesionalización de la función pública no ha impedido la ocupación de la Administración por el personal político, hasta el punto que los intereses partidistas siguen siendo el criterio decisivo para designar los altos cargos directivos (JIMÉNEZ ASENSIO, 1996, 16-17). Y aunque es evidente que la confianza política como criterio para el acceso a un alto cargo político va ínsita en la potestad de dirección política que corresponde al Gobierno, no lo puede ser hasta el punto de devenir el único criterio, haciendo abstracción del mérito y la capacidad. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha dado luz verde a la constitucionalidad del uso habitual del criterio de libre designación, siempre que la naturaleza del puesto directivo lo justifique. Dado que con carácter general el TC ha interpretado que los principios de igualdad, mérito y capacidad juegan con diferente intensidad en el momento del ingreso a la función pública que el posterior proceso de promoción. En este sentido, el Tribunal ha establecido que:

«(...) siendo el derecho del art. 23.2 CE un derecho de configuración legal, puede la Administración legítimamente dentro de los concurso para la provisión de vacantes o puestos de trabajo entre personas que ya han accedido a la función pública (y, por tanto, acreditado los requisitos de mérito y capacidad) tener en cuenta otros criterios distintos que no guardan relación con estos, en atención precisamente a una mayor eficacia en la organización de los servicios o la protección de otros bienes constitucionales» (RA, Ponente: A. Rodríguez Bereijo STC 192/1991, de 14 de octubre, FJ 4; en el mismo sentido la STC 293/1993, FJ 4).

Razón por la cual el ascenso a altos cargos directivos es habitual que obedezca más a criterios próximos a la vinculación política que a la capacidad real para ejercerlos. Y esta es una conclusión que no puede ser aceptada resignadamente como parte integrante de los poderes implícitos de la dirección política de la Administración del Estado, si no es con merma del mandato constitucional del art. 103.3 CE.

La dirección política de la Administración civil del Estado no se agota en la Administración territorial, **si no se extiende también a la Administración institucional** integrada por el amplio catálogo de organismos autónomos y entidades públicas empresariales (art. 43 LOFAGE): los primeros se rigen por el Derecho administrativo y dependen de un Ministerio, mientras que las segundas dependen de un Ministerio o de un Organismo autónomo, pero conforme al Derecho privado.

La evolución de la organización administrativa en las últimas dos décadas obliga a incluir en el ámbito de la Administración civil del Estado la figura singular de **las denominadas entidades administrativas independientes —EAI—** (art. 109 LRJSP). Esto es, a aquellas entidades reguladoras de un determinado sector de la Administración pública, que operan con personalidad jurídica propia, están dotadas de autonomía orgánica y funcional, disponen de potestad normativa concurrente con la del Gobierno y sus actos son solo objeto de control por parte de la autoridad jurisdiccional. Lo cual las sitúa, en gran parte, al margen del poder de dirección del Gobierno. Se rigen por su Ley de creación, sus estatutos y la legislación especial de los sectores económicos sometidos a su supervisión. Supletoriamente se rigen también, en cuanto sea compatible con su naturaleza y autonomía, por lo dispuesto en la LRJSP para lo dispuesto para los organismos autónomos (arts. 98 a 108), la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, la Ley 47/2002, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre,

de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones públicas, así como el resto de las normas de Derecho administrativo general y especial que les sea de aplicación.

No obstante, es preciso añadir que todas estas entidades no responden a un mismo patrón y su régimen jurídico es heterogéneo. Pero es lo cierto que su novedosa existencia basada en una descentralización funcional ha supuesto una fragmentación del poder público administrativo (PAREJO, 1994, 16). Puesto que el Gobierno ha perdido la disponibilidad absoluta de nombrar y cesar a sus cargos directivos, ya que para ello también está prevista la participación de otros órganos como es el caso del Parlamento. El trasfondo teórico que justifica la aparición de estas entidades reguladoras se funda en la necesidad de dotarlas de una dirección especializada de alto nivel técnico que aleje del Gobierno, y por tanto de las opciones políticas dominantes, la regulación de determinados ámbitos materiales de la Administración pública especialmente sensibles. Pero uno de los reproches que reciben es que su atenuada relación con el Ejecutivo aumenta el riesgo de alejar del control democrático del Parlamento la regulación y gestión de sectores importantes de la Administración pública. Otro, incluso, llega a sostener su inconstitucionalidad porque sus traen al Gobierno su poder de dirección política en diversos ámbitos sectoriales (GARCÍA LLOVET, 1993, 117).

2. La dirección de la Administración militar y la defensa del Estado

La atribución por la CE al Gobierno de la dirección de la Administración militar y la defensa del Estado pone de relieve la subordinación de las Fuerzas Armadas a las instituciones representativas de la soberanía popular.

La dirección de la Administración militar y de la política de defensa son dos ámbitos autónomos, pero interrelacionados en las atribuciones del Gobierno. La nueva Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional (LODN), distingue entre ambas, puesto que su objeto consiste, por un lado, en regular la defensa nacional y, por otro, en establecer las bases de la organización militar conforme a los principios establecidos en la Constitución (art. 1). La finalidad de la política de defensa es «la protección del conjunto de la sociedad española, de su Constitución, de los valores superiores, principios e instituciones que en esta se consagran, del Estado social y democrático de Derecho, del pleno ejercicio de los derechos y libertades y de la garantía, independencia e integridad territorial de España» (art. 2). Se trata, pues, de un objeto más amplio que el referido a la dirección de la Administración militar, como parte específica de la Administración pública del Estado, sometida a los principios del art. 103 CE. En consecuencia, la dirección de la política de defensa está vinculada tanto a la dirección de la Administración militar como sobre todo a la dirección de la política exterior.

De acuerdo con la LODN, la dirección de la política militar y de defensa parte del ejercicio de la potestad legislativa de las Cortes para prestar el consentimiento del Estado a obligarse por medio de los tratados y convenios; aprobar las leyes relativas a la defensa; así como debatir las líneas de la política de defensa, controlar al Gobierno y acordar la autorización a la que se refiere el artículo 63.3 CE (art. 4). Por tanto, corresponde al Gobierno determinar la política de defensa y asegurar su ejecución, dirigir la Administración militar y acordar la participación de las Fuerzas Armadas en misiones en el extranjero (art. 5). Al Presidente del Gobierno le corresponde la dirección de la política de defensa y la determinación de sus objetivos (art. 6); el Ministro de Defensa (art. 7) desarrolla y ejecuta dicha política; y el Consejo de Defensa Nacional (art. 8) es el órgano colegiado coordinador, asesor y consultivo del Presidente del Gobierno en materia de defensa.

En cuanto a la organización de la defensa, el Ministerio es el departamento de la AGE al que corresponde la preparación, el desarrollo y la ejecución de la política de defensa determinada por el Gobierno y en el que se integran las Fuerzas Armadas (art. 9). Por su parte, el Estado Mayor de la Defensa es el órgano auxiliar de mando y apoyo al Jefe del Estado Mayor de la Defensa, a fin de definir y desarrollar la estrategia militar, el planeamiento y la conducción de las operaciones militares y el ejercicio del resto de sus competencias (art. 12). Finalmente, el Centro Nacional de Inteligencia, que fue creado mediante la Ley 1/2002, de 6 de mayo, reemplazando al CESID, se configura como un organismo público de carácter híbrido, integrado entre la Administración civil y militar, a fin de contribuir a la obtención, evaluación e interpretación de la información necesaria (art. 26) para la garantizar la defensa del Estado.

IV. EL CONTROL DE LOS ACTOS DE GOBIERNO EN LA JURISPRUDENCIA

El art. 26 de la LG rechaza cualquier tipo de dualismo entre actos del Gobierno sujetos a control y otros que no lo están. «El Gobierno está sujeto a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico en toda su actuación». Por tanto, rechaza la vigencia de la vieja doctrina del acto político o de dirección política. Ahora bien, ello no significa que el control jurisdiccional alcance a cualquier manifestación de los actos de Gobierno.

Por su parte, el art. 2.a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), establece que *El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con: la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, todo ello en relación con los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Co-*

municipalidades Autónomas, cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos.

Tanto la jurisprudencia ordinaria como la constitucional se han pronunciado al respecto. Así, el Tribunal Supremo desde la STS de 22 de enero de 1993 ha interpretado que la fiscalización del acto de dirección política resulta posible en lo que afecta a aquellos de sus elementos definidos legislativamente y que no tengan relación con el fondo de la decisión del Gobierno (por ejemplo, el nombramiento del Fiscal General del Estado cuando el candidato no cumplía los años de experiencia requeridos, o la calificación de «materias clasificadas» en relación con la ponderación de los bienes constitucionales en conflicto, primando en este caso el derecho a la tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos de la personas implicadas). Por el contrario, el TS ha considerado que la dirección política *stricto sensu* del art. 97 no está sometida a control judicial, mientras que sí los están la función ejecutiva y la potestad reglamentaria:

«El art. 97 de la CE enumera las funciones que competen al Gobierno, entre ellas dirigir la política interior y ejercer la función ejecutiva y la potestad reglamentaria, con la diferencia de que mientras las dos últimas están sujetas al control de los Tribunales, de acuerdo con lo establecido por el art. 106.1 del mismo texto constitucional, de su gestión política, como señala el art. 198, el Gobierno responde solidariamente ante el Congreso de los Diputados, control y exigencia de responsabilidad al Gobierno por su gestión política...» (STS de 2 de octubre de 1987).

Luego, **no son objeto de control jurisdiccional los actos de gobierno que se incluyen dentro del género de las relaciones institucionales o que forman parte de las relaciones entre altos órganos del Estado**, como, por ejemplo, la disolución de las Cortes (STS de 24 de septiembre de 1984), la petición parlamentaria de informa-

ción al Ejecutivo (STS de 15 de noviembre de 1988) o la remisión a la Cámara de un proyecto de ley (STS de 20 de abril de 1993) (SAIZ ARNAIZ, 249, 1994). Por su parte el Tribunal Constitucional adopta una línea interpretativa similar, excluyendo la dirección política de la fiscalización judicial. Lo expresa en los siguientes términos:

«(...) no toda actuación del Gobierno, cuyas funciones se enuncian en el art. 97 del texto constitucional, está sujeta a Derecho administrativo. Es indudable, por ejemplo, que no lo está en general la que se refiere a las relaciones con otros órganos constitucionales, como son los actos que regula el Título V de la Constitución, o la decisión de enviar a las Cortes un proyecto de ley, u otras semejantes a través de las cuales el Gobierno cumple también las funciones de dirección política que le atribuye el mencionado art. 91 CE» (RA; Ponente: Leguina Villa. STC 45/1990, de 15 de marzo).

En aplicación del criterio establecido por el art. 2.a) LJCA, el TS se ha pronunciado en diversas ocasiones acerca de la existencia o no de elementos reglados para determinar la procedencia del control jurisdiccional de los actos del Gobierno. Entre otras, cabe retener las SSTS de 15 de julio de 1997, de 3 de diciembre de 1998 y de 14 de diciembre de 2000, sobre la aplicación de los criterios normativos previstos en la diferentes normas que regulan la facultad para convocar elecciones para concluir que otorgan al acto naturaleza reglada; o algo similar se produce con determinados aspectos de la extradición pasiva en la STS de 26 de noviembre de 1999. O también con el indulto en relación con el derecho de gracia, en la STS de 18 de julio de 2003 (DÍEZ SÁNCHEZ, 2012, 74)

Como recuerda MUÑOZ MACHADO (2011, 931), la historia reciente del acto político tiene dos fases que se identifican después de la aprobación de la Constitución y la segunda que sigue a la entrada en vigor de la LJCA. Con la STS

de 24 de julio de 2000, el TS afirmó que la nueva LJCA *siguiendo una jurisprudencia del Tribunal Supremo, se hace desaparecer legalmente la noción de acto político como causa de exclusión del control judicial de los actos del Gobierno*. Dicha desaparición en el plano legal no significa, desde luego, que el concepto se mantenga en el ámbito doctrinal, por supuesto, como concepto técnico (DÍEZ SÁNCHEZ, 2012, 61).

En consecuencia, la noción de acto político o de dirección política puede mantenerse para determinados actos del Gobierno cuando actúe como órgano constitucional, lo cual, de acuerdo con la CE y el art. 2.a) de la LJCA en ningún caso supone sustraer del control jurisdiccional parte alguna de la actividad del órgano político en cuanto afecte a derechos fundamentales y al cumplimiento de los elementos reglados de la actividad.

BIBLIOGRAFÍA

BILBAO UBILLOS, J. M., «La dirección de la Administración civil y militar por el Gobierno de la nación», en AA. VV., *El Gobierno. Problemas constitucionales* (ARAGÓN REYES, M. y GÓMEZ MONTORO, A. J., Coords.), CEPC, Madrid, 2005, págs. 149-240.

DÍEZ-PICAZO, L. M., «La estructura del Gobierno en el Derecho español», *Documentación Administrativa*, núm. 215, Madrid, 1988, págs. 43-44.

DÍEZ SÁNCHEZ, J. J., «El control jurisdiccional de los actos del Gobierno y de los consejos de Gobierno», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 26, Valladolid, 2016, págs. 45-76.

FERNÁNDEZ FARRERES, G., *Sistema de Derecho Administrativo*, 3.^a ed., Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2016.

GARCÍA LLOVET, E., «Autoridades administrativas independientes y Estado de Derecho», *RAP*, núm. 131, 1993 págs. 61-118.

JIMÉNEZ ASENSIO, R., *Altos cargos y directivos públicos (Un estudio sobre las relaciones entre política y administración en España)*, IVAP, Oñati, 1996.

MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, I, 3.^a ed., Iustel, Madrid, 2011.

PAREJO, L., «Prólogo», en BETANCOR, A., *Las administraciones independientes*, Tecnos, Madrid, 1994.

PÉREZ MONGUIÓ, J. M. y FERNÁNDEZ RAMOS, S., *El Estatuto de los altos cargos*, Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters, 2016.

PORRAS NADALES, A. J., «Las relaciones entre Gobierno y la Administración en la Constitución española de 1978», *RVAP*, núm. 34 (II), Oñati, 1992, págs. 161-182.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Fundamentos de Derecho Administrativo*, I, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988.

SAIZ ARNAIZ, A., «Los actos políticos del Gobierno en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *RAP*, núm. 134, 1994, págs. 225-251.

LA POTESTAD REGLAMENTARIA

Sumario: I. Naturaleza. II. Titulares de la potestad reglamentaria. III. La relación entre ley y reglamento. 1. El impacto de la Constitución en la relación entre la ley y la potestad reglamentaria. 2. Criterios positivos que exigen una amplia regulación de la ley en detrimento del reglamento. A) La regulación de los derechos fundamentales y el principio general de libertad. B) Sanciones administrativas. 3. Criterios tendentes a flexibilizar la reserva de ley y ampliar el campo del reglamento. A) Los derechos de contenido patrimonial o económico. B) La remisión a reglamentos que son manifestación de una autonomía reconocida por la Constitución. IV. Control constitucional de los reglamentos.

JOSÉ MARÍA BAÑO LEÓN

CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

I. NATURALEZA

El inciso que este precepto dedica a la potestad reglamentaria es tan lacónico como poco expresivo: «el Gobierno ejerce la potestad reglamentaria...», pero esto nada dice sobre la naturaleza de tal potestad. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, apartándose de la doctrina clásica sobre el reglamento en España (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2006, 206) ha sostenido la inexistencia de límites materiales al contenido de los reglamentos. Dicho de otra manera: no existe una materia, más allá de las que **la Constitución reserva a la ley, que esté vedada a la potestad reglamentaria**. Como sostuvo la STC 108/1986: «No hay, por tanto, razones suficientes para admitir la limitación objetiva de la potestad reglamentaria sostenida por los recurrentes. Antes bien, debe entenderse que esa potestad reglamentaria se extiende, como dice el art. 97 de la Constitución, a todo lo que le autoricen esta y las leyes...».

Por la misma razón, ha dicho el Tribunal que el reglamento puede desarrollar leyes orgánicas (art. 81 CE) siempre que la ley lo autorice.

Las materias reservadas a ley orgánica no obstan a que «respecto a este tipo de fuentes se hayan de considerar alteradas las relaciones entre ley y reglamento ejecutivo, relaciones que pueden darse en todos aquellos casos en los que la CE reserva a la ley —a la ley orgánica también— la regulación de una materia determinada» (SSTC 77/1985; 137/1986).

En sentido contrario, la Constitución tampoco reserva al reglamento un elenco de materias, la ley puede regular cualesquiera ámbitos **sin que exista una reserva reglamentaria** al modo de la Constitución francesa. No obstante, por imperativo del Derecho de la Unión Europea, hay ocasiones en que la norma europea obliga a que el Derecho interno atribuya precisamente a autoridades administrativas independientes, y no al legislador, la regulación de ciertas materias, por ejemplo telecomunicaciones (*vid.* STJUE de 3 de diciembre de 2009, *Comisión contra Alemania*, C-424/07; BAÑO LEÓN, 2012, 837).

También ha deducido la jurisprudencia constitucional otra consecuencia respecto a la naturaleza de la potestad reconocida en el

art. 97. Y es el **carácter originario de la potestad reglamentaria del Gobierno**, lo que tiene como consecuencia que este pueda delegar en otros órganos el ejercicio de esa potestad (STC 13/1988).

II. TITULARES DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA

Aunque la Constitución se refiere en el precepto comentado tan solo al Gobierno del Estado, hay otros artículos que de manera explícita o implícita reconocen la potestad reglamentaria de otras entidades. Explícitamente el art. 153 CE atribuye a la jurisdicción contencioso-administrativa el control de las normas reglamentarias de las Comunidades Autónomas, lo que supone el reconocimiento de tal potestad. Implícitamente, el art. 140 cuando garantiza la autonomía de los municipios está reconociendo la potestad reglamentaria municipal. Y lo mismo cabe decir de las Universidades (art. 27.10 CE) o de los Colegios Profesionales (art. 36 CE).

Al margen de la potestad reglamentaria que puede derivarse directamente de la Constitución, el Tribunal Constitucional ha reconocido a la ley la competencia para atribuir la potestad reglamentaria a otros órganos, como los Ministros, y a entidades públicas distintas del Gobierno. La primera sentencia a este respecto es la núm. 135/1992, de 5 de octubre:

«La desconcentración de la potestad reglamentaria es posible formalmente y, en muchas ocasiones, necesaria desde la perspectiva del contenido de la norma. Efectivamente, **la habilitación al Gobierno de la Nación que contiene el art. 97 de la Constitución no puede entenderse con un criterio estricto**, al pie de la letra, sin limitar la advocación del titular a un órgano colegiado específico, el Consejo de Ministros, sino también a estos que lo componen y a instituciones como el Banco de España, asesor

de aquel y ejecutor inmediato de su política monetaria y crediticia [Ley 2/1962, de 14 de abril, base 1.^a, y Decreto Ley 18/1962, de 7 de junio, arts. 1 y 9], que, como arriba se dijo, tiene conferida explícitamente la potestad reglamentaria en el ámbito de su actuación.

La intervención de esta institución no se legitima por su carácter discrecional. La discrecionalidad es una modalidad del ejercicio de otras potestades pero no es una de tantas, como a veces se ha dado en decir, ni, en ningún caso, puede ser utilizada por sí misma como habilitante de ellas (STC 96/1984, FJ 6.^o). Ahora bien, una ordenación racional de atribuciones las encomendará a quien tenga la idoneidad para llevarlas a buen término, pero la *auctoritas* no conlleva necesariamente el *imperium* o la potestad, que son obra directa de la Ley. Precisamente la especialización técnica del Banco de España explica y hace razonable, en el contexto constitucional, que se le confíen determinadas misiones por delegación del Gobierno o *ex lege*. No existe, pues, la incompetencia relativa que se denuncia. La ordenación básica del crédito y la Banca, en su aspecto institucional, corresponde no solo a los Cuerpos colegisladores y al Gobierno, sino también, en un nivel operativo, al Banco de España.»

En términos semejantes se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en las Sentencias 37/1997 y 235/1999, que se ocupan también del Banco de España. La Sentencia 133/1997 reconoce la constitucionalidad de la atribución de potestad reglamentaria a la Comisión Nacional del Mercado de Valores: «La aplicación de la doctrina que acaba de exponerse al caso que nos ocupa ha de llevarnos, sin necesidad de mayores argumentos, a la conclusión de que el art. 15 de la Ley impugnada es conforme al art. 97 CE, ya que la Comisión Nacional del Mercado de Valores es un ente de Derecho público a

quien la Ley encomienda la supervisión e inspección de los mercados de valores, así como el asesoramiento al Gobierno, al Ministerio de Economía y Hacienda y, en su caso, a los órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas, en las materias relacionadas con los mercados de valores. Nada hay que oponer, pues, desde la perspectiva del art. 97 CE al hecho de que el legislador estatal haya dotado a la Comisión Nacional del Mercado de Valores de una serie de potestades, incluida la reglamentaria, para que pueda cumplir adecuadamente sus funciones». En el mismo sentido, la STC 86/2017 referida a la autoridad independiente catalana del audiovisual.

Doctrinalmente se ha discutido si es admisible constitucionalmente que la ley atribuya a **las llamadas «Administraciones Independientes»** directamente la potestad reglamentaria (véase, en contra, PAREJO, 1994; MAGIDE, 2003). Téngase en cuenta que lo usual es que los reglamentos de estas Administraciones desarrollen normas reglamentarias. Sin embargo, de la jurisprudencia constitucional parece deducirse que no hay razón para que la ley no pueda remitirse directamente a la potestad reglamentaria de las Administraciones independientes desde el mismo momento en que se admite que la ley es competente para atribuir dicha potestad a entidades públicas (MUÑOZ MACHADO, 1998), si bien hay acuerdo en que se trata de una potestad reglamentaria especializada. Y en efecto no puede ser de otra manera, en tanto son Administraciones cuya razón de ser es la especialización técnica sobre un sector de la política pública.

III. LA RELACIÓN ENTRE LEY Y REGLAMENTO

1. El impacto de la Constitución en la relación entre la ley y la potestad reglamentaria

Un problema clásico en el estudio de la potestad reglamentaria es el de la relación entre la ley y el reglamento, en particular si el regla-

mento requiere de una autorización o habilitación legal para desarrollar una ley, o si el reconocimiento de la potestad reglamentaria en la Constitución permite entender que el Gobierno puede desarrollar cualquier ley, aunque no tenga autorización previa, siempre que no invada materias constitucionalmente reservadas a la ley.

Aunque el Tribunal Constitucional en su primera jurisprudencia (Sentencias 18/1982; 35/1982; 42/1987) ha hecho referencia expresa a la habilitación de la ley al reglamento dentro de las materias reservadas a aquella, explícitamente la STC 109/1986 ha huido de cualquier pronunciamiento dogmático sobre la cuestión, de tal forma que puede decirse que el Tribunal Constitucional ha utilizado la técnica de la remisión de la ley al reglamento, únicamente para justificar que las competencias normativas del Estado frente a las Comunidades Autónomas no se agotan en las normas legales, sino que se extienden también a los normas reglamentarias. Pero sería incierto decir que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado explícitamente por la tesis de la necesidad de la habilitación o por la tesis contraria, probablemente porque **todas las leyes contienen como cláusulas de estilo autorizaciones al Gobierno para que desarrolle los preceptos legales**, de modo que la discusión entre los partidarios de la necesidad de autorización legal para que el reglamento pueda desarrollar una materia reservada a la ley y quienes sostienen la posición contraria carece en el Derecho español de consecuencias prácticas. En resolución, el Tribunal Constitucional no impide, como el Tribunal Supremo, la posibilidad de reglamentos dictados sin autorización de una ley (reglamentos independientes) siempre que tales normas no invadan la reserva de ley. En este sentido debe destacarse que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha ido progresivamente restringiendo la tradicional línea deferente del Tribunal Supremo hacia el reglamento independiente (BAÑO LEÓN, 1991, 192 y ss.).

En este contexto la tradicional distinción entre reglamento ejecutivo y reglamento

independiente se diluye un tanto. Por una parte, hay reglamentos formalmente ejecutivos, que tienen un plusvalor derivado del hecho de que representan el ejercicio de una autonomía constitucionalmente reconocida (véase *infra* el análisis de la potestad de ordenanza local). Estos reglamentos, en cuanto no se limitan a desarrollar la ley, pueden ser en muchos extremos independientes de la ley, en cuanto la ley no prefigura su contenido. Un plan urbanístico no desarrolla la ley de suelo, sino que expresa una determinada política pública aunque tenga rango reglamentario. Por otra parte, la distinción entre reglamento ejecutivo y reglamento independiente, después de la Constitución de 1978, tiene mucha menos importancia, porque en todos los ámbitos reservados a la ley, que son muchos, no puede haber reglamentos independientes de la ley. Podría decirse, en definitiva, que **si no fuera por el hecho de que los reglamentos ejecutivos requieren dictamen preceptivo del Consejo de Estado u órgano equiparable de la Comunidad Autónoma, tal distinción carecería de relieve práctico alguno.** Lo importante de la relación entre ley y reglamento es conocer en qué medida la reserva de ley condiciona el reglamento. En nuestra Constitución, la reserva se configura como un límite al poder de disposición del legislador en garantía de los ciudadanos. Precisamente porque el legislador debe respetar la Constitución, debe observar la decisión constitucional en favor de que sea el Parlamento y no el Gobierno quien regule una determinada materia.

Y esto es justamente lo que subraya el Tribunal Constitucional. No cabe constitucionalmente que el legislador renuncie a su obligación de regular una cuestión dando un cheque en blanco al Gobierno. Al contrario, el legislador tiene la obligación de regular los aspectos básicos de una materia, de modo que el papel del reglamento esté efectivamente subordinado a la ley.

Naturalmente esta tesis implica distinguir, en una misma materia, entre lo que debe regularse por ley y lo que puede regularse por reglamento.

A este respecto se han formulado diversos criterios materiales. Por ejemplo, el del complemento indispensable: el reglamento solo puede regular aquello que sea necesario para la ejecución de la ley (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2006, 271 y ss.) o el de la complitud (SANTAMARÍA PASTOR, 1988, 786), que admite solamente que el reglamento regule aspectos no esenciales.

Sin embargo, como he anotado en otra ocasión, el Tribunal no emplea criterios generales o abstractos sino que matiza caso por caso. En consecuencia, **la reserva de ley significa que el legislador ha de regular una materia pudiendo remitirse al reglamento siempre que tenga una causa objetiva que lo justifique** (BAÑO, 1991, 101). La extensión de la reserva depende tanto de la naturaleza de la materia como del destinatario de la remisión. No es lo mismo que la ley autorice al gobierno para dictar un reglamento de desarrollo, que la ley permita a una Corporación municipal dictar una ordenanza.

2. Criterios positivos que exigen una amplia regulación de la ley en detrimento del reglamento

A) *La regulación de los derechos fundamentales y el principio general de libertad*

La jurisprudencia constitucional ha consagrado **la regla clásica que prohíbe la restricción o limitación de los derechos fundamentales por norma de rango inferior a la ley.** La STC 52/1995, de 23 de febrero, otorga el amparo a una empresa editora a la que la autoridad postal prohibió el envío de material pornográfico con fundamento en una norma reglamentaria sin previsión de una ley. El hecho de que el art. 20.5 CE establezca cierto límite a la libertad de información no autoriza al Gobierno a dictar un Decreto sin la previa autorización legal.

El Tribunal Constitucional también indicó tempranamente que existe un principio general de libertad (art. 1.1 CE) que «autoriza a los ciudadanos a llevar a cabo todas aquellas actividades que la ley no prohíba...», a pesar de no existir una reserva específica en la Constitución Española (STC 83/1984, de 24 de julio). El Tribunal parece terciar a favor de una reserva general para toda restricción de la libertad más allá de las reservas específicas establecidas constitucionalmente. Esta posición cuenta con un respaldo doctrinal notable (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1989, 50; SANTAMARÍA, 1988, 781, quien fundamenta la libertad de acción del particular en el art. 10 CE), aunque desde luego los presupuestos de tal reserva general nada tengan que ver con la concepción tradicional alemana (reserva a la ley de las inmisiones en la propiedad y en la libertad, DE OTTO, 1987, 155).

Ahora bien, aunque todos los derechos y libertades fundamentales estén sujetos a reserva de ley, no todos exigen del legislador la misma dedicación. Y **mientras los derechos patrimoniales (derecho de propiedad, libertad de empresa) permiten que el legislador se remita a la potestad reglamentaria de la Administración, a veces prácticamente sin límites, los derechos de libertad exigen una regulación del legislador más exigente.**

Particularmente significativa a este propósito es la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la intimidad y sobre el derecho a la protección de datos. Véanse las SSTC 110/1984, 37/1989, 49/1999, sobre el derecho a la intimidad, y la STC 292/2000, de 30 de noviembre, sobre la protección de datos: «cabe estimar —dice esta última Sentencia— que la legitimidad constitucional de la restricción de este derecho no puede estar basada por sí sola en la actividad de la Administración Pública. Ni es suficiente que la Ley apodere a esta para que precise en cada caso sus límites, limitándose a indicar que deberá hacer precisión cuando concurre algún derecho o bien constitucionalmente protegido. Es el

legislador quien debe determinar cuándo concurre ese bien o derecho que justifica la restricción del derecho a la protección de datos personales y en qué circunstancias puede limitarse y, además, es él quien debe hacerlo mediante reglas precisas que hagan previsible al interesado la imposición de tal limitación y sus consecuencias».

B) Sanciones administrativas

También resulta muy exigente la doctrina constitucional sobre la reserva de ley en materia de sanciones administrativas, que se inicia en la Sentencia 42/1987, de 7 de abril, Casino de Mallorca. Interpretando el art. 25 CE el Tribunal exige a la ley que regule las infracciones típicas y las sanciones sin que el reglamento pueda tener otra función que la de complementar los tipos legales. En sus posteriores Sentencias 341/1993, LO Seguridad Ciudadana, FJ 10.b) y 60/2000, Ley de Ordenación de los Transportes terrestres, FJ 4, el Tribunal prohíbe que la Ley pueda remitirse genéricamente al reglamento, aunque sea para tipificar con faltas leves la contravención de normas reglamentarias, sin precisar las mismas. Puede resultar de interés comparar esta jurisprudencia con la establecida por el Tribunal Constitucional respecto a los delitos en los que las conductas típicas parcialmente se completan con el auxilio de los reglamentos. Por ejemplo, art. 325 del Código Penal. Véanse SSTC 8/1981; 127/1990; 26/1994, entre otras.

3. Criterios tendentes a flexibilizar la reserva de ley y ampliar el campo del reglamento

A) Los derechos de contenido patrimonial o económico

La reserva de ley es mucho más flexible cuando se trata de los derechos de contenido patrimonial. El Tribunal Constitucional, como no podía ser de otra manera, ha confirmado la constitu-

cionalidad de los importantísimos poderes que la Administración, mediante planes y otros instrumentos, tiene sobre la ordenación social y económica. Este amplio margen concedido a la intervención de la Administración se encuentra en muchas Sentencias que abordan la reserva de ley, el derecho de propiedad (art. 33 CE) y la libertad de empresa (art. 38 CE).

La Sentencia crucial en esta materia es la 37/1987, Ley de Reforma agraria andaluza, en la que el Tribunal da rango constitucional a la doctrina estatutaria de la propiedad y, en particular, a la licitud de que la ley se remita a planes administrativos para fijar el contenido concreto del derecho de propiedad. Esta doctrina se ha reiterado en muchas ocasiones a propósito de la delimitación administrativa de derechos de contenido patrimonial en razón de intereses públicos (protección del medio ambiente, seguridad, etc.). Además del urbanismo y la protección del medio ambiente, esta flexibilización de la reserva se encuentra en todo el ámbito del Derecho económico. Sin embargo, la Ley 20/2013, de Garantía de la Unidad de Mercado, limita las restricciones por vía reglamentaria a la libertad de empresa, ya que exige que exista una razón imperiosa de interés general y que la restricción sea adecuada y proporcional.

B) La remisión a reglamentos que son manifestación de una autonomía reconocida por la Constitución

El Tribunal Constitucional también ha admitido que la reserva de ley puede ser interpretada de forma distinta según quién sea el destinatario de la remisión. Cuando la ley se remita a una Corporación local democráticamente elegida, la ley tiene muchas más posibilidades de invitar al reglamento a ordenar la materia. La STC 233/1999, de 16 de diciembre, que por vez primera establece esta doctrina, observa que **la reserva de ley tributaria no tiene el mismo alcance cuando la ley se remite a un ordenanza local que cuando**

se remite al Gobierno del Estado o de una Comunidad Autónoma, «en virtud de la autonomía de los entes locales constitucionalmente garantizada y del carácter representativo del Pleno de la Corporación municipal». Se da así por primera vez relieve a una tesis, inspirada por un sector doctrinal (PAREJO, BAÑO, entre otros) que supone reconocer el carácter político de la autonomía local derivado de la legitimidad democrática de la Corporación Local.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha sido reacio a admitir que esa especial legitimidad democrática flexibilice completamente la reserva en materia de sanciones previstas en las ordenanzas locales (véase, por ejemplo, SSTC 132/2001, 161/2003 y 193/2003), incluso cuando se trata de sanciones por incumplimiento del reglamento de un servicio público. La STC 132/2001, FJ 6.º, que es la que formula la doctrina más completa sobre la cuestión, subraya que la mera atribución de competencias a los municipios no excluye la presencia de la reserva de Ley. Del art. 25.1 de la Constitución Española derivan dos exigencias mínimas para el legislador, según esta doctrina:

«En primer término, y por lo que se refiere a la tipificación de infracciones, corresponde a la ley la fijación de los criterios mínimos de antijuridicidad conforme a los cuales cada Ayuntamiento puede establecer tipos de infracciones; no se trata de la definición de tipos —ni siquiera de la fijación de tipos genéricos de infracciones luego completables por medio de Ordenanza Municipal—, sino de criterios que orienten y condicionen la valoración de cada Municipio a la hora de establecer los tipos de infracción. En segundo lugar, y por lo que se refiere a las sanciones, del art. 25.1 CE deriva la exigencia, al menos, de que la ley reguladora de cada materia establezca las clases de sanciones que pueden establecer las ordenanzas municipales; tampoco se exige aquí que la ley

establezca una clase específica de sanción para cada grupo de ilícitos, sino una relación de las posibles sanciones que cada Ordenanza Municipal puede predeterminar en función de la gravedad de los ilícitos administrativos que ella misma tipifica.»

También la autonomía de las Universidades se traduce en una jurisprudencia constitucional atenta a **la amplia libertad de configuración normativa de cada Universidad a través de sus Estatutos**. En las SSTC 47/2005 y 130/1991 el Tribunal Constitucional ha sentado una jurisprudencia cuyo origen remoto está en la doctrina del Consejo de Estado sobre la relación entre ley y reglamento en el caso de instituciones dotadas de autonomía. Como dice la STC 75/1997: «Los Estatutos, cuya norma habilitante es la Ley de Reforma Universitaria, no son desarrollo de ella, sino disposiciones reglamentarias donde se plasman las potestades de darse normas, autonomía en sentido estricto y autoorganización. A diferencia de lo que ocurre con los reglamentos ejecutivos de las Leyes, que deben seguir estrictamente la letra y el espíritu de la que traen causa, los Estatutos universitarios se mueven en otro ámbito, donde la Ley no sirve sino como marco para acotar o deslindar y, por tanto, los preceptos estatutarios solo podrán ser tachados de ilegales si contradijeren frontalmente las normas que configuran la autonomía universitaria, pues si admitieren una interpretación conforme a ella, habría de concluirse en favor de su validez (SSTC 55/1989 y 130/1991)».

La autonomía de las corporaciones profesionales también ha justificado el amplísimo campo otorgado al reglamento, en cuanto expresión de la esencial capacidad de autodisposición de estas organizaciones. La interesante STC 219/1989, Colegio de Arquitectos,

otorgó carta de naturaleza reglamentaria a las normas deontológicas de la profesión para justificar una sanción colegial. Esta doctrina, aunque matizada por la STC 93/1992, Colegio de Farmacéuticos, resulta representativa de la diferencia existente entre los reglamentos estatutarios y los puramente ejecutivos de las leyes.

IV. CONTROL CONSTITUCIONAL DE LOS REGLAMENTOS

Como normas de rango inferior a la ley, **el control de las disposiciones reglamentarias corresponde a los Tribunales**, ordinariamente a la jurisdicción contencioso-administrativa, aunque los restantes Tribunales tienen la potestad de inaplicarlos (art. 6 LOPJ). A veces los Tribunales Penales declaran la nulidad de los reglamentos, aunque sea discutible que tenga competencia para ello (art. 3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). **El Tribunal Constitucional puede controlar las normas reglamentarias** en dos supuestos: con motivo de un recurso de amparo, y cuando se trata de un reglamento de las Comunidades Autónomas que sea impugnado por el Estado a través de un conflicto de competencias (art. 161.2 CE en relación con los arts. 76 y 77 LOTC). En el caso del recurso de amparo, no es objeto del mismo el contraste de la disposición con la legalidad ordinaria ni con la Constitución, ya que esa función incumbe al Juez ordinario, sino la vulneración de un derecho fundamental. Únicamente en los supuestos en que el Reglamento sea el causante directo de la vulneración de un derecho fundamental, cabrá que la Sentencia estimatoria proceda a expulsar del ordenamiento jurídico a la norma de rango inferior a la ley (*vid.* SSTC 167/1986; 192/1991; en la doctrina, CAAMAÑO, 1994, 147 y ss.).

BIBLIOGRAFÍA

- BAÑO LEÓN, J. M., *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, Madrid, 1991.
- «Reserva de administración y Derecho comunitario», en *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea*. Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- BLASCO DÍAZ, J. L., *Ordenanza municipal y ley*, Madrid, 2001.
- CAAMAÑO, F., *El control de constitucionalidad de disposiciones reglamentarias*, Madrid, 1994.
- DE OTTO, I., *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, 1987.
- DOMÉNECH PASCUAL, G., *La invalidez de los Reglamentos*, Valencia, 2002.
- GALÁN GALÁN, A., *La potestad normativa local*, Barcelona, 2001.
- GALLEGO ANABITARTE y MENÉNDEZ REXACH, «Art. 97. Funciones del Gobierno», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *La Constitución española de 1978*, tomo VIII, Madrid, 1985.
- «Art. 97. Funciones del Gobierno», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, tomo VIII, Madrid, 1998.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Madrid, 1970 (3.^a ed. 1998).
- *Hacia una nueva justicia administrativa*, Madrid, 1989.
- GARCÍA MACHO, R., *Reserva de ley y potestad reglamentaria*, Barcelona, 1988.
- MAGIDE HERRERO, M., «La potestad reglamentaria de las Administraciones Independientes: sus límites constitucionales», en ROSADO PACHECO, S., *Derecho Europeo Comparado sobre Ley y Reglamento*, Madrid, 2003.
- MENÉNDEZ REXACH, A., «Ley y Reglamento en España», en ROSADO PACHECO, S., *Derecho Europeo comparado sobre Ley y Reglamento*, Madrid, 2003.
- MUÑOZ MACHADO, S., *Servicio público y mercado*, vol. I, *Los fundamentos*, Madrid, 1998.
- *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, tomo II, *El ordenamiento jurídico*, Madrid, 2006.
- PAREJO ALFONSO, L., *Derecho básico de la Administración local*, Barcelona, 1988.
- «La potestad normativa de las llamadas Administraciones independientes: apuntes para un estudio del fenómeno», en PÉREZ MORENO (Coord.), *Administración Instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, tomo I, Madrid, 1994.

REBOLLO PUIG, M., «Juridicidad, legalidad y reserva de ley», *RAP*, núm. 125, 1991.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Fundamentos de Derecho Administrativo*, I, Madrid, 1988.

TORNOS MAS, J., «La relación entre Ley y Reglamento: reserva legal y remisión normativa. Algunos aspectos conflictivos a la luz de la jurisprudencia constitucional», *RAP*, núm. 100-102, vol. I, 1983.

Artículo 98

- 1. El Gobierno se compone del Presidente, de los Vicepresidentes, en su caso, de los Ministros y de los demás miembros que establezca la ley.*
- 2. El Presidente dirige la acción del Gobierno y coordina las funciones de los demás miembros del mismo, sin perjuicio de la competencia y responsabilidad directa de estos en su gestión.*
- 3. Los miembros del Gobierno no podrán ejercer otras funciones representativas que las propias del mandato parlamentario, ni cualquier otra función pública que no derive de su cargo, ni actividad profesional o mercantil alguna.*
- 4. La ley regulará el estatuto e incompatibilidades de los miembros del Gobierno. Principio del formulario.*

LA COMPOSICIÓN Y ESTATUTO DEL GOBIERNO*

Sumario: I. Introducción: la preeminencia del Presidente del Gobierno. II. El Presidente del Gobierno. 1. La posición del Presidente y su Gobierno: las funciones de preeminencia. 2. Otras funciones del Presidente del Gobierno. III. El Gobierno. IV. El estatuto y el régimen de incompatibilidades de los miembros del Gobierno. V. Los órganos de colaboración y apoyo al Gobierno.

MARC CARRILLO LÓPEZ

CATEDRÁTICO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
UNIVERSIDAD POMPEU FABRA

I. INTRODUCCIÓN: LA PREEMINENCIA DEL PRESIDENTE DEL GOBIERNO

El Gobierno es un órgano constitucional del Estado. Es creado por la CE, que determina que estará compuesto por el Presidente, los Vicepresidentes, en su caso, los Ministros y los demás miembros que la ley establezca. Y

la LG (art. 1.2) reproduce lo que la CE determina. En consecuencia, los miembros del Gobierno son los que de forma taxativa fija el art. 98.1 CE, que deben ser con exclusión de cualquier otro alto cargo.

De acuerdo con la exposición de motivos de la LG, la configuración constitucional del Go-

* La regulación de la composición y el estatuto del Gobierno no ha suscitado pronunciamientos específicos de especial relieve en la jurisprudencia constitucional.

bierno responde a tres principios: «el principio de dirección presidencial, que otorga al Presidente del Gobierno la competencia para determinar las directrices políticas que deberá seguir el Gobierno y cada uno de los Departamentos; la colegialidad y consecuente responsabilidad solidaria de sus miembros; y, por último, el principio departamental que otorga al titular de cada Departamento una amplia autonomía y responsabilidad en el ámbito de su propia gestión».

La condición de órgano constitucional viene recogida en el art. 59.1.c) LOTC, lo que le otorga legitimación activa para plantear, en su caso, conflicto de atribuciones con el Congreso, el Senado o el Consejo General del Poder Judicial. A su vez, en su calidad de órgano administrativo dispone de capacidad para su autoorganización.

En el marco de la forma de gobierno de monarquía parlamentaria que establece la CE (art. 1.3), el modelo gubernamental que diseña es el de un gobierno presidencialista, basado en **la preeminencia del Presidente respecto de los Ministros**, que quedan en una posición netamente subordinada a las prerrogativas constitucionales del Presidente, en tanto que **es el único órgano beneficiario, junto a su programa político, de la investidura parlamentaria** y el auténtico impulsor y director de la actividad gubernamental (LÓPEZ GUERRA, 2001, 196).

II. EL PRESIDENTE DEL GOBIERNO

1. La posición del Presidente y su Gobierno: las funciones de preeminencia

La preeminencia del Presidente del Gobierno respecto del resto de los integrantes del mismo tiene su fundamento constitucional en aspectos que conciernen a su estatuto personal y a algunas de las funciones que le están atribuidas. En relación a su estatuto personal, la CE establece que **el proceso de formación**

del Gobierno se lleva a cabo en dos fases claramente diferenciadas: la primera se corresponde con la investidura del Presidente del Gobierno (art. 99 CE), que se produce después de cada renovación del Congreso de los Diputados y en los demás supuestos constitucionales que así proceda. El candidato propuesto por el Rey, previa consulta con los representantes designados por los Grupos políticos con representación parlamentaria, expondrá ante el Congreso el programa político del Gobierno que pretenda formar y solicitará la confianza de la Cámara. No hay duda, pues, que la confianza se otorga al Presidente y a su programa. No al Gobierno en su conjunto, puesto que todavía no ha sido formado. La investidura concierne al Presidente y al conjunto de directrices generales que se proponen para iniciar la legislatura y que dan cuerpo al programa político que se personaliza en el Presidente. Una vez obtenida la confianza de la Cámara, y ya en marcha la segunda fase de la formación del Gobierno, el Presidente propone al Rey los Ministros que lo han de configurar y lo hace fruto de la confianza que le merecen para llevar a cabo el programa mediante el cual ha obtenido previamente la investidura. Y ello ya se lleva a cabo sin la intervención del Congreso de los Diputados, cuya confianza respecto del equipo ministerial no es requerida por la CE. La preeminencia institucional del Presidente se manifiesta también en los supuestos en los que pierda la confianza parlamentaria, dimita o fallezca, circunstancias que arrastran al cese a todo el Gobierno.

La superioridad de la posición del Presidente se pone de manifiesto en el ejercicio de la función de la función de gobierno: así, la CE le atribuye la dirección de la acción del Gobierno y la coordinación de las funciones de los demás miembros del mismo, sin perjuicio de la competencia y responsabilidad directa de estos en la gestión (art. 98.2 CE). E igualmente ocurre en cuanto a su posición en las relaciones entre Gobierno y las Cortes Generales. Es el caso de la regulación de la cuestión de confianza ante el Congreso

(art. 112 CE), cuyo planteamiento corresponde al Presidente en exclusiva, y a través del cual compromete la continuidad de todo el Gobierno. Y también con el poder que dispone de disolución de las Cámaras (art. 115.1 CE). En ambos casos, formalmente, **el resultado de la deliberación previa del Consejo de Ministros no vincula jurídicamente al Presidente**. Desde un punto de vista material, sería una cuestión distinta si se diese la hipótesis, todavía inédita en los cuarenta años de régimen constitucional, de un gobierno de coalición. En ese caso, seguramente los condicionamientos del Presidente del Gobierno respecto de sus socios podrían ser mayores tanto para plantear una cuestión de confianza como para decidir la disolución anticipada de las cámaras.

Además de las ya citadas, el desarrollo legislativo de otras funciones del Presidente del Gobierno relativas a la dirección y coordinación de la acción de Gobierno se concretan en la LG (art. 2.2) en los términos siguientes: el Presidente establece el programa político y determina las directrices de la política interior y exterior y vela por su cumplimiento; dirige la política de defensa y ejerce respecto de las Fuerzas Armadas las funciones fijadas en la Ley 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional (LODN); convoca, preside y fija el orden del día de las reuniones del Consejo de Ministros; refrenda, en su caso, los actos del Rey y le somete para su sanción las leyes y demás normas con rango de ley; crea, modifica y suprime por Real Decreto los Departamentos Ministeriales, así como las Secretarías de Estado; asimismo, aprueba la estructura orgánica de la Presidencia del Gobierno; resuelve los conflictos de atribuciones que puedan surgir entre los diferentes Ministerios e imparte instrucciones a los demás miembros del Gobierno.

2. Otras funciones del Presidente del Gobierno

El Presidente del Gobierno representa al Gobierno [art. 2.2.a) LG]. En el desarrollo de su

función de dirección política se relaciona con otros órganos del Estado, ejerciendo funciones relacionadas con las Cortes Generales, el Tribunal Constitucional y con el propio cuerpo electoral. Así, con respecto al Poder Legislativo dispone de las funciones que caracterizan lo esencial de la forma parlamentaria de gobierno: esto es, proponer al Rey, previa deliberación del Consejo de Ministros, la disolución del Congreso, del Senado o de las Cortes Generales [art. 115 CE y art. 2.2.c) LG] y plantear ante el Congreso de los Diputados la cuestión de confianza [art. 112 CE y art. 2.2.d) LG]. En relación al Tribunal Constitucional dispone de legitimación activa para interponer el recurso de inconstitucionalidad [art. 162.1.a) CE y art. 2.2.i) LG] frente a la ley, ya sea estatal o de las CC. AA., en defensa de la CE como norma suprema y el sistema de distribución de competencias entre el Estado y las CC. AA., gozando de una posición de privilegio procesal para el Gobierno —una asimetría favorable—, pues si el Presidente anuda a la interposición del recurso de inconstitucionalidad la aplicación de la previsión constitucional del art. 161.2 CE, ello comporta la suspensión automática de la disposición impugnada, una vez el recurso, el conflicto o la impugnación de la disposición de la Comunidad Autónoma haya sido admitida a trámite por el Tribunal Constitucional. **A lo largo de los treinta años de vigencia de la CE esta facultad ha sido objeto de uso habitual en relación a leyes autonómicas.** Y en relación al electorado, dispone en exclusiva de un instrumento de democracia directa que le faculta para proponer al Rey someter a referéndum consultivo de todos los ciudadanos decisiones políticas de especial trascendencia [art. 92.1 CE y art. 2.2.e) LG].

III. EL GOBIERNO

La puerta abierta que deja el art. 98.1 CE en relación a la composición del Gobierno, el art. 1.2 LG la delimita estableciendo de forma taxativa que este lo integran el Presidente, el Vicepresidente o Vicepresidentes, en su caso, y los Ministros.

La figura de la **Vicepresidencia** es una posibilidad constitucional disponible para el Presidente, que es quien configura su Gobierno. Asimismo, de existir, la CE no impone sean uno o más Vicepresidentes. Tampoco impone sus funciones, por lo que estas pueden ser las genéricas de apoyo al Presidente y coordinación del Consejo de Ministros o bien, como ha ocurrido a menudo, la condición de Vicepresidente ha venido anudada a la responsabilidad de un Ministerio en concreto (por ej. Presidencia, Economía, etc.). La Ley del Gobierno mantiene la Vicepresidencia con el carácter de cargo disponible. De acuerdo con la LG las funciones del Vicepresidente son las de sustituir al Presidente (art. 13.1) según el correspondiente orden de prelación y llevar a cabo aquellas otras que este le encomiende (art. 3.1). Y si además asume la titularidad de un Departamento, ostentará, lógicamente también, la condición de Ministro.

Los Ministros son los órganos que aseguran la relación del Gobierno con la Administración pública. El Ministro ostenta la condición de máximo responsable del Departamento (art. 98.2 CE) y como titular del mismo tiene la competencia y la responsabilidad en la esfera específica de su actuación (art. 4.1 LG). De acuerdo con ello, el art. 61 de la LRJSP establece con detalle las funciones de los Ministros, que, entre otras, son: a) Ejercer la potestad reglamentaria en las materias propias de su Departamento; fijar los objetivos del Ministerio, aprobar los planes de actuación del mismo y asignar los recursos necesarios para su ejecución, dentro de los límites de las dotaciones presupuestarias correspondientes; aprobar las propuestas de los estados de gastos del Ministerio, y de los presupuestos de los Organismos públicos dependientes y remitirlas al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas; determinar y, en su caso, proponer la organización interna de su Ministerio; nombrar y separar a los titulares de los órganos directivos del Ministerio y de los Organismos públicos o entidades de Derecho público dependientes del mismo, etc. b) En relación con el ejercicio de la potestad reglamentaria en las materias propias del Departamento,

cabe subrayar que se trata de **una potestad de desarrollo parcial de la ley**, cuando esta lo autorice en este sentido, como recuerda el TC (RI, Ponente C. Viver i Pi-Sunyer, STC 185/1995, de 14 de diciembre), cuando se trate de obligado desarrollo de la ley por motivos de carácter técnico. Asimismo, el Ministro puede ejercer la potestad parlamentaria en desarrollo de un Reglamento del Consejo de Ministros, respetando el principio de jerarquía al que se refiere la CE y, especialmente el art. 23.3 de la LG. Y finalmente, en el ámbito de la dirección de la organización del Departamento, también disponen de potestad para aprobar reglamentos de naturaleza autoorganizativa. c) Refrendar los actos del Rey en materia de su competencia, de acuerdo con el orden de precedencia. Esta función se lleva a cabo asumiendo, en su caso, las funciones del Presidente en los supuestos previstos por el art. 13.1 LG (vacante, ausencia o enfermedad) y en defecto del Vicepresidente.

Si bien la CE no hace referencia explícita, tampoco impide la existencia de la figura de los **Ministros sin cartera**. Conforme con ello, la LG (art. 4.2) prevé que pueda ser creada y a cuyos titulares «se les atribuirá la responsabilidad de determinadas funciones gubernamentales». Las razones de su existencia son de libre disponibilidad del Presidente del Gobierno, y algunos casos pueden responder a la lógica política que antecede a la formación del Ejecutivo. Por ejemplo, ya sea a causa de compensaciones en el seno de un Gobierno de coalición o a la voluntad del Presidente de atribuir funciones específicas al Ministro sin cartera. En todo caso, esta modalidad de Ministro no se engloba entre los posibles miembros del Gobierno a los que se refiere el art. 98.1 CE, remitiendo a la ley la concreción de sus integrantes.

El Consejo de Ministros, junto con las **Comisiones Delegadas**, es uno de los dos órganos colegiados en los que se reúne el Gobierno (art. 1.3 LG). Las funciones que lleva a cabo conciernen al desarrollo del programa político por el que el Presidente del Gobierno ha

obtenido la investidura del Congreso de los Diputados. Pero además adopta todas aquellas decisiones que interesan al Estado por razón de su importancia y relevancia política económica o social. El panorama funcional de la actividad del Consejo de Ministros puede agruparse así: a) **Las funciones en el ámbito normativo** son las más numerosas que formalmente prevé a LG [art. 5.1.a), b), c), d), e) y h)], y se concretan en la aprobación de proyectos de ley para remitir a la Cámaras; aprobar el proyecto de ley de Presupuestos Generales del Estado; aprobar los Decretos-Leyes y los Decretos-Legislativos; acordar la negociación y firma de Tratados internacionales así como su aplicación provisional; remitir los Tratados internacionales a las Cortes Generales en los términos previstos en los arts. 94 y 96.2 de la CE y aprobar los reglamentos para el desarrollo y la ejecución de las leyes, previo dictamen del Consejo de Estado, así como las demás disposiciones reglamentarias que procedan. b) **Las funciones del ámbito político específico** [art. 5.1.f) y g) LG]: unas se refieren a la decisión de aplicar el Derecho de excepción del Estado, y que consisten en declarar los estados de alarma y excepción y proponer al Congreso de los Diputados la declaración del estado de sitio o, por ejemplo, proponer al Senado la aprobación de la medidas de coerción estatal cuando una Comunidad Autónoma no cumpliera las obligaciones que la CE u otras leyes le imponen, o actuare de forma tal que atente gravemente al interés general de España (art. 155 CE); y otras conciernen a decisiones de política económica, como es disponer la emisión de Deuda Pública o contraer crédito, cuando haya sido autorizado por una Ley. c) Funciones del ámbito autoorganizativo y directivo [art. 5.1.i) y j) LG]: crear, modificar y suprimir los órganos directivos de los Departamentos Ministeriales y adoptar programas, planes y directrices vinculantes para todos los órganos de la AGE.

Las Comisiones Delegadas del Gobierno (arts. 1.3 y 6 LG) son un órgano colegiado que reúne a miembros del Gobierno por razón de la transversalidad interdepartamental de la

materia a tratar. Su creación, modificación y supresión es acordada por el Consejo de Ministros mediante Real Decreto a propuesta del Presidente del Gobierno. Esta disposición debe especificar el miembro del Gobierno que la preside, los Ministros y, en su caso, los Secretarios de Estado que la integran, el miembro de la Comisión al que corresponde la secretaría de la misma y las funciones que se atribuyen a la Comisión. También puede ser convocados a las reuniones los titulares de otros órganos superiores y directivos de la AGE que se estime conveniente. Las funciones que tienen asignadas las Comisiones Delegadas son las siguientes: a) examinar las cuestiones de carácter general que tengan relación con varios Departamentos Ministeriales que integran la Comisión; b) estudiar aquellos asuntos que, afectando a varios Ministerios, requieran la colaboración de una propuesta conjunta previa a resolución por el Consejo de Ministros; c) resolver los asuntos que, afectando a más de un Ministerio, no requieran ser elevados al Consejo de Ministros, y d) ejercer cualquier otra atribución que les confiera el ordenamiento jurídico o que les delegue el Consejo de Ministros.

En la actualidad, el Real Decreto 639/2009, de 17 de abril, modificado parcialmente por el Real Decreto 763/2010, de 11 de junio, establece que además de las que se constituyan por ley, las Comisiones Delegadas del Gobierno son las siguientes: Comisiones Delegadas para situaciones de crisis, asuntos económicos, política autonómica, política científica y tecnológica, política de inmigración, cambio climático, política de igualdad y cooperación para el desarrollo.

Finalmente, en relación a **las normas de organización y funcionamiento interno del Gobierno** la LG no es muy explícita. Ya que establece que el Gobierno se rige por los Reales Decretos del Presidente del Gobierno y por las disposiciones organizativas internas emanadas del propio Presidente o del Consejo de Ministros (art. 17 LG), lo que vuelve a poner de relieve el protagonismo del Jefe del

Ejecutivo, que es quien convoca, preside y fija el orden del día de las reuniones del Consejo, actuando como Secretario el Ministro de la Presidencia (art. 18.1 LG). No obstante, la nueva LRJSP ya detalla con profusión la estructura interna de los Ministerios y las funciones de sus titulares (arts. 57 a 68).

IV. EL ESTATUTO Y EL RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES DE LOS MIEMBROS DEL GOBIERNO

El art. 98.3 CE establece que los miembros de Gobierno no podrán ejercer otras funciones representativas que las propias del mandato parlamentario, ni cualquier otra función que no derive de su cargo, ni actividad profesional o mercantil alguna. Y los requisitos para ejercer el cargo son: ser español, mayor de edad, disfrutar de los derechos de sufragio activo y pasivo, así como no estar inhabilitado para ejercer empleo o cargo público por sentencia firme (art. 11 LG).

La compatibilidad entre el cargo de miembro del Gobierno y el mandato parlamentario en las Cortes Generales es una de las señas de identidad de la forma de gobierno parlamentaria que la CE ha establecido y que la distingue de aquellas otras como la presidencialista o la semipresidencialista, donde la incompatibilidad es establecida por la Constitución. La experiencia constitucional española al respecto demuestra que la compatibilidad entre la condición de Ministro y de Diputado o Senador ha sido una regla habitual entre los integrantes de los diversos gobiernos (BAR CENDÓN, 1998, 327).

La remisión que la CE hace a la ley (art. 98.4) para la determinación del estatuto y las incompatibilidades de los miembros del Gobierno sitúa el régimen jurídico de las mismas en ámbitos diversos: de un lado, el propiamente administrativo que se engloba en dicho precepto, y de otro el penal y el procesal (art. 102 CE). Únicamente se hará referencia aquí al primero; y la última regulación al respecto se encuentra en la *Ley 3/2015, de 30 de mar-*

zo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado.

En su exposición de motivos, la *Ley 3/2015* recuerda que *un alto cargo, por la responsabilidad que conlleva y la relevancia de las funciones que desempeña, solo puede ser ejercido por personas que, constatada su competencia personal y profesional, respeten el marco jurídico que regule el desarrollo de su actividad.* Para dar cumplimiento a este doble objetivo regula con especial atención las condiciones de nombramiento y ejercicio del cargo (Título I) y el régimen de conflictos de intereses y de incompatibilidades (Título II), además de los órganos de vigilancia y control de los altos cargos de la AGE, entre los que se encuentra la Oficina de Conflictos de Intereses, adscrita al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, que actúa con plena autonomía funcional en el ejercicio de sus funciones (Título III) y el régimen sancionador (Título IV). En relación al nombramiento, la idoneidad para su ejercicio, fundada en la debida formación y experiencia se complementa con la idoneidad que ha de reunir el titular del alto cargo. Razón por la cual quedan excluidas la que hayan sido condenadas por sentencia firme a pena privativa de libertad, hasta que se haya cumplido la condena; asimismo, también los condenados por sentencia firme por la comisión de diversos delitos (entre otros, los de falsedad, contra el patrimonio y orden económico, la Constitución, las instituciones del Estado, etc.); los inhabilitados conforme a la *Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal*; los inhabilitados o suspendidos para empleo o cargo público, durante el tiempo que dure la sanción y también los sancionados por la comisión de una infracción de acuerdo con lo previsto en la *Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, durante el tiempo fijado por la resolución sancionadora* (art. 2.1 y 2). La *Ley 3/2015*, entre otros aspectos, prescribe los principios que han de informar el ejercicio del cargo (art. 3); el régimen retributivo (art. 4); la protección social (art. 5); la compensación

tras el cese (art. 6); la incompatibilidad de retribuciones (art. 7), etc.

En cuanto al régimen de conflictos de intereses y de incompatibilidades, la Ley establece que los altos cargos servirán con objetividad los intereses generales, debiendo evitar que sus intereses personales puedan influir indebidamente en el ejercicio de sus funciones y responsabilidades y para ello determina con detalle qué pueda entenderse por interés personal (art. 11); establece un sistema de alerta para la detección temprana de conflicto de intereses (art. 12); el régimen de la dedicación exclusiva al cargo (art. 139; las limitaciones patrimoniales en participaciones societarias (art. 14); y al objeto de evitar los efectos indeseables para el interés público de lo que se ha dado en denominar «la puertas giratorias», regula también las limitaciones al ejercicio de actividades privadas con posterioridad al cese (art. 15); y, finalmente, regula la declaración de actividades, así como también la declaración de bienes y derechos y el control de gestión de valores y activos financieros de los altos cargos. (arts. 16 a 18).

V. LOS ÓRGANOS DE COLABORACIÓN Y APOYO AL GOBIERNO

En primer lugar y atendida su posición de preeminencia en el órgano colegiado, el Presidente dispone de **órganos de apoyo específicos**. En el seno del Consejo de Ministros, el Ministro Secretario del Gobierno colabora en la preparación de las sesiones del Consejo (art. 18.1 LG) y se integra en la estructura orgánica del Ministerio de la Presidencia (art. 9.2 LG), y con la misma finalidad el Vicepresidente o Vicepresidentes asumen las funciones que el Presidente les encomiende (art. 3.1 LG), presiden las reuniones de la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios, que prepara las reuniones del Consejo de Ministros (art. 8.2 LG), además de asumir las funciones presidenciales en caso de vacante, ausencia o enfermedad (art. 13.1 LG).

Los órganos de colaboración y apoyo del Gobierno como órgano colegiado son: los Secretarios de Estado, la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios, el Secretariado del Gobierno y los Gabinetes (arts. 7 a 10 LG).

a) **Los Secretarios de Estado** (art. 7 LG) son el órgano de apoyo de mayor relieve del Gobierno. Su funciones se proyectan tanto en el ámbito administrativo como político. Son órganos superiores de la Administración responsables de la ejecución de la acción del Gobierno en un sector de la actividad específica de un Departamento o de la Presidencia del Gobierno. En este contexto funcional, actúan bajo la dirección del Ministro o del Presidente del Gobierno si están adscritos a la Presidencia del Gobierno. Su régimen de incompatibilidades es el propio de los altos cargos de la AGE (art. 15.4 LG). Y sus competencias son las fijadas por la LRFSP (art. 62).

b) **La Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios** (CGSES) (art. 8 LG) está integrada por los titulares de las Secretarías de Estado y por los Subsecretarios de los distintos Departamentos Ministeriales. Su presidencia corresponde a un Vicepresidente o, en su defecto, al Ministro de la Presidencia. Las reuniones de la CGSES tienen carácter preparatorio de las sesiones del Consejo de Ministros. En este sentido, todos los asuntos que vayan a someterse a aprobación del Consejo de Ministros deben ser examinados por la CGSES, excepto aquellos que se determinen por las normas de funcionamiento del Consejo. En ningún caso podrá adoptar decisiones o acuerdos por delegación del Gobierno. La razón de ser de la CGSES es la preparación y depuración técnica y los requisitos administrativos que deben cumplir los asuntos que posteriormente el Consejo de Ministros ha de tratar —en especial, los relativos a la elaboración de los proyectos de ley y de otras disposiciones generales— a fin de agilizar y facilitar la toma de decisión que solo a este le corresponde (CARRILLO, 2005, 211).

c) **El Secretariado del Gobierno** (art. 9 LG) se integra en la estructura orgánica del Ministerio de la Presidencia, que ejerce funciones de apoyo al Consejo de Ministros, las Comisiones Delegadas del Gobierno y la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios. Sus funciones son las siguientes: asistir al Ministro-Secretario del Consejo de Ministros; remitir las convocatorias a los diferentes miembros de los órganos colegiados anteriormente enumerados; colaborar con las Secretarías Técnicas de las Comisiones Delegadas del Gobierno; llevar el archivo y custodia de las convocatorias, órdenes del día y actas de las reuniones y velar por la correcta y fiel publicación de las disposiciones y normas emanadas del Gobierno que deban insertarse en el *BOE*.

d) **Los Gabinetes** (art. 10 LG) son órganos de apoyo político y técnico del Presidente

del Gobierno, de los Vicepresidentes, de los Ministros y de los Secretarios de Estado. Los miembros integrantes de los Gabinetes pueden ser funcionarios o no, realizan tareas de confianza y asesoramiento especial, sin que en ningún caso puedan adoptar actos o resoluciones que correspondan legalmente a los órganos de la AGE o de las organizaciones a ellas adscritas. De forma particular, les prestan su apoyo en el desarrollo de su labor política, en el cumplimiento de las tareas de carácter parlamentario y en sus relaciones con las instituciones y la organización administrativa. Los directores de los Gabinetes del Presidente, los Vicepresidentes y los Ministros son nombrados y separados por Real Decreto del Consejo de Ministros (art. 16.1 LG). Y los pertenecientes a los Secretarios de Estado son nombrados por Orden Ministerial.

BIBLIOGRAFÍA

BAR CENDÓN, A., «Artículo 100: Nombramiento y separación de los miembros del Gobierno», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tomo VIII (arts. 97 a 112), Cortes Generales-Edersa, Madrid, 1998, págs. 307 y ss.

BASSOLS COMA, M., «Buen gobierno, ética pública y altos cargos», *REDA*, núm. 162, Civitas, Madrid, 2015, págs. 27-60.

CARRILLO, M., «La Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios», en LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P. (Coord.), *Gobierno y Constitución (Actas del II Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, págs. 209-218.

DELGADO RAMOS, D., «La doctrina del Tribunal Supremo sobre el nombramiento de directores generales no funcionarios (Comentario a la sentencia de 3 de septiembre de 2010)», *RAP*, CEPC, Madrid, 2011.

LÓPEZ GUERRA, L., «Presidente del Gobierno», en ARAGÓN REYES, M. (Coord.), *Temas básicos de Derecho Constitucional. Organización del Estado* (Tomo II), Civitas, Madrid, 2001, págs. 195-197.

MAESO SECO, L. F., *El personal directivo público en España: su primer régimen jurídico antes y después del EBEP*, La Ley, Madrid, 2011.

RODRÍGUEZ PATRÓN, P., «El Gobierno como órgano constitucional», en AA. VV., *El Gobierno. Problemas constitucionales* (ARAGÓN REYES, M. y GÓMEZ MONTORO, A. J. Coords), CEPC, Madrid, 2005, págs. 99-148.

Artículo 99

1. Después de cada renovación del Congreso de los Diputados, y en los demás supuestos constitucionales en que así proceda, el Rey, previa consulta con los representantes designados por los grupos políticos con representación parlamentaria, y a través del Presidente del Congreso, propondrá un candidato a la Presidencia del Gobierno.

2. El candidato propuesto conforme a lo previsto en el apartado anterior expondrá ante el Congreso de los Diputados el programa político del Gobierno que pretenda formar y solicitará la confianza de la Cámara.

3. Si el Congreso de los Diputados, por el voto de la mayoría absoluta de sus miembros, otorgare su confianza a dicho candidato, el Rey le nombrará Presidente. De no alcanzarse dicha mayoría, se someterá la misma propuesta a nueva votación cuarenta y ocho horas después de la anterior, y la confianza se entenderá otorgada si obtuviere la mayoría simple.

4. Si efectuadas las citadas votaciones no se otorgase la confianza para la investidura, se tramitarán sucesivas propuestas en la forma prevista en los apartados anteriores.

5. Si transcurrido el plazo de dos meses, a partir de la primera votación de investidura, ningún candidato hubiere obtenido la confianza del Congreso, el Rey disolverá ambas Cámaras y convocará nuevas elecciones con el refrendo del Presidente del Congreso.

EL PROCEDIMIENTO PARA EL NOMBRAMIENTO DEL PRESIDENTE DEL GOBIERNO

Sumario: I. Introducción. II. Supuestos de aplicación. III. Las consultas regias. IV. la propuesta real de un candidato. V. La investidura parlamentaria. VI. El nombramiento real.

JOAN VINTRÓ CASTELLS

CATEDRÁTICO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
UNIVERSIDAD DE BARCELONA

I. INTRODUCCIÓN

El art. 99 CE regula las diversas fases del procedimiento conducente al nombramiento del

Presidente del Gobierno por parte del Rey. Como rasgo general introductorio debe destacarse la impronta del parlamentarismo racionalizado, que es especialmente visible en

la preceptiva previsión de la investidura parlamentaria del Congreso de los Diputados al candidato a la Presidencia del Gobierno propuesto por el Rey. Se trata de un precepto que no ha dado lugar a pronunciamientos específicos del Tribunal Constitucional, sino únicamente a unas escasas alusiones incidentales con ocasión de procesos constitucionales cuyo objeto era la propuesta de designación de Presidente de Comunidad Autónoma (STC 16/1984, de 6 de febrero, FJ 6), o el refrendo del nombramiento de Presidente de Comunidad Autónoma (STC 5/1987, de 27 de enero, FF. JJ. 2 y 3). Constatado este dato, y sin perjuicio de que en algún apartado del presente trabajo se haga referencia a estas resoluciones de nuestro Alto Tribunal, es evidente que el comentario del art. 99 no puede tomar como hilo conductor la jurisprudencia constitucional, sino que debe centrarse en el propio contenido del precepto, en su desarrollo normativo a través del Reglamento del Congreso de los Diputados de 1982, en su aplicación práctica y en la reflexión doctrinal que todo ello ha generado.

II. SUPUESTOS DE APLICACIÓN

De conformidad con el primer inciso del art. 99.1 CE, el procedimiento para el nombramiento del Presidente del Gobierno debe iniciarse «después de cada renovación del Congreso de los Diputados, y en los demás supuestos constitucionales en que así proceda». Dicho en otros términos, las situaciones que desencadenan la apertura de este procedimiento son la **celebración de elecciones** al Congreso de los Diputados y los casos de **cese del Gobierno** contemplados por el art. 101.1 del texto constitucional, donde, además de la realización de elecciones generales, se cita la pérdida de la confianza parlamentaria y la dimisión o fallecimiento del Presidente del Gobierno.

De la dicción literal de los preceptos constitucionales citados y de una interpretación sistemática de la Constitución se desprenden con

claridad dos elementos: por un lado, solamente la celebración de elecciones al Congreso, o conjuntamente a las dos Cámaras de las Cortes, comporta el inicio del procedimiento del art. 99 CE, pero no así la renovación separada del Senado; por otro, la pérdida de la confianza parlamentaria que origina la apertura de dicho procedimiento es únicamente la derivada de una derrota gubernamental en una cuestión de confianza (arts. 112 y 114.1 CE), pues, al ser constructiva la moción de censura (arts. 113.2 y 114.2 CE), el triunfo de esta implica automáticamente la investidura parlamentaria de un candidato a la Presidencia del Gobierno y el subsiguiente nombramiento del mismo como Presidente por parte del Rey. En cambio, se ha discutido a nivel doctrinal si puede equipararse a la pérdida de la confianza parlamentaria contemplada por el art. 101.1 CE la autorización del Congreso para procesar al Presidente del Gobierno por traición o por delitos contra la seguridad del Estado (art. 102.2 CE), o la concesión del suplicatorio por parte de la Cámara correspondiente cuando el Jefe del ejecutivo sea parlamentario y se le pretenda procesar por otro tipo de delitos (art. 71.2 CE). Esta equiparación es admisible desde un punto de vista político (BAR, 1998, 259-260), mientras que en términos jurídicos procede sostener lo contrario a partir de la literalidad del art. 101.1 CE y de los antecedentes parlamentarios de la elaboración de este precepto (REVENGA, 1988, 88-93). Finalmente, poco comentario merece la dimisión voluntaria del Presidente del Gobierno o su fallecimiento como circunstancias de activación del procedimiento del art. 99 CE. Tan solo deben subrayarse dos cuestiones: en primer lugar, que el Rey carece de la potestad de rechazar la dimisión del Presidente del Gobierno a tenor de los arts. 62.d) y 101.1 CE (MENÉNDEZ REXACH, 1979, 400-401); en segundo lugar, que la Constitución no contempla la incapacidad del Presidente como causa de cese del Gobierno. En torno a este último punto se ha argumentado que cuando la incapacidad sea «total e irreversible» debe equipararse al caso de fallecimiento (BAR, 1998, 260), pero también aquí es preciso señalar que en términos

estrictamente jurídico-constitucionales no puede acogerse esta equiparación (REVENGA, 1988, 103-104).

En la práctica el procedimiento del art. 99 CE se ha aplicado casi exclusivamente como consecuencia de la celebración de elecciones generales a las dos Cámaras de las Cortes (1979, 1982, 1986, 1989, 1993, 1996, 2000, 2004, 2008, 2011, 2015 y 2016) ya que únicamente en 1981 intervino tras la dimisión voluntaria del Presidente Suárez.

III. LAS CONSULTAS REGIAS

De acuerdo con el art. 99.1 CE, la primera fase del procedimiento para el nombramiento del Presidente del Gobierno se materializa en la celebración de las consultas por parte del Jefe del Estado con los representantes designados por los grupos políticos con representación parlamentaria. No ofrece dudas el texto constitucional acerca del carácter obligatorio de tales consultas cada vez que deba procederse a la designación de Presidente del Gobierno. Tampoco plantea especiales problemas interpretativos determinar la **finalidad** de las consultas regias. En efecto, si por mandato del propio art. 99.1 CE le corresponde al Rey proponer un candidato a la Presidencia del Gobierno, el objetivo de las consultas debe ser proporcionar al Monarca la máxima información sobre la situación político-parlamentaria, de manera muy especial en el Congreso de los Diputados, que es la única Cámara competente en el trámite de la investidura parlamentaria, al objeto de que pueda proponer un candidato susceptible de obtener dicha investidura. Como es obvio, las consultas tienen mayor relevancia cuando ninguna fuerza política dispone de mayoría absoluta en el Congreso. En estos casos, si la composición del Congreso de los Diputados no ofrece una clara mayoría parlamentaria de Gobierno, cabe plantearse que el Rey pudiera llegar a desplegar una tarea de aproximación entre las fuerzas parlamentarias (REVENGA, 1988, 149; PORRAS RAMÍREZ, 1997, 202-206). En el periodo comprendido en-

tre 1979 y 2011 este último supuesto no se ha dado, ya que o bien las mayorías parlamentarias han quedado claras tras las elecciones, o bien las fuerzas políticas han tejido sus acuerdos parlamentarios para la investidura al margen del trámite de las consultas del Rey. Ello permitió afirmar que las consultas tenían un carácter protocolario (REQUEJO, 2004, 80).

Los resultados de las elecciones de diciembre de 2015 y de junio de 2016, caracterizados por una acusada fragmentación política que puso de relieve la gran dificultad de conformar una mayoría parlamentaria de gobierno, dieron lugar a una práctica política en la que el **papel del Rey** en las consultas, aun siendo algo más que meramente protocolario, se mantuvo en el ejercicio de una función puramente relacional entre las fuerzas políticas, sin desarrollar ninguna labor activa de búsqueda de acuerdos políticos con vistas a la investidura parlamentaria de un candidato. En este sentido los Comunicados de la Casa Real, emitidos con ocasión de las rondas de consultas subsiguientes a las elecciones de 2015 y 2016, ilustran perfectamente acerca de la posición del Rey y de las fuerzas políticas en el marco del art. 99.1 CE: el protagonismo activo para pactar una mayoría parlamentaria con un candidato a la investidura corresponde a los partidos; la preceptiva celebración de las consultas debe permitir al Monarca constatar el grado de acuerdo o de desacuerdo entre las fuerzas políticas y la disponibilidad y viabilidad de los potenciales candidatos a la investidura; las rondas de consultas no deben reiterarse salvo que los actores políticos estén en condiciones de aportar nuevas soluciones políticas, o bien para levantar acta de la inexistencia de un candidato a la investidura inmediatamente antes de la disolución automática de las Cámaras prevista por el art. 99.5 CE. Puede estimarse que esta interpretación del alcance de las funciones del Rey en la fase de consultas, incluso en circunstancias políticas complejas como las acaecidas tras las elecciones de 2015 y 2016, es la más conforme con la configuración de la Monarquía Parlamentaria establecida por la Constitución de 1978 en la que

no se otorga al Monarca un poder residual para intervenir directamente en los asuntos políticos (ARAGÓN, 2017, 20-21; SOLOZÁBAL, 2017, 53-55; REVENGA, 2017, 107-108; PORRAS RAMÍREZ, 2017, 237-238).

La Constitución no fija ningún **plazo** para iniciar y para desarrollar las consultas una vez producida la circunstancia desencadenante de la aplicación del procedimiento del art. 99 CE. Desde 1979 se ha consolidado la costumbre de abrir la fase de consultas tras la celebración de la sesión constitutiva del Congreso de los Diputados y la elección en la misma del Presidente de dicha Cámara. El art. 4.2 RCD ha contribuido muy posiblemente a reforzar este proceder, ya que impone a su Presidente la obligación de comunicar al Rey la constitución de la Cámara. En la práctica, después de esta comunicación del Presidente del Congreso, el Monarca ha dado comienzo inmediatamente —con las excepciones de 1982 y de enero y julio de 2016 con un intervalo máximo de una semana— a las consultas sin esperar a que expire el plazo de cinco días para la constitución de los grupos parlamentarios previsto por el art. 24.1 RCD. Ello es coherente con el hecho de que los destinatarios de las consultas no son los grupos parlamentarios, sino los grupos políticos con representación parlamentaria, tal como establece literalmente el art. 99.1 CE. Por su parte, en los otros supuestos de aplicación del art. 99 CE, debe entenderse que la realización de las consultas ha de producirse de forma inmediata tras el cese del Gobierno. No existe en estos casos ningún condicionante institucional que dificulte el rápido inicio de las consultas regias, dándose, en cambio, una situación de interinidad que exige una pronta solución. Así aconteció con ocasión de la dimisión del Presidente Suárez en 198, ya que al día siguiente de la misma, tras entrevistarse el Rey y el Presidente del Congreso, dieron comienzo las consultas entre el Monarca y los representantes de los grupos políticos con representación parlamentaria.

La ausencia de plazo para concluir las consultas, unida al silencio constitucional en la ma-

teria, permite que, si las circunstancias políticas lo aconsejan, puedan llevarse a cabo consultas suplementarias o **nuevas rondas de consultas** antes de que el Rey proponga un candidato a la investidura. Así ocurrió en 1981, cuando la UCD fue consultada dos veces, y en enero-febrero de 2016, con dos rondas de consultas antes de que el Rey propusiera un candidato a la investidura. Por otra parte, tampoco hay plazo para iniciar la nueva ronda de consultas en los supuestos en los que el candidato propuesto por el Rey no consigue la investidura parlamentaria del Congreso de los Diputados. Ello facilitó que, tras las investiduras fallidas del 4 de marzo de 2016 y del 2 de septiembre de 2016, el Rey no iniciara una nueva ronda de consultas hasta el 25 de abril de 2016 y el 24 de octubre de 2016, respectivamente. En el primer caso las consultas permitieron al Monarca comprobar que no había ningún candidato susceptible de lograr la investidura parlamentaria y en el segundo dieron lugar a la propuesta de un candidato que fue investido por el Congreso. Cabe señalar, finalmente, que el desarrollo del trámite de las consultas ha sido breve, pues ha durado habitualmente entre dos y cuatro días. En este punto la ausencia de plazo permite que la realización de las consultas pueda alargarse en función de las circunstancias políticas, como ocurrió en 1981, en 1996 y, especialmente en enero-febrero de 2016, cuando las dos rondas de consultas se alargaron en total algo más de quince días.

Como ya se ha apuntado, de acuerdo con el art. 99.1 CE los **destinatarios** de las consultas regias son «los representantes designados por los grupos políticos con representación parlamentaria». La interpretación y la aplicación de esta previsión constitucional relativa al alcance de las consultas han concitado el interés político y doctrinal. A este propósito, y sin perjuicio de algunos matices a introducir posteriormente, puede afirmarse que la práctica seguida desde 1979 y la mayor parte de la doctrina han venido a coincidir en que la expresión «grupos políticos con representación parlamentaria» no designa a los grupos

parlamentarios sino a las fuerzas políticas —partidos en sentido estricto, coaliciones electorales, federaciones de partidos— que han obtenido por lo menos un escaño en el Congreso de los Diputados (SOLÉ TURA-APARICIO, 1988, 137). La no equiparación entre grupos políticos y grupos parlamentarios en el contexto del art. 99 CE concuerda con la voluntad del constituyente expresada en los correspondientes debates parlamentarios. Por su parte, la limitación de las consultas a los grupos políticos con representación en el Congreso encuentra su fundamento en la competencia de únicamente la Cámara Baja en la investidura y en el bicameralismo desequilibrado a favor del Congreso que caracteriza al tipo de parlamentarismo establecido por la Constitución. Con todo, debe observarse que este criterio ha comportado que los grupos políticos con representación en el Senado queden excluidos del trámite de las consultas regias cuando es indudable que tienen la condición de grupos políticos con representación parlamentaria. Por ello algunos autores se han mostrado favorables a que el Rey consulte a los grupos políticos del Senado (GARRORENA, 1984, 469), pero este planteamiento no ha sido acogido en ningún caso hasta el momento. Por último, cabe señalar que, de conformidad con el concepto flexible de «grupo político con representación parlamentaria», han de entenderse incluidas en el mismo las agrupaciones de electores, constituidas al amparo del art. 44.1.c) de la LOREG, si en alguna ocasión obtienen escaños en el Congreso y en tal supuesto deberían participar en el trámite de las consultas regias.

Los criterios generales anteriores se han visto complementados por otros en determinados supuestos de aplicación. Así, en el caso de formaciones políticas independientes de ámbito autonómico, pero con vínculos ideológicos y orgánicos con fuerzas políticas estatales, el criterio utilizado para su inclusión en el trámite de las consultas ha sido la constatación de que iban a disponer o disponían ya de voz propia en el Congreso de los Diputados. El ejemplo más claro de ello es el del PSC

en 1979 y el de este mismo partido y del PSE en 1981. Con algunos matices pueden equipararse al caso anterior las siguientes convocatorias por separado a las consultas regias: la de IU y de IC en los años 2000, 2008 y 2011; la de Podemos y de cada una de sus confluencias territoriales en todas las rondas de 2016; y la de UPN, Foro Asturias y Nueva Canarias igualmente en todas las consultas de 2016. Otro criterio introducido a partir del art. 20 del RCD de 1982 es la consideración de si se trata de una formación política cuyos diputados no han adquirido la condición plena como tales. Con este fundamento HB fue excluida de las consultas en 1982, 1986, 1989 y 1996 y fue convocada a las mismas en 1993. A propósito de HB, deben destacarse dos singularidades más: en 1979 fue convocada a las consultas, pero no acudió, y este dato explica en términos políticos, que no jurídicos, la no convocatoria a las consultas en 1981. En el caso de las coaliciones electorales y de las federaciones de partidos, se ha mantenido rígidamente durante mucho tiempo el criterio de no consultar a cada una de las formaciones integrantes de las mismas incluso cuando una de estas manifiesta con toda claridad su decisión de tener voz propia en el Congreso de los Diputados a través del Grupo Parlamentario Mixto. Este planteamiento dejó en 1986 fuera de las consultas al PDP, que era un partido miembro de la Coalición Popular pero integrado toda la legislatura en el Grupo Mixto. Este criterio ha cambiado en todas las rondas de consultas de 2016, ya que ha sido convocado separadamente a las mismas un representante de cada una de las dos fuerzas políticas integradas en la coalición entre Podemos e Izquierda Unida. Finalmente, debe apuntarse que los diputados que en 1981 figuraban como independientes en el Grupo Mixto después de abandonar su grupo parlamentario no fueron convocados a las consultas entendiéndose que en este supuesto no había grupo político alguno.

Por otro lado, se constata que parece consolidarse en los últimos años la práctica de convocar a los grupos políticos por el orden de

menor a mayor representación en el Congreso, si bien en 1979, 1981, 1982 y 1989 se siguió el criterio opuesto. Asimismo es preciso subrayar que, de conformidad con la dicción literal del art. 99.1 CE, los representantes llamados a consultas son los «designados por los grupos políticos con representación parlamentaria» y no los escogidos por el Rey. Siguiendo siempre este criterio el Monarca ha consultado normalmente al líder de cada fuerza política en el Congreso (en alguna ocasión acompañado de otro representante del grupo político, como ocurrió con IU-IC y ERC en 2004), siendo las excepciones a esta tónica general las consultas en 1979 y en 1982 a los dirigentes del PNV, C. Garaikoetxea y X. Arzallus respectivamente, y en 2000 al presidente del PSOE, M. Chaves. Finalmente, es preciso consignar que dos fuerzas políticas —ERC y Bildu— anunciaron en 2016 su rechazo a acudir a las consultas y consiguientemente ya no fueron convocadas a las diversas rondas celebradas en dicho año.

En todo el trámite de las consultas regias adquiere gran relevancia la **actuación del Presidente del Congreso**, ya que, a través de su tarea preparatoria, el Rey lleva a cabo las consultas. En esta materia los pasos que han acabado por consolidarse en la práctica son los siguientes: el Presidente del Congreso elabora la lista de los grupos políticos con representación parlamentaria y se comunica con los mismos para que designen sus representantes a los efectos de las consultas; el Presidente del Congreso dirige un escrito al Rey en el que constan los grupos políticos con representación parlamentaria y los correspondientes representantes; el Rey, de conformidad con el escrito del Presidente del Congreso, realiza las consultas (RIPOLLÉS, 2012, 1169). En torno a la trascendente intervención del Presidente del Congreso cabe, por último, plantearse el interrogante de si los representantes de un grupo político con representación parlamentaria excluido de las consultas podrían presentar un recurso de amparo. Al respecto se ha señalado la dificultad de reconducir al ámbito tutelado por el art. 42 LOTC estas de-

cisiones del Presidente del Congreso por el carácter fundamentalmente convencional y poco formalizado de las mismas (REVENGA, 1988, 137). Sin embargo, tal dificultad no parece insalvable si se tiene en cuenta el mandato expreso del art. 99.1 CE, la formalización de la decisión en un escrito y la posible afectación del derecho fundamental del art. 23.2 CE, al impedirse la participación en el ejercicio de una función pública (REQUEJO, 2000, 114; VINTRÓ, 2006, 284-285).

IV. LA PROPUESTA REAL DE UN CANDIDATO

Concluidas las consultas, el art. 99.1 CE establece que el Rey debe proponer al Congreso de los Diputados un candidato a la Presidencia del Gobierno. Esta propuesta, de acuerdo con el citado precepto y con el art. 64.1 CE, ha de ser refrendada por el Presidente del Congreso. La Constitución no exige que el candidato sea miembro de una de las Cámaras, mientras que del art. 70.1.b) CE se desprende la compatibilidad con la condición de parlamentario. En la práctica todos los candidatos propuestos hasta el momento han sido diputados y la configuración general del sistema político permite pensar que en circunstancias normales este dato se mantendrá en el futuro. Por su parte, el art. 11 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, prevé que para ser miembro del Gobierno se requiere ser español, disfrutar del derecho de sufragio y no estar inhabilitado para cargo público por sentencia firme.

La Constitución no establece ningún **plazo** para la formulación de la propuesta de candidato. A pesar de la presencia de este elemento de flexibilidad, si la situación política no reviste especial complejidad, la propuesta debe hacerse inmediatamente después de la finalización de la ronda de consultas con el fin de no alargar innecesariamente el periodo de interinidad gubernamental. Ahora bien, en determinadas circunstancias políticas la ausencia de plazo puede permitir al Monarca

retrasar un tiempo prudencial la propuesta para tratar de asegurar que la misma obtenga el apoyo parlamentario. Así ocurrió en 1981, cuando el Rey dejó transcurrir cuatro días entre la celebración de la última consulta y la presentación del candidato al objeto de que el congreso de UCD decidiera el candidato de este partido. Una situación especial se vivió en enero de 2016, ya que el día 22, coincidiendo con la fecha de finalización de las consultas, la Casa Real emitió un Comunicado anunciando la celebración de una segunda ronda tras dejar constancia de que M. Rajoy, el líder del PP a quien el Rey le había ofrecido ser candidato a la investidura en el transcurso de las consultas, había declinado tal ofrecimiento. En 1996, en febrero de 2016 y en julio de 2016 se especuló con la posibilidad de que el Rey retrasara su propuesta de candidato, ya que al término de las consultas las negociaciones entre las fuerzas políticas todavía no habían alumbrado una mayoría parlamentaria para la investidura. Sin embargo, el Rey comunicó el nombre del candidato inmediatamente tras las consultas y las negociaciones entre los partidos se prolongaron durante un considerable tiempo después de la decisión real (más de dos semanas en 1996 y un mes en los otros dos casos), facilitado todo ello, como se examinará más adelante, por la ausencia también de previsión normativa sobre el plazo entre propuesta real de candidato y convocatoria del Pleno parlamentario de investidura. Como ha sido subrayado doctrinalmente, esta situación se compadece mal con el simbolismo regio y por ello en estas circunstancias la propuesta de candidato debería producirse una vez concluidas las conversaciones partidarias (TORRES DEL MORAL, 2001, 569).

Por lo que respecta al **carácter de la decisión real**, hay una coincidencia sustancial entre los autores en el sentido de que el margen de maniobra del Monarca es prácticamente inexistente, ya que, de acuerdo con el marco constitucional, el Rey debe preservar su neutralidad institucional y está obligado a tener en cuenta la composición del Congreso

de los Diputados y a presentar el candidato con más posibilidades de obtener la investidura de esta Cámara. Así, tres son los escenarios que en circunstancias normales pueden presentarse: si se da la presencia de una fuerza política con mayoría absoluta en el Congreso, el Rey no tiene más opción que proponer como candidato al líder de la misma; si no hay mayoría absoluta en la Cámara Baja pero los grupos políticos le expresan al Monarca en las consultas el apoyo mayoritario a un determinado dirigente político, el Rey debe presentarlo como candidato incluso aun cuando no se trate del líder de la fuerza política con más escaños en el Congreso; si no existe mayoría absoluta en la Cámara y de las consultas no emerge con claridad un candidato susceptible de lograr la investidura parlamentaria, el Rey como primera opción debe proponer al líder de la formación política con más escaños en el Congreso (BELDA, 2003, 351). En la práctica el Rey, salvo en febrero de 2016, ha presentado siempre como candidato al líder del partido con más escaños en el Congreso, tanto lógicamente en los contextos de mayoría absoluta (1982, 1986, 2000 y 2011), como en los de ausencia de la misma.

Como ya se ha señalado anteriormente, en enero-febrero de 2016 la acusada fragmentación política derivada de las elecciones de diciembre de 2015 produjo una situación excepcional que originó la aparición de elementos nuevos en la práctica del procedimiento de investidura. En primer lugar, el rechazo del ofrecimiento regio, que no propuesta formal, de ser candidato a la investidura por parte del líder del partido con más escaños en el Congreso de los Diputados (M. Rajoy, del PP), supuesto que cabe admitir como legítimo habida cuenta de que no hay precepto legal alguno obligando a la aceptación (REVENGA, 2017, 111; BELDA, 2018, 34). En segundo lugar, la propuesta regia de candidato a la investidura en favor del líder del segundo partido en número de diputados en el Congreso (P. Sánchez, del PSOE). En tercer lugar, una vez certificado el fracaso de la investidura parlamentaria de P. Sánchez los días 2

y 4 de marzo de 2016, la decisión real de no tramitar nuevas propuestas de candidato a la investidura y dejar correr el plazo de dos meses para la disolución automática de las Cámaras prevista por el art. 99.5 CE.

Desde el punto de vista formal la propuesta de candidato se contiene en un escrito dirigido por el Rey al Presidente del Congreso. En este escrito, que es publicado por el *Boletín Oficial de las Cortes* y leído al inicio del debate de investidura (art. 171.1 RCD), constan la firma del Monarca y el **refrendo del Presidente del Congreso** de conformidad con los arts. 64.1 y 99.1 CE. A propósito de la institución del refrendo, y en particular de los actos del Rey refrendados por el Presidente del Congreso, el Tribunal Constitucional (STC 5/1987, de 27 de enero, FF. JJ. 2 y 3) ha señalado, por un lado, que el sentido esencial de esta figura es su función traslaticia de responsabilidad y, por otro lado, que la razón fundamental de atribuir en determinados supuestos el refrendo al Presidente del Congreso radica en el hecho de que se trata de situaciones en las que el Presidente del Gobierno se encuentra meramente en funciones. Más allá de esta caracterización general, se ha discutido si el refrendo del Presidente del Congreso introduce un control puramente formal de los trámites constitucionales (LÓPEZ GUERRA, 1997, 159-160), o si incorpora también un control de oportunidad de la propuesta real de candidato (TORRES MUÑOZ, 1995, 162). Esta discusión arranca ya del debate constituyente con relevantes intervenciones de los ponentes Solé Tura y Herrero de Miñón defensores, respectivamente, del refrendo como límite material y como límite formal. Al respecto cabe formular dos consideraciones: el refrendo meramente certificante presente en el Anteproyecto de Constitución fue eliminado en el Informe de la Ponencia; el refrendo, tomando el dato anterior como criterio interpretativo, puede ser entendido como límite material y en este sentido el Presidente del Congreso podría negarse a refrendar una propuesta real de candidato que no se adecuara a la *ratio* del art. 99 CE, es decir, cuando fuera incompati-

ble con la composición del Congreso y totalmente inviable derivar de la misma la investidura parlamentaria.

V. LA INVESTIDURA PARLAMENTARIA

Los aps. 2 a 6 del art. 99 CE regulan la investidura parlamentaria del candidato a Presidente del Gobierno propuesto por el Rey y las consecuencias jurídicas del resultado de la misma. La investidura parlamentaria corresponde exclusivamente al Congreso de los Diputados y el art. 170 RCD establece que el Pleno de esta Cámara debe ser convocado «una vez recibida en el Congreso la propuesta de candidato». Normalmente transcurre menos de una semana entre la formulación de dicha propuesta y la celebración del Pleno de investidura. Con todo, se puede observar que esta ausencia de un **plazo** taxativo para la fijación del Pleno de investidura ofrece al Presidente del Congreso un relevante margen de maniobra para retrasar el inicio del debate de investidura con el fin de que el candidato propuesto por el Rey pueda negociar los apoyos parlamentarios necesarios para obtener la investidura (BELDA, 2018, 29). Así, J. M. Aznar dispuso de casi tres semanas en 1996 para llegar a acuerdos conducentes a su investidura, mientras que P. Sánchez en febrero-marzo de 2016 y M. Rajoy en julio-agosto de 2016 contaron con un mes, si bien en estos dos últimos casos no lograron su objetivo.

Uno de los rasgos fundamentales de la investidura parlamentaria en la CE es su **carácter programático**. En este sentido el art. 99.2 impone al candidato la obligación de exponer ante el Congreso, antes de la votación de investidura, «el programa político del Gobierno que pretenda formar». Se ha subrayado que esta previsión constitucional es un elemento que refuerza poderosamente la figura del Presidente del Gobierno, ya que su programa personal como candidato se impone como programa del Gobierno que él va a formar después de obtener la investidura parlamentaria (ARAGÓN, 1997, 165). Dicho esto, no se

puede desconocer, por un lado, que, en toda circunstancia el programa de investidura parte lógicamente del programa electoral del partido del candidato y, por otro lado, que, en contextos parlamentarios de ausencia de mayoría absoluta, pueden intervenir en la elaboración del programa también los representantes de las fuerzas políticas dispuestas a dar su apoyo al candidato (RENU, 2002, 192). Esto último ocurrió, por ejemplo, en 1993 y en 1996, como así lo reconocieron, respectivamente, F. González y J. M. Aznar en sus discursos de investidura al dar cuenta de los acuerdos programáticos con diversos partidos nacionalistas (CiU, PNV y CC). En cuanto al contenido del programa, ni la CE ni el RCD incluyen ninguna previsión al respecto. Con todo, el hecho de que el texto constitucional utilice la expresión «programa» y no meramente el término «declaración» permite sostener que el programa de investidura debe referirse con cierta concreción a los objetivos fundamentales de la acción del Gobierno y a los instrumentos necesarios para alcanzarlos. En cambio, no se requiere que el programa del candidato incorpore la composición del futuro Gabinete, ya que la CE establece una investidura individual y no colectiva (PÉREZ FRANCESCH, 1993, 43). Examinando los discursos de investidura puede observarse que las exposiciones programáticas de los diversos candidatos tienen una estructura sustancialmente coincidente: una introducción sobre el contexto político, una relación de objetivos generales y una referencia a compromisos y medidas cuyo nivel de detalle y concreción es variable según el candidato y las circunstancias (HOLGADO, 2008, 46-112).

El art. 99 CE nada dice acerca de la celebración de un **debate** parlamentario tras la exposición del programa de investidura por parte del candidato. Ante este silencio constitucional y la ausencia de previsión alguna en el RCD de 1977, las sesiones de investidura de 1979 y de 1981 se rigieron por sendas Resoluciones del Presidente del Congreso de contenido totalmente distinto. En la de 1979 no se contemplaba debate antes de la votación de

investidura y, tras la celebración de esta, únicamente se establecía un turno de explicación de voto por parte de los portavoces de los grupos parlamentarios. En la Resolución de 1981 se preveía el desarrollo de un debate posterior a la exposición programática del candidato y previo a la realización de la votación. El RCD de 1982 (art. 171), coherentemente con el carácter programático de la investidura, mantiene el criterio ya iniciado en 1981 y regula la celebración de un debate en los siguientes términos: exposición del candidato sin límite de tiempo; suspensión de la sesión por el tiempo determinado por el Presidente del Congreso, pudiendo reanudarse el mismo día; intervenciones de los representantes de los grupos parlamentarios por espacio de treinta minutos cada uno (desde 1986 el orden es de mayor a menor, cerrando el grupo del candidato); posibilidad de nuevas intervenciones del candidato y de réplicas de los grupos. Finalmente, debe observarse que el art. 171.5 RCD establece intervenciones de diez minutos para el candidato y de cinco para cada uno de los grupos con carácter previo a la segunda votación a la que debe someterse un candidato cuando no ha obtenido mayoría absoluta en la primera.

Una vez finalizado el debate debe procederse a la **votación** de investidura. El art. 171.5 RCD señala que la votación debe llevarse a efecto a la hora fijada por el Presidente del Congreso. Esta cautela trata de evitar votaciones por sorpresa que no son deseables en actos parlamentarios de la trascendencia de una investidura. En cuanto al objeto de la votación, el criterio prácticamente unánime de la doctrina es el de considerar que lo son el candidato y su programa (MOLAS-PITARCH, 1987, 184). En el mismo sentido van las intervenciones de los portavoces de los grupos parlamentarios en los debates de investidura. En efecto, si el art. 99.2 CE exige de forma expresa una exposición programática del candidato antes de la votación de investidura, el pronunciamiento parlamentario debe proyectarse necesariamente y de manera indisociable sobre la persona y sobre el programa. De este modo, si la votación es positiva, el

programa se configura como el elemento fundamentador de la relación de confianza que se instaure de forma expresa entre el Gobierno y el Congreso a través de la investidura parlamentaria del candidato. Ahora bien, a pesar de esta relevancia constitucional del programa de investidura, ni la propia CE ni el ordenamiento jurídico sitúan a dicho programa como parámetro preceptivo del control parlamentario y, en consecuencia, la verificación de su cumplimiento queda a merced de la voluntad política del Gobierno y de los grupos parlamentarios (VINTRÓ, 2006, 312 y 352).

Por prescripción del art. 85.2 RCD la votación de investidura es pública por llamamiento, requisito destinado a asegurar la disciplina de voto y mayor transparencia en la adopción de la decisión. En cuanto a la mayoría necesaria para obtener la investidura, el art. 99.3 CE establece que en una primera votación el candidato debe recibir la confianza de la mayoría absoluta de los miembros del Congreso y, si no la consigue, el mismo candidato ha de someterse a una segunda votación en la que basta la mayoría simple. La mayoría absoluta son 176 diputados, si bien excepcionalmente en 1989 el Presidente del Congreso fijó este quórum en 167 diputados por la anulación de las elecciones en algunas provincias y por carecer los miembros de HB de la condición plena de parlamentarios. Aunque este sistema de doble votación ha sido criticado por superfluo (AGUIAR, 1980, 77), no puede ignorarse que mediante el mismo la Constitución trata de promover como opción preferente la formación de amplias y sólidas mayorías de gobierno (GARRORENA, 1984, 471).

Examinando los catorce procedimientos de investiduras del periodo 1979-2016 merecen ser destacados los elementos generales siguientes: los candidatos han sido siete y pertenecientes a tres partidos (A. Suárez de UCD en 1979, L. Calvo-Sotelo de UCD en 1981, F. González del PSOE en 1982, 1986, 1989 y 1993, J. M. Aznar del PP en 1996 y 2000, J. L. Rodríguez Zapatero del PSOE en 2004 y 2008, M. Rajoy del PP en 2011, agosto-setiembre

de 2016 y octubre de 2016 y P. Sánchez del PSOE en marzo de 2016); la investidura ha sido obtenida en la primera votación en nueve ocasiones y ello no solamente en contextos de mayoría absoluta de un partido (1982, 1986, 2000 y 2011), sino también en ocasiones en que esta circunstancia no se ha dado (1979, 1989, 1993, 1996 y 2004); el dato anterior, derivado fundamentalmente de factores políticos (sistema electoral y sistema de partidos), parece reflejar asimismo una cierta influencia de la preferencia constitucional por el establecimiento de opciones de Gobierno con apoyos parlamentarios claramente mayoritarios, aunque también puede observarse que en ningún caso se ha llegado a la formación de un Gabinete de coalición; la segunda votación ha debido celebrarse en cinco oportunidades (1981, 2008, marzo de 2016, agosto-setiembre de 2016 y octubre de 2016); la admisibilidad constitucional de una investidura minoritaria se ha materializado en dos ocasiones (2008 y octubre de 2016); las investiduras fallidas han sido dos (P. Sánchez en marzo de 2016 y M. Rajoy en agosto-setiembre de 2016).

Por último, es preciso aludir a las consecuencias del **fracaso en la investidura** parlamentaria. De acuerdo con el art. 99.4 CE, si tras las dos votaciones un candidato no ha obtenido la confianza del Congreso, debe reiniciarse todo el procedimiento (consultas, propuesta, investidura) en los términos expuestos anteriormente. La doctrina admite mayoritariamente que el Rey pueda proponer nuevamente como candidato a un dirigente político derrotado en una votación anterior, ya que la CE guarda silencio al respecto y en términos políticos la propuesta puede ser viable, como se ha demostrado con la investidura obtenida por M. Rajoy en octubre de 2016 (REVENGA, 2017, 109-119). Transcurridos dos meses desde la primera votación de investidura sin que el Congreso haya otorgado su confianza a ningún candidato, el art. 99.5 CE prevé para este supuesto la disolución automática de las Cortes Generales, que debe ser decretada por el Rey con el refrendo del Pre-

sidente del Congreso. Se trata, tal como señala el Tribunal Constitucional (STC 16/1984, de 6 de febrero, FJ 6), de un instrumento inspirado en un principio de racionalización de la forma parlamentaria de gobierno que trata de impedir las crisis gubernamentales prolongadas. El hecho de que esta disolución afecte también al Senado ha sido criticado por carecer la Cámara Alta de intervención en la investidura (SANTAOLALLA, 2001, 1559), pero ha sido también justificado por asegurar una deseable sincronía en los mandatos de las dos Cámaras (BAR, 1998, 303).

Este mecanismo de la **disolución automática** ha tenido oportunidad de ser aplicado por primera y única vez hasta el momento en mayo de 2016 tras cumplirse dos meses desde la fallida investidura de P. Sánchez y no haber sido propuesto por parte del Rey otro candidato. Este dato, unido al hecho de que la investidura de M. Rajoy en octubre de 2016 se produjo solamente dos días antes del cumplimiento del plazo de dos meses para una nueva disolución automática, ha abierto un rico debate doctrinal en torno a diversas propuestas de reforma del art. 99 CE (ARAGÓN, 2017, 20-23; BLANCO, 2017, 87-93; BELDA, 2018, 30-37; GIMÉNEZ GLUCK, 2017, 318-321; MATEOS, 2017, 176-180; PORRAS-RAMÍREZ, 2017, 242-243; REVENGA, 2017, 114-118; TORRES DEL MORAL, 2018, 61). Entre otras, tales propuestas van desde el establecimiento de plazos para la realización de algunas fases del procedimiento de investidura hasta la introducción de instrumentos de desbloqueo no dependientes de la realización de una votación de investidura fallida pasando por la potenciación de la figura el Presidente del Congreso y el consiguiente oscurecimiento de la intervención del Rey.

Con todo, antes de proyectar la reforma del art. 99 CE, tal vez sea más perentorio plantearse qué sucedería si todos los líderes políticos o personalidades de otro ámbito rechazan el ofrecimiento del Rey para ser candidatas a la investidura y, por lo tanto, el plazo temporal de dos meses previsto por el art. 99.5 CE no puede empezar a transcurrir.

Ello puede parecer una descabellada hipótesis de laboratorio, pero debe reconocerse que sobrevoló durante unos días por la vida política española en enero-febrero de 2016 cuando M. Rajoy declinó el ofrecimiento del Rey. Para superar esta situación extrema de posible bloqueo institucional en el marco constitucional vigente seguramente no hay más que dos opciones: o bien reconocer excepcionalmente al Rey, con el refrendo del Presidente del Congreso, la facultad de disolución de las Cámaras en ejercicio de su atribución de arbitrar y moderar el funcionamiento regular de las instituciones (SOLOZÁBAL, 2017, 58); o bien entender, adaptando a este supuesto el sentido del Dictamen del Consejo de Estado 1985/2003, de 26 de junio, que el plazo de dos meses del art. 99.5 CE comienza a contar a partir del momento en que el Rey, con el refrendo del Presidente del Congreso, comunica a la Cámara la imposibilidad de proponer un candidato a la investidura (TERUEL, 2017, 12).

VI. EL NOMBRAMIENTO REAL

De conformidad con los arts. 99.3 y 64.1 CE el candidato investido por el Congreso debe ser nombrado Presidente del Gobierno por el Rey y este nombramiento, que reviste la forma de Real Decreto, debe ser refrendado por el Presidente del Congreso. Se trata de un acto preceptivo y reglado, es decir, el Monarca no puede rehuir la obligación de nombrar como Presidente del Gobierno al candidato votado por el Congreso y lógicamente no puede nombrar a otra persona distinta de la que ha recibido la investidura parlamentaria (BAR, 1998, 304-305). Con respecto al refrendo del Presidente del Congreso, cabe reiterar lo señalado por la ya citada STC 5/1987 en el sentido de que la razón fundamental de esta atribución es evitar que otorgue el refrendo un Presidente del Gobierno meramente en funciones. En la práctica, aunque la Constitución no fija plazo, el trámite del nombramiento se ha desarrollado con gran celeridad. Así, generalmente el mismo día de

la votación de investidura tiene lugar la comunicación al Rey del resultado de la misma por parte del Presidente del Congreso (art. 171.6 RCD) y la firma del Real Decreto

de nombramiento, produciéndose al día siguiente la publicación en el BOE de dicho nombramiento y la toma de posesión del Presidente del Gobierno ante el Rey.

BIBLIOGRAFÍA

AGUIAR, J. L., «La estructura del proceso de formación del Gobierno. El caso español en el marco del derecho comparado», *Revista de Derecho Político*, núm. 6, 1980.

ARAGÓN, M., «La forma parlamentaria de gobierno en España: Reflexiones críticas», en *Estudios de Derecho público. Homenaje a Juan José Ruiz Rico*, Vol. I, Tecnos, Madrid, 1997.

— «Legislatura fallida e investidura convulsa. Análisis y consecuencias», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 109, 2017.

BAR, A., «Artículo 99. Nombramiento del Presidente del Gobierno», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo VIII, Edersa, Madrid, 1998.

BELDA, E., *El poder del Rey. Alcance constitucional efectivo de las atribuciones de la Corona*, Publicaciones del Senado, Madrid, 2003.

— «Investidura del Presidente del Gobierno y función ordenadora de la Presidencia del Congreso», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 27, 2018.

BLANCO, R., «El año que vivimos peligrosamente: del bipartidismo imperfecto a la perfecta ingobernabilidad», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 109, 2017.

GARRORENA, A., «Investidura» en GONZÁLEZ ENCINAR, J. J., *Diccionario del sistema político español*, Akal, Madrid, 1984.

GIMÉNEZ GLUCK, D., «El bloqueo, evitable, de la formación del Gobierno: una propuesta de reforma del procedimiento de investidura», *Revista de Derecho Político*, núm. 99, 2017.

HOLGADO, M., *El programa de Gobierno y sus sistemas de control*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

LÓPEZ GUERRA, L., «Las funciones del Rey y la institución del refrendo», en *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz Rico*, Vol. I, Tecnos, Madrid, 1997.

MATEOS, O., «La elección parlamentaria del Presidente del Gobierno en España: análisis normativo, estabilidad institucional y propuesta de reforma del artículo 99.5 de la Constitución Española», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 111, 2017.

MENÉNDEZ REXACH, A., *La Jefatura del Estado en el Derecho Público español*, INAP, Madrid, 1979.

MOLAS, I. y PITARCH, I. E., *Las Cortes Generales en el sistema parlamentario de Gobierno*, Tecnos, Madrid, 1987.

PÉREZ FRANCESCH, J. L., *El Gobierno*, Tecnos, Madrid, 1993.

PORRAS RAMÍREZ, J. M., «Monarquía parlamentaria, función regia y poder de reserva de la Corona en la Constitución», en *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz Rico*, Vol. I, Tecnos, Madrid, 1997.

- «La Corona y la propuesta de candidato, a Presidente del Gobierno: nuevas prácticas y viejas normas», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 40, 2017.

REQUEJO, J. L., «Las relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 70, 2004.

REQUEJO, P., *Democracia parlamentaria y principio minoritario*, Ariel, Barcelona, 2000.

REVENGA, M., *La formación del Gobierno en la Constitución española de 1978*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.

- «La funcionalidad del artículo 29 de la Constitución ante el caso de un resultado electoral fragmentado: ¿mejorar su aplicación o proponer su reforma?», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 109, 2017.

RIPOLLÉS, M. R., «Artículos 170, 171 y 172», en RIPOLLÉS, M. R. (Coord.), *Comentarios al Reglamento del Congreso de los Diputados*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2012.

SANTAOLALLA, F., «Artículo 99», en GARRIDO FALLA, F. (Dir.), *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 2001.

SOLÉ TURA, J. y APARICIO, M. A., *Las Cortes Generales en el sistema constitucional*, Tecnos, Madrid, 1988.

SOLOZÁBAL, J. J., «La problemática constitucional de la formación del Gobierno y la intervención del Monarca en nuestro régimen parlamentario», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 109, 2017.

TERUEL, G., «La regulación constitucional de la investidura del Presidente del Gobierno ante un nuevo escenario político», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 25, 2017.

TORRES DEL MORAL, A., «Monarquía, democracia, y opinión pública», en TORRES DEL MORAL, A. (Dir.), *Monarquía y Constitución*, Colex, Madrid, 2001.

- «40 años de Monarquía Parlamentaria (Balance)», *Revista de Derecho Político*, núm. 101, 2018.

TORRES MURO, I., «El refrendo de la propuesta real de candidato a la Presidencia del Gobierno», *Revista de Estudios Políticos*, núm., 88, 1995.

VINTRÓ, J., *La investidura parlamentaria del Gobierno: perspectiva comparada y Constitución española*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2006.

Artículo 100

Los demás miembros del Gobierno serán nombrados y separados por el Rey, a propuesta de su Presidente.

NOMBRAMIENTO Y SEPARACIÓN DE LOS DEMÁS MIEMBROS DEL GOBIERNO

Sumario: I. El nombramiento. II. La separación.

MARC CARRILLO LÓPEZ

CATEDRÁTICO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
UNIVERSIDAD POMPEU FABRA

El art. 100 CE establece que «Los demás miembros del Gobierno serán nombrados y separados por el Rey, a propuesta de su Presidente». En la historia del constitucionalismo español del siglo el nombramiento de los miembros del Gobierno era una potestad que correspondía a la discrecionalidad política del Rey. En la Constitución de 1931 el Presidente de la República disponía de libertad para nombrar y cesar a los Ministros, pero estos eran responsables ante el Congreso fruto del sistema de la doble confianza ante el Presidente y ante el Parlamento, que le era exigida al Gobierno.

En la forma política de gobierno de monarquía parlamentaria establecida por el art. 1.3 CE, el Presidente del Gobierno accede al cargo tras la preceptiva investidura parlamentaria (art. 99 CE), mientras que la atribución del Jefe del Estado de nombrar y cesar a los demás miembros del Gobierno es un acto debido del Rey. Y materialmente, la decisión efectiva del nombramiento corresponde solo al Presidente del Gobierno. La Constitución alemana de 1949, así como también —entre otras— la belga o la austriaca, que fueron los referentes de Derecho comparado tenidos en cuenta por el constituyente, establecen un sistema similar. Se trata, de un precepto

que hasta ahora no ha suscitado pronunciamientos del Tribunal Constitucional.

I. EL NOMBRAMIENTO

El proceso de formación del Gobierno prescrito por la CE se concreta en dos fases. La primera comprende el nombramiento del Presidente del Gobierno, que tiene origen estrictamente parlamentario y de acuerdo con esta premisa el Rey, una vez evacuadas las consultas con los representantes designados por los grupos parlamentarios (art. 99 CE), nombra el candidato que se encuentre en mejores condiciones de formar gobierno. La segunda fase concierne al nombramiento de los restantes miembros del Gobierno, decisión que corresponde al Presidente y se formaliza a través del Decreto que firma el Rey con el refrendo de aquel. Por tanto, la formación del Gobierno en su conjunto queda desvinculada de la confianza parlamentaria, que, por el contrario, sí se exige al Presidente y a su programa político para poder gobernar. El Jefe del Ejecutivo dispone de una amplia libertad tanto para su configuración personal como para, en su caso, remodelarlo.

En este sentido, **la propuesta de equipo de Gobierno que el Presidente presenta vin-**

cula al Rey, que no podrá oponerse ni vetarla. Las observaciones que respecto de la propuesta pueda llegar a hacer el monarca al Presidente —de producirse— solo pueden ser entendidas en el marco de las funciones constitucionales de arbitraje y moderación del art. 56.1 CE. Nunca podrán ser públicas y el Presidente las administrará como crea más oportuno, sin que en ningún caso puedan suponer un condicionamiento formal para su decisión. El único control posible al nombramiento de los miembros del Gobierno será el que pueda llevar a cabo el Parlamento y, de producirse infracciones de la legalidad, el que lleve a cabo la jurisdicción contencioso-administrativa. Por ejemplo, acerca del cumplimiento de las condiciones que el art. 11 LG establece para acceder al cargo: ser español, mayor de edad, disfrutar de los derechos de sufragio activo y pasivo, así como no estar inhabilitado para ejercer empleo o cargo público por sentencia judicial firme. O también de las condiciones del art. 14 LG relativas al régimen de incompatibilidades de los miembros del Gobierno, que prescribe que «no podrán ejercer otras funciones representativas que las propias del mandato parlamentario, ni cualquier otra función pública que no derive de su cargo, ni actividad profesional o mercantil alguna», y que se encuentran previstas en la *Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado*.

Los miembros del Gobierno que son objeto de nombramiento son los que el art. 1.2 LG determina que forman parte del mismo, esto es: «el Gobierno se compone del Presidente, del Vicepresidente o Vicepresidentes, en su caso, y de los Ministros», que se reúnen en Consejo de Ministros y Comisiones Delegadas del Gobierno». Por tanto, los demás miembros del Gobierno a los que se refiere el art. 100 CE son los que, en su caso, ocupan el cargo de la Vicepresidencia y los Ministros. No así los Secretarios de Estado, a los que la LG les atribuye la condición de órganos superiores de la Administración General del Estado (art. 7.1).

El nombramiento de los Vicepresidentes y los Ministros se formaliza **a través de un Real**

Decreto adoptado y refrendado por el Presidente del Gobierno [arts. 100 y 64.1 CE; 2.2.k) y 25.b) LG]. Y habida cuenta de las dos fases que integran el proceso de formación del Gobierno, entre el Real Decreto de nombramiento del Presidente del Gobierno y los Reales Decretos de nombramiento de los restantes miembros del Gobierno no puede transcurrir un lapso de tiempo excesivo, a fin de que la situación de interinidad institucional no se prolongue más de lo estrictamente necesario para el traspaso de poderes y el Gobierno en funciones ejerza sus funciones en el plazo más breve posible. Si bien la CE nada dice al respecto, la práctica constitucional ha puesto de relieve que entre la una y la otra no suelen transcurrir más de veinticuatro horas.

II. LA SEPARACIÓN

El cese en el cargo de los miembros del Gobierno se produce por decisión del Presidente del Gobierno o por dimisión del Vicepresidente o el Ministro. En este último supuesto y en función de las circunstancias propias de la relación política, el Presidente puede intentar que el dimisionario desista de su decisión, pero si esta no varía, debe aceptarla sin otra alternativa. La forma que adopta el cese en el cargo es la de Real Decreto del Presidente del Gobierno [art. 25.b) LG], dado que la decisión corresponde a este último. Y si se trata de un supuesto de cese de todo el Gobierno, el Real Decreto deberá ser refrendado por el Presidente que formó dicho Gobierno (BAR CENDÓN, 1998, 340).

En la medida que la formación del Gobierno, una vez investido el Presidente y su programa político, es un acto que queda al margen de las Cortes Generales, **la decisión de separar del cargo a uno o a varios miembros del Gobierno no está sometida a control parlamentario**. Ello, claro está, sin perjuicio de que —como así ha ocurrido en ocasiones (por ej., con los Presidentes Suárez, Calvo Sotelo y González)— el mecanismo de la cuestión de confianza haya servido como vía para dar cuenta al Congreso de los Diputados del sentido de una remodelación minis-

terial. Y con el idéntico fin de no dejar de lado a las Cortes, pueden servir también los instrumentos de la comunicación y la información a las Cámaras por parte del Gobierno (art. 110.2 CE) y, por parte de aquellas, las preguntas e interpelaciones al Gobierno y a sus miembros (arts. 110 y 111 CE) (BAR CENDÓN, 1998, 342).

El miembro cesado de un Gobierno goza de un estatuto especial, del que se derivan algunos derechos y obligaciones. Desde la Ley 74/1980, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1981, todos los exmiembros del Gobierno tienen derecho a una pensión indemnizatoria mensual, que puede llegar hasta un máximo de veinticuatro meses, y cuando lleguen a la edad de la jubilación de los funcionarios, tienen derecho a una pensión vitalicia mensual, cuya aplicación, llegado el caso, resulta incompatible con la primera. Esta compensación tras el cese ha sido mantenida por la actual *Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado*, pero bajo la supervisión de la Oficina de Conflicto de Intereses, que supervisará que durante el período en que se perciba la citada compensación se mantienen las condiciones que motivaron su reconocimiento (art. 6).

Por su parte, el Real Decreto 405/1992, por el que se regula el Estatuto de los Expresidentes del Gobierno, establece un régimen especial para cuando abandonan el cargo que, en lo

esencial, comporta: a) un tratamiento protocolario de acuerdo con el Ordenamiento General de Precedencias del Estado; b) en sus desplazamientos fuera de España podrán gozar del apoyo de los servicios de la representación diplomática del Estado; c) disponer de dos funcionarios a su servicio; d) disponer de una dotación presupuestaria para gastos de oficina, atenciones de carácter social y, en su caso, alquiler de inmuebles; e) disponer de coche oficial y servicio de seguridad; f) tener acceso libre a los transportes estatales, etc.

Una vez abandonado el cargo, los miembros que han sido del Gobierno tienen la obligación de mantener el deber de secreto que les impone la fórmula de promesa o juramento, y especialmente, el deber de secreto de las deliberaciones en el Consejo de Ministros (art. 5.3 LG) (SAINZ MORENO, 1991, 2863 y ss.).

Y otro deber de especial relevancia para exmiembros del Gobierno es el que se deriva de las limitaciones al ejercicio de actividades privadas con posterioridad al cese en el cargo. Así, el art. 15 de la citada Ley 3/2015 regula con detalle las limitaciones al ejercicio del cargo de actividades privadas con posterioridad al cese, estableciendo que los «[L]os cargos, durante los dos años siguientes a la fecha de su cese, no podrán prestar servicios en entidades privadas que hayan resultado afectadas por decisiones en las que haya participado» (art. 15.1).

BIBLIOGRAFÍA

BAR CENDÓN, A., «Artículo 100: Nombramiento y separación de los miembros del Gobierno», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tomo VIII (arts. 97 a 112), Cortes Generales-Edersa, Madrid, 1998, págs. 307 y ss.

SAINZ MORENO, F., «Secreto e Información en el Derecho Público», en AA. VV., *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Vol. III, Madrid, 1991, págs. 2863-2981.

SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J., «La problemática constitucional de la formación del Gobierno y la intervención del monarca en nuestro régimen parlamentario», *REDC*, núm. 109, CEPC, Madrid, 2017, págs. 35-61.

Artículo 101

1. *El Gobierno cesa tras la celebración de elecciones generales, en los casos de pérdida de la confianza parlamentaria previstos en la Constitución, o por dimisión o fallecimiento de su Presidente.*

2. *El Gobierno cesante continuará en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno.*

EL CESE DEL GOBIERNO Y EL GOBIERNO EN FUNCIONES

Sumario: I. Las causas de cese del Gobierno. 1. La celebración de elecciones generales. 2. La pérdida de la confianza parlamentaria. 3. La dimisión o fallecimiento del Presidente del Gobierno. 4. Otras causas posibles. II. El Gobierno en funciones. 1. La razón constitucional del Gobierno en funciones. 2. Los límites del Gobierno en funciones. 3. Otros límites a las atribuciones constitucionales del Gobierno cesante. 4. El Gobierno en funciones y las obligaciones internacionales del Estado, en especial con la UE.

MARC CARRILLO LÓPEZ

CATEDRÁTICO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
UNIVERSIDAD POMPEU FABRA

En los dos apartados que lo componen, el art. 101 establece las causas de cese del gobierno y el régimen del gobierno que queda cesante. Es un precepto que hasta ahora no ha suscitado pronunciamientos directos o específicos del Tribunal Constitucional (TC). No obstante, respecto del ap. 2.º, sigue pendiente la resolución del Tribunal para resolver el conflicto de atribuciones presentado por el Pleno del Congreso (arts. 73 a 75 LOTC), como consecuencia de la *invasión de las atribuciones de la Cámara producida por la decisión del Gobierno de no someterse a la función de control de la acción de Gobierno*.

Esta circunstancia trae causa de la —hasta entonces— inédita situación de prolongada interinidad en la que se encontró el Gobierno Rajoy surgido de las elecciones generales del 20

de diciembre de 2015, tras las cuales, y ante la imposibilidad de formar gobierno, se celebraron unas nuevas elecciones convocadas en aplicación del art. 99.5 CE, tras las cuales y después de 314 días de gobierno en funciones el nuevo no se constituiría hasta el 29 de noviembre de 2016.

Se trata de un precepto que se inscribe en la lógica institucional de la forma de gobierno parlamentaria tributaria del constitucionalismo asentado después de 1945, en el que la Norma Suprema regula con mayor detalle los avatares de las relaciones entre el Parlamento y el Gobierno, que en el pasado formaban parte de la práctica y la costumbre de las relaciones entre estos dos poderes del Estado (SARÚSTEGUI, 1998, 347). En el caso del art. 101 se trata de regular el período de tránsito entre el

Gobierno que cesa y la formación del nuevo. Su desarrollo legislativo se hizo esperar largo tiempo, hasta la aprobación de la *Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno* (LG). La regulación de las causas de cese del Gobierno y su estatuto como órgano constitucional cesante tienen por objeto establecer las reglas y condiciones para que, por un lado, las causas del cese gubernamental queden fijadas y, por otro, que en el período que medie entre el cese del Gobierno y la constitución del nuevo, se mantenga la continuidad en los asuntos de gestión ordinaria del Estado que evite una situación de vacío de poder.

I. LAS CAUSAS DE CESE DEL GOBIERNO

En su primer apartado establece que «1. El Gobierno cesa tras la celebración de elecciones generales, en los casos de pérdida de la confianza parlamentaria previstos en la Constitución, o por dimisión o fallecimiento de su Presidente».

1. La celebración de elecciones generales

Este primer supuesto de cese requiere una mayor precisión, porque es evidente que el Gobierno no cesa por causa de la celebración de cualquier elección, sino solo de las elecciones generales al Congreso de los Diputados. Así se deriva de lo establecido en el art. 99.1 CE, que se refiere al supuesto de renovación del Congreso de los Diputados para proceder a la investidura del Presidente de un nuevo Gobierno. Por tanto, **el Gobierno no cesa si el partido o la coalición que le apoya han salido derrotados en cualquier otro tipo de elección**, incluso en el supuesto singular de una convocatoria electoral destinada a la exclusiva renovación del Senado. Cuestión distinta es que unos resultados desfavorables registrados en otras elecciones puedan conducir al Presidente del Gobierno a la decisión política de disolver las Cortes y

convocar elecciones, cesando entonces por esta razón. Como también lo es que la disolución se produzca, en una lógica opuesta a la anterior, como consecuencia de una coyuntura política que se apunta como favorable y que aconseje al Presidente convocar elecciones generales a la espera de un resultado que aporte a su futuro Gobierno un apoyo parlamentario superior al que hasta entonces gozaba.

El Gobierno que ha disuelto las Cortes y convoca elecciones dispone de unos poderes muy limitados hasta la celebración de las elecciones, pero no han de ser plenamente equiparables a los poderes de gestión de los que únicamente ha de hacer uso cuando deviene Gobierno en funciones o cesante (art. 21 LG). Es obvio que en el primer caso no puede ejercer funciones relacionadas con la potestad legislativa porque el Parlamento está disuelto, pero sí que podrá aprobar un decreto-ley (art. 86 CE) o, en su caso, adoptar decisiones relativas al derecho de excepción (art. 116 CE), bajo el control de la Diputación Permanente del Congreso (art. 78.2 CE). En el segundo, la condición de cesante le atribuye un mayor grado de interinidad a la que tiene el Gobierno que todavía no ha cesado, porque sea cual fuere el resultado de las elecciones, este hecho ya consolidado genera en el Gobierno una situación de superior provisionalidad a causa de la configuración de una nueva Legislatura.

El momento en el que se produce el cese del Gobierno es el día posterior al de la celebración de las elecciones (GONZÁLEZ ALONSO, 2005, 521). Así se deduce explícitamente de lo prescrito por el art. 101.1 CE y sin que para ello sea preciso que la Junta Electoral Central, como órgano permanente de la Administración Electoral (arts. 8.1 y 9.1 LO-REG) proclame oficialmente los resultados, un hecho que no puede condicionar la condición de cesante que adquiere el Gobierno que las convocó, a partir del día siguiente de su celebración. La práctica constitucional más consolidada en los años ochenta del siglo pasado fue que el Real Decreto de cese del Go-

bierno aparecía en el *BOE* al día siguiente de las elecciones. Pero no siempre ha sido así: en los inicios de la restauración democrática, el Decreto de cese no era inmediato, hasta el punto de que en 1982 incluso se hizo coincidir con el Decreto de nombramiento del nuevo Gobierno. En todo caso, este Real Decreto es un acto debido del Rey, en los términos previstos en la CE, por el que se pone fin a las funciones del Presidente del Gobierno [art. 62.d) CE] y ha de ser refrendado por el propio Presidente del Gobierno saliente.

2. La pérdida de la confianza parlamentaria

La forma parlamentaria de gobierno diseñada por la CE configura la relación entre Legislativo y Ejecutivo basada en la confianza que el segundo ha de obtener del primero para ejercer la acción de gobierno. La pérdida de la confianza parlamentaria comporta el cese del Gobierno. **Los supuestos constitucionales de cese por ruptura de la relación fiduciaria entre el Congreso de los Diputados y el Gobierno están tasados:** por tanto, la confianza parlamentaria desaparece si triunfa una moción de censura contra el Gobierno, siempre que haya sido adoptada por la mayoría absoluta (art. 113 CE) o, también, si una cuestión de confianza presentada por el Presidente del Gobierno sobre su programa o sobre una declaración de política general no alcanza la mayoría simple de los Diputados. Formalmente, estos son los únicos supuestos constitucionales que impiden extender más allá las previsiones del art. 101 CE. En estos casos, el cese del Gobierno se concreta formalmente con la correspondiente resolución del Congreso por la que se certifique que la moción de censura ha sido aprobada o la cuestión de confianza solicitada por el Presidente del Gobierno ha sido rechazada.

Sin embargo, materialmente pueden darse otros supuestos en los que el Presidente del Gobierno pueda razonablemente concluir que su Gobierno ha perdido el apoyo parlamenta-

rio: el más significativo es el que se produce tras **la imposibilidad de aprobar el Proyecto de Ley de Presupuestos**, que le empuje, tras comprobar la inconveniencia política de prorrogar los anteriores, a la inexorable consecuencia de disolver las Cortes y convocar elecciones a fin de que sea el electorado quien resuelva la controversia entre estos poderes del Estado. Así se explica, por ejemplo, la disolución anticipada de las Cortes por el Presidente F. González, que condujo a las elecciones de 1996. Otro supuesto **es el que se produce con la ruptura de la alianza parlamentaria que arrastra, a su vez, al gobierno de coalición**. Al respecto, no hay antecedentes en el ámbito estatal, pero sí en el contexto autonómico: por ejemplo, es el caso del gobierno de coalición tripartita formado en Cataluña tras las elecciones de 2003, que se rompió con motivo del referéndum de la reforma que condujo al Estatuto de Autonomía de 2006, lo que, ante la falta de apoyo parlamentario, obligó al Presidente de la Generalitat P. Maragall a disolver el Parlamento y convocar elecciones anticipadas.

En los supuestos constitucionales previstos de pérdida de la confianza parlamentaria, el efecto inmediato y directo es el cese del Gobierno (art. 114.1 CE). Este automatismo (SATRÚSTEGUI, 1998, 353) es una consecuencia lógica de la pérdida de la premisa previa que define la forma de gobierno parlamentaria, que no es otro que disponer del apoyo de la Cámara.

3. La dimisión o fallecimiento del Presidente del Gobierno

El cese del Gobierno por dimisión de su Presidente es la consecuencia de una decisión personal del Jefe del Ejecutivo. No es producto de una voluntad de un órgano colegiado, sino una prerrogativa constitucional del Presidente que solo a él le corresponde gestionar. Las causas de la dimisión no pueden quedar formalizadas en la CE porque los motivos pueden ser múltiples y diversos. En general, en los sistemas parlamentarios, resulta habi-

tual que las razones de una dimisión tengan que ver con el apoyo político del que goce el Presidente en el seno de propio partido o de una coalición de gobierno. También puede depender de la marcha de la dirección política del Gobierno y de los apoyos parlamentarios de los que goce, por ejemplo, para la aprobación de leyes especialmente significativas para la continuidad del Gobierno como son las de presupuestos. O razones coyunturales derivadas de unos resultados negativos en otras convocatorias electorales que minen la confianza política que pueda ofrecer para dirigir la política del Gobierno. O, en fin, causas que tienen que ver con la presión ejercida sobre su política, bien por una reiterada protesta social o por la influencia de grupos de interés. El único caso de dimisión de esta naturaleza hasta ahora registrado fue el del Presidente A. Suárez en enero de 1981.

Si bien la dimisión es una decisión personal que no exige la anuencia ni la deliberación previa —aunque ello sea deseable— del Consejo de Ministros, no es un acto que se perfeccione hasta que la misma es aceptada por el Jefe del Estado como destinatario institucional, a quien corresponde poner fin a las funciones del Presidente [art. 62.d) CE]. Pero ante la decisión del Presidente de dimitir, el margen de decisión del Rey en una Monarquía parlamentaria como la española no puede ir más allá de instarle, en su caso, a que la reconsidere, en el marco de sus atribuciones, que no son sino de arbitraje y moderación del funcionamiento regular de las instituciones del Estado (art. 56.1 CE). Por ello, **es el Presidente quien finalmente decide al respecto y al Rey no lo queda otra opción que aceptarla. La aceptación de la dimisión a través del correspondiente Real Decreto es refrendada por el Presidente dimisionario**, que asume la responsabilidad certificando su decisión de dejar el cargo. Y es en ese momento en que el cese se hace formalmente efectivo y el Gobierno entra en funciones. Se trata, pues, de **una consecuencia más de su posición de preeminencia en el seno del Gobierno.**

Desde una perspectiva teórica distinta, pero para llegar a la misma conclusión (REVENGA SÁNCHEZ, 1988, 94), se ha argumentado que el Rey no puede oponerse finalmente a la dimisión, porque se considera esta como parte integrante del derecho fundamental del art. 23.2 CE, respecto del cual la jurisprudencia constitucional ha señalado que:

«Cabe inferir del art. 23.2 (...) que, si todos los ciudadanos tienen el derecho a acceder a cualquier cargo público, también tienen el de dimitir de ellos, decisión que se inserta en la esfera de la libre disposición individual y que no estando prohibida (está permitida, aunque pueda admitir en cada caso las limitaciones establecidas por la legislación reguladora del cargo en cuestión)...» (RA Ponente: F. Tomás y Valiente, STC 60/1982, FJ 3.º).

La decisión de presentar la dimisión no puede quedar reducida a la comunicación entre el Presidente del Gobierno y el Rey. Si bien la CE nada establece al respecto, parece lógico que por razones que traen causa de la debida lealtad institucional la motivación de la dimisión debe ser también expuesta ante el Congreso de los Diputados y los ciudadanos. No obstante, corresponderá al Presidente modular la forma y el contenido de los motivos que le hayan llevado a presentar la dimisión.

Finalmente, en caso de **fallecimiento** del Presidente, el art. 13 LG, relativo a la suplencia, sin bien no hace referencia explícita al hecho biológico de la muerte, establece, entre otros, que en los casos de vacante (supuesto este que ha de comprender el fallecimiento), las funciones serán asumidas por los Vicepresidentes, de acuerdo con el correspondiente orden de prelación y, en defecto de ellos por los Ministros, según el orden de precedencia de los Departamentos. El Real Decreto de cese por esta causa será refrendado por el Vicepresidente o, en su caso, Ministro que lo haya suplido.

4. Otras causas posibles

Pero más allá de las causas que expresamente establece el art. 101.1 CE, la doctrina ha apuntado otras que también puedan dar lugar al cese del Gobierno. Una es la incapacidad permanente que impida al Presidente ejercer sus funciones en el futuro. Y la otra es la que puede derivarse de la condena por sentencia firme por causa de delito doloso.

En el primer caso, el art. 13 LG al referirse a la enfermedad lo resuelve con la suplencia en los mismos términos que para el fallecimiento. Pero dicha suplencia por el Vicepresidente o el Ministro ha de ser muy provisional, puesto que ha de conllevar el cese de un Gobierno que está presidido por un miembro del mismo que no ha sido investido por el Congreso de los Diputados.

En el segundo, **la condena por sentencia firme por delito doloso**, parece obvio que ha de ser una causa de cese en el cargo, puesto que además de la pena principal a buen seguro que esta puede conllevar las accesorias (o en su caso, la principal) de inhabilitación para ejercer el derecho de sufragio activo y pasivo. Y si se tratase de un delito de traición o cualquier otro contra la seguridad del Estado en el ejercicio de sus funciones (art. 102.1 CE), la dimisión deberá ser una consecuencia lógica si la acusación es aprobada por el Congreso de los Diputados. **Sería un supuesto singular de pérdida implícita de la confianza parlamentaria por causa penal.**

II. EL GOBIERNO EN FUNCIONES

1. La razón constitucional del Gobierno en funciones

El art. 101.2 establece que «El Gobierno cesante continuará en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno». La razón constitucional de que después de haber cesado por las causas previstas en el apartado anterior, el Gobierno cesante deba, no obstante,

continuar durante un breve lapso de tiempo en el ejercicio de algunas de sus funciones se fundamenta en la necesidad de asegurar con carácter de permanencia la gestión ordinaria de la cosa pública, a fin de **evitar la anomalía del vacío de poder institucional**. La causa más habitual de cese del Gobierno suele ser la celebración de elecciones. De acuerdo con la CE, la articulación orgánica de la continuidad o la alternancia política en los órganos representativos (Cortes Generales y Gobierno) requiere el transcurso de un tiempo que, aun siendo no prologando (art. 99 CE), comporta una situación de *ínterin* que no por ello ha de suponer dejar desatendidos asuntos de gestión ordinaria del Estado y de la Administración a su servicio que no admiten espera. **La continuidad de la gestión del aparato administrativo del Estado democrático es una garantía que ha de quedar asegurada.** A ello responde la institución del llamado Gobierno en funciones o Gobierno cesante.

Los interrogantes constitucionales que se plantean sobre el alcance y los límites de la actuación de un gobierno en funciones están en directa relación con la naturaleza de la forma parlamentaria de gobierno. Y, sin duda, es en esta modalidad de la organización de la división de poderes del Estado democrático donde la cuestión se plantea en toda su extensión. No es el caso de los sistemas presidencialistas, donde la legitimidad democrática del Jefe del Ejecutivo obtenida a través del sufragio directo le acompaña sin solución de continuidad hasta que cede el poder al nuevo Presidente electo. Mientras tanto, sus atribuciones formalmente quedan intactas y no conocen un período de interinidad.

En la forma parlamentaria de gobierno, durante el período de tránsito hacia el nuevo Gobierno el anterior no desaparece. Sigue ejerciendo funciones constitucionales pero sometidas a límites estrictos, de tal manera que con las decisiones que tome no comprometa la capacidad de decisión futura de la que deba hacer uso en nuevo Gobierno legiti-

mado por las urnas. Desde luego, ello no ha de impedir que en supuestos de urgencia deba responder a los mismos de acuerdo con la debida prudencia y atendiendo al interés general. Es decir, el gobierno en *prorrogatio* no puede abstraerse del deber de dar cuenta de sus actuaciones a las Cortes Generales. En este sentido, es preciso subrayar que además del control político que no se puede aplicar a un gobierno cesante que espera ser reemplazado (moción de censura o cuestión de confianza), la Constitución establece otras vías, que se identifican con el control parlamentario que siguen operativas y de las que el Gobierno cesante no puede hacer abstracción. Porque la situación de interinidad en ningún caso supone que la división de poderes quede hibernada y que, por tanto, el Parlamento existente pueda ser temporalmente preterido.

¿Cuáles son estas vías? Por ejemplo, las Cámaras y sus Comisiones pueden recabar información y la ayuda que precisen del Gobierno y de sus Departamentos (art. 109 CE), como también la presencia de sus miembros para que informen (art. 110 CE). Por su parte, el Gobierno y cada uno de sus miembros están sometidos a las preguntas e interpelaciones que les sean formuladas en las Cámaras (art. 111). En este caso, se trata de instrumentos de control parlamentario, que, por otra parte, es el más habitual en las relaciones entre el Parlamento y el Gobierno en los periodos de sesiones (ALONSO DE ANTONIO, 2002, 101 y ss.).

Las consecuencias de estas dos formas de control son distintas: obviamente, en el primer caso, la pérdida de la confianza parlamentaria comporta el cese del Gobierno, mientras que en el segundo aquella no está en juego, más allá de la responsabilidad política difusa que pueda contraer según cómo gestione la información que le haya sido solicitada por las Cámaras y cómo responda a las preguntas formuladas por los parlamentarios. La necesidad de diferenciar entre ambas formas de control adquiere especial relevancia constitucional para calibrar el alcance de la rela-

ción con el Parlamento de un gobierno en funciones.

El control parlamentario del Gobierno en funciones es, sin duda, una cuestión de indudable relevancia constitucional, que cobra mayor relieve en los casos de la singularidad institucional creada por el tiempo de interinidad transcurrido, como el ocurrido en España o el todavía más prolongado de Bélgica desde enero de 2010 a diciembre de 2011. Sin embargo, desde el primer momento, el Gobierno, a través de la Secretaría de Estado de Relaciones con las Cortes, manifestó su oposición a ser objeto de control por parte de las Cortes en este período de interinidad. La argumentación empleada para rechazar la dación de cuentas a la institución legislativa se centró en la imposibilidad de hacerlo dado que su legitimidad democrática era tributaria de una mayoría parlamentaria distinta de la surgida tras las elecciones del 20 de diciembre de 2015. Además de ello, el Gobierno invocó las previsiones del art. 21 de la Ley 50/1997, respecto a las atribuciones del gobierno en funciones, que se reducen en lo esencial al despacho ordinario de los asuntos; añadiendo, finalmente, que las decisiones que pudiese tomar en casos de urgencia o razones de interés general, al tratarse de un control de legalidad, su acreditación solo podía ser valorada por los Tribunales (Decisión comunicada por un oficio de la Presidencia del Gobierno de 10 de marzo de 2016; véase *El País* de 11 de marzo de 2016).

Con posterioridad el Gobierno modularía la rigidez de su planteamiento para algunos casos concretos; por ejemplo, al objeto de dar cuenta de su posición en la cumbre europea de Bruselas sobre el *Brexit* y sobre los acuerdos con Turquía referentes a la cuestión de los refugiados. No obstante, esta transigencia gubernamental fue coyuntural y a pesar de las peticiones formuladas por los diversos grupos parlamentarios con representación en el Congreso para que, entre otros, los Ministros de Defensa, Interior, Trabajo y Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente comparecie-

sen para informar sobre su gestión, el Gobierno se atuvo al criterio descrito para impedir la comparecencia de los titulares de estos Ministerios.

Otra de las atribuciones que corresponden al Gobierno en funciones tiene que ver con el principio de lealtad institucional: los miembros del Gobierno cesante, además de hacer frente al despacho ordinario de los asuntos públicos, han de facilitar el desarrollo del futuro Gobierno a través, sobre todo, del deber de informar y poner al corriente a los sustitutos en las diferentes carteras ministeriales de todos los asuntos que conciernen al área que asumen (art. 21.3 LG). Pues bien, facilitar el proceso para la formación de un nuevo Gobierno y asegurar el traspaso de poderes es una función absolutamente plausible y propia de una cultura institucional democrática y respetuosa con el valor del pluralismo político. Razón por la cual dicho traspaso no puede limitarse a un versallesco intercambio físico de carteras ante los medios de comunicación, sino que ha de traducirse en la aportación de una información detallada del estado de los dosieres de cada departamento ministerial. El Gobierno saliente, coincida o no con la tendencia política del entrante, ha de permitir en todo caso que la sucesión en la responsabilidad política del aparato administrativo que da apoyo al Ejecutivo se realice con la debida lealtad institucional.

El Gobierno cesante inicia su actividad desde el momento en que formalmente se certifica su cese y se mantiene en funciones hasta que no haya tomado posesión el nuevo Gobierno. De acuerdo con la interpretación de los arts. 99 y 100 CE, la práctica constitucional sobre este aspecto pone de relieve que la toma de posesión del Gobierno como órgano colegiado no se produce en un acto único formalizado como tal, sino de forma escalonada, esto es, primero lo hace el Presidente del Gobierno y después (de forma no inmediata) lo hacen los Ministros, con lo cual, en el ínterin entre una y otra toma de posesión, si bien hay un nuevo Presidente, todavía no existe nuevo

Gobierno. Razón por la cual cabe concluir que hasta que el Gobierno no haya tomado posesión, el Gobierno cesante sigue en funciones.

2. Los límites del Gobierno en funciones

El Gobierno que ha cesado y que espera ser suplido por un nuevo sigue ejerciendo el poder ejecutivo pero de forma disminuida. La limitación de las potestades gubernamentales se deriva de la Constitución, de la ley y también de las convenciones o prácticas constitucionales tendentes a impedir que, más allá de la gestión de los asuntos urgentes y el despacho de los ordinarios que admiten espera, la acción de un Gobierno en funciones pueda condicionar la capacidad de decisión del entrante. Aunque en el contexto de las convenciones constitucionales y la deferencia institucional, no es del todo equiparable —por ejemplo— la posición que pueda tener un Gobierno cesante después de la celebración de las elecciones, en las que el partido que lo apoya haya visto aumentado el apoyo a su opción política, de la que presenta otro Gobierno que haya perdido una cuestión de confianza. El margen para ejercer sus potestades en relación a los asuntos urgentes y de despacho ordinario seguramente será distinto, pero siempre con el límite implícito de que no podrá ir más allá porque **el Gobierno en funciones carece del presupuesto básico de la legitimidad parlamentaria** propio de la forma de gobierno del art. 1.3 CE.

De acuerdo con la CE cabe deducir que el Gobierno en funciones no puede ni disolver las Cámaras (art. 115 CE) ni tampoco plantear la cuestión de confianza (art. 112 CE) (LÓPEZ GUERRA, 2001, 207). Por lo que concierne a las previsiones legales, el art. 21 de la LG establece un mandato general dirigido al Gobierno cesante de deferencia institucional hacia el nuevo Ejecutivo que habrá de constituirse, que consiste en: facilitar el normal desarrollo del proceso de formación y el traspaso de po-

deres al nuevo Gobierno; limitar su gestión al despacho ordinario de los asuntos públicos y no adoptar otro tipos de medidas, salvo que sean requeridas, ya sea por razones de urgencia debidamente acreditada o por razones de interés general cuya acreditación expresa así lo justifique.

3. Otros límites a las atribuciones constitucionales del Gobierno cesante

— *Decretos-leyes (art. 86 CE)*. La situación de interinidad que afecta al Gobierno en funciones no es un impedimento para que el Ejecutivo pueda aprobar decretos-leyes. El presupuesto de hecho habilitante fundamentado en la *extraordinaria y urgente necesidad* que legitima la validez constitucional de la aplicación de esta fuente del Derecho, constituye un límite jurídico del que el Gobierno no puede hacer abstracción (SSTC 23/1993, de 21 de enero, FJ 4; 182/1997, de 28 de octubre, FJ 3). Al tratarse de una norma con rango de ley, la fiscalización de su cumplimiento corresponde al Tribunal Constitucional, cuya jurisprudencia ha mantenido, no obstante, un criterio flexible en favor del juicio meramente político de los órganos a los que incumbe la dirección política del Estado cuando proceda evaluar la existencia de aquel presupuesto.

— *Decretos-legislativos (art. 82 CE)*. La LG establece en su art. 21.6 que *las delegaciones legislativas otorgadas por las Cortes Generales quedarán en suspenso durante todo el tiempo que el Gobierno esté en funciones como consecuencia de la celebración de elecciones generales*. Individualmente considerada, esta previsión de la LG se inscribe en la lógica de la forma de gobierno parlamentario: la legitimidad política de las nuevas Cortes Generales no se corresponde con la del Gobierno, que procede de la investidura otorgada por una mayoría parlamentaria anterior y que ha caducado tras las elecciones. Por tanto, la delegación legislativa que en su momento recibió de las Cortes anteriores y que ha

decaído deberá, en su caso, ser reiterada, modificada o rechazada por las nuevas Cortes. Como acotación adicional, y como apunta SATRÚSTEGUI (1988, 366), no resulta fácil entender que dicha suspensión de la delegación legislativa haya sido descartada en los otros supuestos de cese del Gobierno previstos en el art.101.1 CE.

— *Iniciativa legislativa (art. 87.1 CE)*. Las mismas razones que le impiden ser destinatario de una delegación legislativa resultan también válidas para que el Gobierno, estando en funciones, pueda ejercer la iniciativa legislativa a través de la presentación de proyectos de ley a las Cortes, como en coherencia prescribe el art. 21.5.b) LG. Cosa distinta es que en los casos de extraordinaria y urgente necesidad, debidamente acreditada, apruebe decretos-leyes (art. 86 CE). Por ejemplo, este fue el caso del *Real Decreto-ley 2/2016, de 30 de setiembre, por el que se introducen medidas tributarias dirigidas a la reducción del déficit público*, relativo al cumplimiento de los objetivos comunitarios a nivel presupuestario, y en particular entre ellos la reducción del déficit público. En este caso, el Gobierno justificó su adopción como consecuencia de la adopción de un instrumento jurídico de obligada observancia para España, como es la *Decisión (UE) 2016/1222 del Consejo, de 12 de julio, por la que se establece que España no ha tomado medidas eficaces para seguir la Recomendación de 21 de junio de 2013 del Consejo*. Mediante este RDL y con efectos para los periodos impositivos que se iniciaron a partir de 1 de enero de 2016, se añade una disposición adicional en la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, que contiene modificaciones en el régimen legal de los pagos fraccionados.

Esta imposibilidad que concierne al Gobierno no se ha de trasladar automáticamente también a las Cortes. En efecto, el Congreso y el Senado pueden ejercer la iniciativa legislativa a través de la presentación de proposiciones de ley, si bien el Gobierno dispone del freno que supone el art. 134.6 CE que le habilita

para, en su caso, oponerse a su tramitación si la iniciativa supone un aumento de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios. Y no solo este freno, sino también el que se deduce del respeto al principio de estabilidad presupuestaria (art. 135 CE), que es la otra cara de la moneda. Claro es, no obstante, que en una situación de crisis política prolongada, el Gobierno en funciones no puede hacer un uso indiscriminado y sin acreditar la necesidad de estos frenos, para impedir que prospere cualquier iniciativa legislativa de los grupos parlamentarios.

Por otra parte, también es coherente con la norma constitucional que tal como también prescribe el art 21.5.a) LG, el Gobierno en funciones no pueda aprobar el proyecto de ley de Presupuestos Generales del Estado. Puesto que, de ser así, se estaría condicionando de forma absoluta la capacidad de decisión política del futuro Gobierno. Cuestión distinta y, siempre en función de las circunstancias de hecho que concurran durante el período de interregno, el Gobierno en funciones pueda llevar a cabo los trabajos preparatorios para una eventual y futura aprobación, si intuye que pueda llegar a obtener la investidura parlamentaria.

— *Requerimiento al Tribunal Constitucional sobre la celebración de un Tratado internacional (art. 95.2 CE)*. En la hipótesis de que el período de Gobierno en funciones se prolongase, no ha de haber obstáculo para que si con ocasión de la celebración de un tratado internacional, este pudiese contener estipulaciones contrarias a la Constitución, el Gobierno requiera al Tribunal Constitucional para que se pronuncie sobre la existencia o no de esta contradicción. Con esta iniciativa, el Gobierno no estaría haciendo otra cosa que cumplir con un deber constitucional, que en todo caso dejaría en manos del próximo Ejecutivo la labor de gestionar institucionalmente las consecuencias de la *Declaración* del Tribunal.

— *Atribuciones del Gobierno en sus relaciones con las Cortes (arts. 112 y 115 CE) y la*

convocatoria de referéndum consultivo (art. 92 CE). Ya se ha expuesto anteriormente que si bien el control parlamentario (sobre todo, el deber de informar o responder a las preguntas, etc.) sobre el Gobierno en funciones no puede desaparecer en una situación de crisis política; por el contrario, carece de sentido constitucional que el Gobierno en funciones pueda ser sometido al control político del Congreso a través de la moción de censura (art. 113 CE).

— *Declaración de estados excepcionales (art. 116 CE)*. El hilo conductor de los tres supuestos de estados excepcionales previstos por la CE (alarma, excepción y sitio) es la concurrencia de circunstancias de hecho que, por razón de la gravedad que presenta la lesión de bienes jurídicos de interés general (por ejemplo, la seguridad y sanidad pública, los servicios públicos, el abastecimiento de la población, la garantía de los derechos fundamentales y libertades públicas, el funcionamiento normal de las instituciones, la soberanía e integridad territorial del Estado, etc.) pueden requerir una respuesta urgente de los poderes públicos que no admite aplazamientos, si no es a riesgo de que la gravedad se acreciente y sus efectos puedan resultar irreversibles.

La capacidad de decisión del Gobierno es plena en el caso del estado de alarma, pues la intervención del Congreso lo será para autorizar una eventual prórroga al cabo de 15 días (art. 116.2 CE); por el contrario, en el estado de excepción la autorización para que sea declarado por el Gobierno corresponde al Congreso (art. 116.3 CE) y en el caso del estado de sitio la declaración corresponde directamente al Congreso a propuesta del Gobierno (art. 116.4 CE).

De darse las circunstancias que exigen la declaración de alguno de los estados excepcionales durante el período de un gobierno en funciones, parece evidente que el Gobierno ha de afrontar la situación ejerciendo las atribuciones que le otorga el art. 97 CE, con los

controles previstos constitucionalmente para estos casos por el propio art. 116.5 CE. Ello significa que de encontrarse «disuelto el Congreso o expirado su mandato [...] las competencias del Congreso serán asumidas por la Diputación Permanente». Asimismo, la declaración de cualquiera de los estados excepcionales «[...] no modificarán el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes reconocidos en la Constitución y en las leyes» (art. 116.6 CE).

— *Propuesta de nombramientos de cargos institucionales.* Como criterio general, en este ámbito de la gestión de los asuntos públicos, el comportamiento del Gobierno en funciones ha de estar presidido por un alto nivel de contención, precisamente para evitar situaciones que condicionen, comprometan o supongan un impedimento para quien le sustituya. Por ejemplo, de disponer por turno rotatorio de la capacidad de proponer a dos magistrados del Tribunal Constitucional (art. 159.1 CE), parece también evidente que debería abstenerse de hacerlo, no solo para que no se produzca una situación de impedimento del futuro Gobierno, sino también por respeto al principio de lealtad institucional. El mismo criterio es predicable en relación con la propuesta de nombramiento de Fiscal General del Estado, salvo en los casos de dimisión o fallecimiento del titular del cargo (art. 124.4 CE).

Cuestión distinta han de ser los cambios sobreenvidados durante la crisis política y que el Gobierno en funciones se vea obligado a realizar en el aparato administrativo que le da apoyo, en un marco de una relación de jerarquía. Por el contrario, no ha de ser así, y el Gobierno ha de abstenerse, por ejemplo, respecto de los cargos dirigentes de los entes que funcionan como Administraciones independientes o de los organismos públicos dotados de autonomía orgánica y funcional previstos en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, y cuyo mandato no siempre está vinculado al del Gobierno. En estos supuestos, la auto-

contención del Gobierno ha de ser la regla de comportamiento.

— *Postulación procesal del Gobierno.* Los plazos procesales ante la jurisdicción ordinaria o la constitucional no admiten demora. Por tanto, entre lo que deba entenderse por el despacho ordinario de los asuntos públicos, debe ser incluida la legitimación activa del Gobierno, a través de los servicios jurídicos que presta la Abogacía del Estado, para personarse en los procedimientos en defensa de la validez constitucional o legal de los actos y disposiciones que crea que las vulneran.

4. El Gobierno en funciones y las obligaciones internacionales del Estado, en especial con la UE

El Estado es sujeto de Derecho internacional y el hecho de que el Gobierno, fruto de crisis políticas más o menos prolongadas, se encuentre en funciones no afecta a las instituciones internacionales de las que forma parte. En especial, respecto de la Unión Europea, cuyos órganos de decisión, como es lógico, no pueden vivir al albur de los avatares y la diversidad de episodios de crisis institucionales que puedan sucederse en la vida política e institucional de cualquiera de los actuales 28 Estados miembros. Valga la expresión coloquial, la vida sigue tanto en las organizaciones internacionales como en la UE, que no se detienen por ello. La gran diferencia, sin embargo, entre las primeras y esta última es que el proceso de integración del Derecho europeo en los ordenamientos de los Estados miembros hace que su ejecución en cada Estado no pueda ni deba padecer muchas alteraciones por causa de eventuales crisis políticas de sus miembros integrantes.

La internacionalización del sistema económico y la potestad de codecisión que en el ámbito de las instituciones comunitarias dispone España, como cualquier otro Estado miembro, hacen que la posición constitucional del Gobierno en funciones deba ser matizada res-

pecto a la cláusula que la LG introdujo en su art. 21.3, concretada en un concepto indeterminado como es el *despacho ordinario de los asuntos públicos* [...]. Una cláusula, por cierto, que no resulta precisamente extraña a las soluciones que ofrece el Derecho comparado en las formas de gobierno parlamentario de Estados que también forman parte de la UE, como se ha tenido oportunidad de examinar *supra*. Y que, como tal, no puede ser desnaturalizada por el hecho de la pertenencia a una organización internacional. Por el contrario, y a fin de adaptarse a esta realidad supraestatal, se trataría de incluir en el ámbito de los casos de urgencia o de concurrencia de razones de interés general aquellos supuestos que derivan de la capacidad de codecisión de España en el seno de las instituciones de la UE y que por su propia naturaleza la respuesta no pueda ser demorada.

En su condición de Estado miembro, España ha atribuido poderes soberanos a la UE con fundamento constitucional en el art. 93 CE. En su Declaración 1/1992, el Tribunal Constitucional interpretó este precepto constitucional y vinculó expresamente las competencias derivadas del texto constitucional, con las atribución de poderes soberanos (SARMIENTO, 2016, 105) que comportan [...] *una limitación o constricción, a ciertos efectos, de atribuciones y competencias de los poderes públicos españoles (limitación de derechos soberanos, en expresión del Tribunal de Justicia de las Comunidades, caso Costa/Enel, Sentencia de 15 de julio de 1964)*.

De acuerdo con ello, España ejerce toda una serie de competencias compartidas con la UE (art. 4.2 TFUE) en los ámbitos materiales más diversos. El Consejo —en el que se encuentra siempre una representación del Gobierno español con rango ministerial (art. 16.2 TUE)— como órgano colegiado de la UE ejerce —entre otros— poderes legislativos y presupuestarios.

Y en ese contexto institucional europeo, el hecho de que el representante del Gobierno español lo sea de un Ejecutivo que está en funciones no altera la posición del Gobierno como representante del Estado español en aquella institución.

Por tanto, una vía para que la crisis política que genera un gobierno en funciones durante un prolongado espacio de tiempo no neutralice la participación del Gobierno en las instituciones de la UE habría de permitir la inclusión de la aplicación del Derecho europeo a la excepción al deber del Gobierno de [...] *limitar su gestión al despacho ordinario de los asuntos públicos* [...], consistentes en actuar más allá de este límite en los [...] *casos de urgencia debidamente acreditados o por razones de interés general cuya acreditación expresa así lo justifique* [...]. Esto es, en asuntos de codecisión con la UE, en los que por su propia naturaleza la demora tenga efectos contrastadamente contraproducentes para los intereses generales en España, que el Gobierno en *prorrogatio* pueda actuar con los poderes que le atribuye el art. 97 CE.

Ahora bien, siempre y cuando el Ejecutivo no actúe unilateralmente. En este sentido, y reteniendo la experiencia de otros países del entorno, la actividad gubernamental ante las instituciones de la UE en esas circunstancias excepcionales ha de venir siempre precedida de la oportuna consulta al conjunto de fuerzas políticas representadas en el arco parlamentario, a fin de reforzar el consenso político y la cohesión social, que es una norma de comportamiento indispensable para la garantía de los intereses generales (SALERNO, 2008, 4) a los que se refiere el art. 21.2 LG. Por tanto, y como no podía ser de forma distinta, el control parlamentario del Gobierno en funciones es ineludible. Gobierno y Cortes Generales no pueden ser dos compartimentos estancos (CARRILLO, 2017, 146-153).

BIBLIOGRAFÍA

- AA. VV., «Encuesta sobre el Gobierno en Funciones», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 40, 2.º trimestre, 2017, UNED, Madrid, págs. 11-76.
- ALONSO DE ANTONIO, J. A. y ALONSO DE ANTONIO, A. L., *Introducción al Derecho Parlamentario*, Dykinson, 2002.
- ARANDA ÁLVAREZ, E. (Coord.), *Lecciones constitucionales de 314 días con el gobierno en funciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- CARRILLO, M., «Las atribuciones del Gobierno en funciones», *REDC*, núm. 109, 2017, CEPC, Madrid, págs. 121-154.
- GONZÁLEZ ALONSO, A., «El Gobierno en funciones», en ARAGÓN REYES, M. y GÓMEZ MONTORO, A. (Coords.), *El Gobierno. Problemas constitucionales*, CEPC, Madrid 2005, págs. 513 y ss.
- LÓPEZ GUERRA, L., «Gobierno en funciones», en ARAGÓN REYES, M. (Coord.), *Temas básicos de Derecho Constitucional. Organización del Estado*, Tomo II, Civitas, Madrid, 2001, págs. 206 y ss.
- REVENGA SÁNCHEZ, M., *La formación del Gobierno en la Constitución española de 1978*, CEC, Madrid, 1988.
- SALERNO, G. M., «Sui poteri del Governo dimissionario e delle camere in regime di prorogatio», *Federalismi.it.*, núm. 5, 2008.
- SARMIENTO, D., *El Derecho de la Unión Europea*, Marcial Pons, Madrid, 2016.
- SATRÚSTEGUI, M., «Artículo 101. El cese del Gobierno y el Gobierno cesante», en ALZAGA VILLAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tomo VIII (arts. 97 a 112), Cortes Generales-Edersa, Madrid, 1998, págs. 145 y ss.

Artículo 102

1. *La responsabilidad criminal del Presidente y los demás miembros del Gobierno será exigible, en su caso, ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.*

2. *Si la acusación fuere por traición o por cualquier delito contra la seguridad del Estado en el ejercicio de sus funciones, sólo podrá ser planteada por iniciativa de la cuarta parte de los miembros del Congreso, y con la aprobación de la mayoría absoluta del mismo.*

3. *La prerrogativa real de gracia no será aplicable a ninguno de los supuestos del presente artículo.*

Sumario: I. Introducción. II. Ámbito subjetivo de aplicación del artículo 102 CE. III. Aforamiento de los miembros del gobierno. IV. Iniciativa acusatoria del Congreso de los diputados. 1. Planteamiento. 2. Naturaleza jurídica de la iniciativa acusatoria del Congreso. 3. Delimitación material de los delitos a los que se refiere el precepto. 4. Ámbito temporal de la condición de procedibilidad. 5. Tramitación de la iniciativa acusatoria por el Congreso. V. Interferencias entre el artículo 102 de la Constitución y la inmunidad parlamentaria. VI. Prohibición de ejercicio de la prerrogativa de gracia.

MIGUEL ÁNGEL MONTAÑÉS PARDO
DE LA CARRERA FISCAL
LETRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. INTRODUCCIÓN

La responsabilidad penal es la más antigua de las que afectan a los miembros del Gobierno, hasta el punto de que su responsabilidad política nace históricamente sobre la base de aquélla. En el derecho constitucional histórico y comparado pueden distinguirse distintos sistemas para exigir responsabilidad criminal a los miembros del Gobierno. Así, el **sistema legislativo**, cuyo origen se encuentra en el proceso de *impeachment* propio del derecho anglosajón, con reparto en algunos casos de las tareas de acusación y enjuiciamiento en los regímenes de bicameralismo (Constituciones de 1837, 1845, 1869 y 1876); el **sistema**

judicial puro, en el que los órganos jurisdiccionales ordinarios asumen el enjuiciamiento de estas conductas; y el **sistema judicial especial**, caracterizado por atribuir a un Tribunal no perteneciente a la jurisdicción ordinaria la competencia para hacer efectiva la responsabilidad criminal de los miembros del Gobierno (el Tribunal de Garantías Constitucionales en la Constitución de 1931).

El sistema que establece el art. 102 CE encaja en el sistema judicial puro con dos notas originales: el fuero especial ante el Tribunal Supremo de los miembros del Gobierno para todos los delitos; y la reserva a favor del Congreso de los Diputados de la

iniciativa para acusar por los delitos de traición o contra la seguridad del Estado, cometidos en el ejercicio del cargo.

Sobre este punto, el ATS de 9 de marzo de 1998, razona que «dentro de los avatares históricos que han seguido las Constituciones y leyes españolas para la exigencia de responsabilidades penales a los miembros del Gobierno, atribuyéndolas primero a las Cámaras Legislativas según el modelo anglosajón del *impeachment* (sistema legislativo) y más recientemente a órganos específicamente jurisdiccionales (sistema judicial), la Constitución de 1978, frente a los modelos anteriores, se caracteriza por no establecer, fuera del aforamiento ya referido a favor de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, ningún requisito procesal adicional en cuanto a la generalidad de las infracciones criminales que pudieran atribuirse al Presidente del Gobierno o a alguno de sus Ministros, pues sólo se aplica el especial sistema del art. 102.2 en los casos de traición y cualquier otro delito contra la seguridad del Estado» (FJ 1.º).

La regulación contenida en la Constitución plantea numerosos interrogantes de orden constitucional, penal y procesal, que pasamos a comentar en los apartados siguientes, previa advertencia de que sobre estas cuestiones, como es lógico por lo demás, apenas existe jurisprudencia. En concreto, no existe jurisprudencia del TC, salvo alguna referencia indirecta, y es muy escasa la de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

II. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 102 CE

El art. 102 CE se refiere al Presidente y los demás miembros del Gobierno, por lo que debe precisarse quiénes son las personas afectadas por la regulación, en concreto quiénes son «los demás miembros del Gobierno».

El art. 98.1 de la Constitución no despeja las dudas, pues al especificar la composición del

Gobierno dispone que se compone «del Presidente, de los Vicepresidentes en su caso, de los Ministros y de los demás miembros que establezca la Ley». Tampoco el art. 57 LOPJ especifica quiénes son los miembros del Gobierno sobre los que la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo conoce de la instrucción y enjuiciamiento de sus causas.

La Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, concreta la composición del Gobierno y niega la condición de miembro del Gobierno a los cargos por debajo de Ministro, al disponer el art. 1.1 que el Gobierno se compone «del Presidente, del Vicepresidente o Vicepresidentes, en su caso, y de los Ministros».

Este criterio restrictivo es el que mantiene la actual jurisprudencia del Tribunal Supremo. En efecto, aunque una primera jurisprudencia estimó que debían reputarse miembros del Gobierno los titulares de los órganos superiores de los departamentos ministeriales, entre ellos los Ministros, Secretarios de Estado, Subsecretarios y Secretarios Generales con rango de Subsecretario (AATS de 21 de marzo, 25 y 27 de octubre de 1984), posteriormente se impuso una interpretación más restrictiva, que niega la condición de miembro del Gobierno a los cargos por debajo de Ministro. Como se razona en el ATS de 25 de enero de 1995, el concepto de Gobierno es coincidente con la idea, generalmente admitida en la doctrina, de conjunto de los Ministros de un Estado.

III. AFORAMIENTO DE LOS MIEMBROS DEL GOBIERNO

El apartado 1 del art. 102 CE introduce una regla especial de **competencia objetiva *ratione personae***, disponiendo que la responsabilidad criminal de los miembros del Gobierno será exigible, en su caso, ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. El aforamiento de los miembros del Gobierno también está previsto en el art. 57.2 LOPJ, que lo incluye dentro de una larga lista de personas

y causas que, a diferencia de los miembros del Gobierno, no gozan de la misma cobertura constitucional.

El aforamiento se fundamenta en el cargo de las personas enjuiciadas y está previsto para cualquier tipo de delito imputado a los miembros del Gobierno, ya se trate de delitos cometidos en el ejercicio de las funciones o de cualquier otro, incluso los cometidos con anterioridad a formar parte del Gobierno. Según el ATC 353/1988, de 16 de marzo, la figura del aforamiento, entre ellos el del Presidente del Gobierno y los Ministros, responde «a la valoración y a la consideración de la especificidad de la función que ejercen, que concierne, de modo relevante, al interés público, justificativo de normas singulares determinativas de la competencia para el conocimiento de las causas penales que a ellos afecten» (FJ 4.º).

La intervención del Tribunal Supremo en este tipo de procesos no debe verse como un privilegio del Gobierno, sino como una solución de carácter funcional, que atribuye la competencia a la más alta instancia del poder judicial por la trascendencia del asunto, así como para reducir el riesgo de interferencias o presiones sobre el órgano juzgador.

Por lo que se refiere al **ámbito temporal del aforamiento**, el precepto nada dice y por ello surge la duda de si el cese en el cargo conlleva la desaparición del fuero. Aunque no existe jurisprudencia al respecto, puede entenderse aplicable la fijada para otro tipo de aforamiento, en concreto el de los Diputados y Senadores del art. 71.3 CE. En este punto, cabe recordar que, tras algunas dudas iniciales, **es doctrina de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que el cese en el cargo comporta automáticamente el cese del aforamiento**. Este criterio jurisprudencial ha sido fijado en el Acuerdo del Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 23 de abril de 1993, y posteriormente materializado numerosas resoluciones, en el sentido de que el fuero especial de la competencia objetiva opera para todos los delitos pero sólo

subsiste mientras se tenga la condición de aforado.

También puede traerse a colación la doctrina del TC sobre la *perpetuatio iurisdictionis* del fuero de los Diputados y Senadores, según la cual «esta prerrogativa ha de ser objeto de una interpretación estricta en atención al interés que preserva, interés que decae cuando se pierde la condición de parlamentario y no cabe temer que el Juzgador se sienta cohibido por el peso institucional de la representación popular o abrumado por la trascendencia de su decisión en la composición de la Cámara» (STC 22/1997, de 11 de febrero, FJ 8.º).

En consecuencia, parece indudable que el fuero procesal sólo se tiene mientras se ostenta el cargo y que, como regla general, salvo lo que luego se dirá respecto del apartado 2 del art. 102 CE, **el cese en el cargo comporta automáticamente el cese del aforamiento**, incluso en las causas en tramitación.

IV. INICIATIVA ACUSATORIA DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

1. Planteamiento

El apartado 2 del art 102 CE regula la exigencia de responsabilidad penal de los miembros del Gobierno para los delitos de traición o cualquier otro delito contra la seguridad del Estado cometidos en el ejercicio de sus funciones. El precepto enlaza con la tradición europea-continental de tratamiento diferenciado de los llamados «delitos ministeriales», es decir, de los delitos específicamente cometidos en el ejercicio de las funciones gubernativas y ministeriales, y otorga al Congreso de los Diputados el monopolio para acusar por estos delitos.

La asignación de la iniciativa acusatoria al Congreso halla su fundamento en la indiscutible naturaleza política de los delitos imputados, al tratarse de actos cometidos en el ejer-

cicio propio de las funciones del cargo, al tiempo que se protege a los miembros del Gobierno frente a posibles querellas infundadas formuladas por particulares.

La competencia es exclusiva del Congreso, sin intervención alguna del Senado (en el proceso constituyente se rechazaron las enmiendas que así lo proponían), lo que puede ocasionar algunos problemas de aplicación cuando los miembros del Gobierno acusados tengan la condición de senador.

2. Naturaleza jurídica de la iniciativa acusatoria del Congreso

Existe cierta controversia doctrinal sobre la naturaleza jurídica de previsión del apartado 2 del 102.2 CE. En concreto, se discute si regula una condición de procedibilidad, de tal forma que, una vez cumplida, quedaría expedita la vía para nuevas acusaciones, del Ministerio Fiscal, del ofendido e incluso de cualquier ciudadano que ejercite la acción popular, o si, por el contrario restringe la legitimación procesal activa al Congreso de los Diputados, de modo que el Congreso sería el único titular de la acción procesal, excluyendo cualquier otro tipo de acusación, hasta el punto de que el ejercicio de la acción penal correspondería a una delegación o comisión nombrada por el propio Congreso.

A nuestro entender, **el apartado 2 del art. 102 CE establece una genuina condición de procedibilidad**, de tal forma que, a falta de la iniciativa del Congreso, está constitucionalmente prohibido acusar a un miembro del Gobierno de los hechos delictivos a los que se refiere el precepto. En realidad, lo que corresponde en exclusiva a la Cámara no es ejercer la acusación, sino tan sólo tomar la iniciativa de acusar, sin necesidad de que el Congreso apruebe un acta de acusación y se persone para sostenerla ante la Sala de lo Penal del TS. Tampoco se trata de que el Congreso deba dar una autorización al Juez de Instrucción o al Ministerio Fiscal. Se trata de una **reserva**

de iniciativa en virtud de la cual la decisión de acusar debe partir del Congreso, aunque una vez tomada la acusación queda abierta al Ministerio Fiscal y, en su caso, a las acusaciones particulares y populares.

Así lo ha entendido, en todo caso, la jurisprudencia del Tribunal Supremo. El ATS de 19 de marzo de 1998 razona expresamente que se trata de «un requisito de procedibilidad, a tramitar en el Congreso de los Diputados injertado en un sistema de exigencia judicial de responsabilidad criminal de las máximas autoridades del Poder Ejecutivo (el Presidente y demás miembros del Gobierno) por determinados delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, cuyo conocimiento se encuentra especialmente atribuido a esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo» (FJ 1.º). De otra parte, a juicio del TS, este requisito de procedibilidad «tiene carácter objetivo, en el sentido de que su falta puede ser denunciada no sólo por el propio interesado, sino también por cualquiera de las partes constituidas como tales en el procedimiento, e incluso de oficio por cualquier órgano judicial que por su cargo pudiera tener conocimiento de algunos de estos hechos, el cual habría de comunicarlo a esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo para resolver lo que al respecto fuera procedente» (FJ 1.º).

Esta reserva de iniciativa supone, en primer lugar, que queda vedado el ejercicio, público o privado, de la acción penal con anterioridad a la iniciativa parlamentaria. Pero una vez adoptada la iniciativa acusatoria por el Congreso, queda expedita la acusación del Ministerio fiscal y, en su caso, el ejercicio de la acción popular (art. 125 CE), ya que no hay razón alguna para excluir a los particulares de la posibilidad de constituirse en acusación.

En segundo lugar, la reserva de iniciativa comprende la prohibición de efectuar cualquier actuación procesal contra un miembro del Gobierno sin la previa autorización del Congreso. El art. 102.2 CE no exige la mera autorización para proceder, sino una reserva de iniciativa para la acusación que prohíbe

efectuar, sin la previa iniciativa del Congreso, cualquier actuación procesal contra un miembro del Gobierno por delitos de traición o contra la seguridad del Estado. No se trata, por tanto, de que los órganos judiciales tengan que pedir autorización al Congreso para proceder contra los miembros del Gobierno por estos delitos, sino de que no pueden tramitar proceso alguno sin la previa aprobación de la iniciativa acusatoria por el Congreso. En consecuencia, las denuncias, imputaciones o acusaciones contra los miembros del Gobierno por este tipo de delitos no pueden tramitarse si antes el Congreso no toma la iniciativa de acusar.

En tercer lugar, el apartado 2 del art. 102 CE limita la acusación en juicio, que no podrá exceder de la imputación aprobada por el Congreso de los Diputados. Desde el momento en que la decisión del Congreso es libre y responde a criterios de oportunidad política, no hay razón alguna para sostener que deba referirse sólo a los hechos y no pueda imponer también ciertos límites a la calificación jurídica de los mismos. El Congreso, por tanto, está facultado para otorgar la procedibilidad sólo por algunos de los delitos imputables a un miembro del Gobierno.

3. Delimitación material de los delitos a los que se refiere el precepto

El apartado 2 del art. 102 hace una enumeración relativamente restrictiva de los supuestos en los que es exigible la iniciativa acusatoria del Congreso, pues la limita a la acusación por traición o por cualquier delito contra la seguridad del Estado en el ejercicio de sus funciones.

La primera exigencia alude a la necesidad de la tipificación penal de los hechos imputados por imperativo del principio de legalidad penal *ex* art. 25 CE. Pero la tipificación penal es requisito imprescindible pero no suficiente para la aplicabilidad de la iniciativa acusatoria del Congreso, que no puede predicarse,

sin más, de todos los delitos que el legislador tipifique bajo la rúbrica de «delitos contra la seguridad del Estado», pues ello sería tanto como dejar en manos del legislador la aplicabilidad del precepto constitucional.

En este sentido, **la remisión que el art. 102.2 CE hace a las citadas categorías de delitos es de naturaleza material**, y lo decisivo es el contenido del concreto delictivo y no el dato sistemático formal de que figure bajo el epígrafe de delitos contra la seguridad del Estado, siendo además indiferente que se hallen regulados en el Código Penal o en la legislación especial. Es preciso, por tanto, hacer una interpretación constitucional de la legalidad penal y no una interpretación legal de la Constitución, para evitar que la fijación del alcance de los conceptos más o menos indeterminados que el art. 102.2 CE utiliza haya de realizarse acudiendo a la regulación penal ordinaria.

Como criterio general, el núcleo de los bienes o valores protegidos por los tipos delictivos en cuestión coinciden con la idea común de traición y de seguridad del Estado, que abarca, de un lado, la defensa frente a amenazas exteriores a la integridad territorial y la independencia de España, y, de otro, la salvaguarda del orden constitucional en el interior. Fuera de estos supuestos debería operar una especie de inversión de la carga de la prueba, tendente a demostrar, en cada caso, que la imputación presenta aspectos relevantes desde el punto de vista de los intereses vitales del Estado.

Este es el criterio seguido por **la jurisprudencia del Tribunal Supremo**. En el ATS de 9 de marzo de 1998, el Tribunal Supremo aborda la cuestión de qué debe entenderse por delito contra la seguridad del Estado y rechaza acudir a un criterio formalista para determinar el alcance y contenido del art. 102.2 CE. En síntesis, el TS razona, de una parte, que sería absurdo exigir la iniciativa acusatoria del Congreso para delitos tales como la tenencia ilícita de armas, atentados, desaca-

tos, desórdenes públicos, determinados delitos de funcionarios contra los derechos de las personas, etc., por el mero hecho de que estuvieran incluidos en el título referido a los delitos contra la seguridad del Estado del Código Penal de 1973; de otra parte, que los cambios sistemáticos adoptados en el Código Penal de 1995 ponen de relieve que los Títulos XXI a XXIV del Libro II del código ahora vigente han abandonado las referencias que el código anterior hacía a la seguridad del Estado.

Por ello, **el Tribunal Supremo aplica un criterio de carácter material**, partiendo de la referencia expresa que se hace al delito de traición, «cuyo concepto y contenido es lo suficientemente concreto y conocido con independencia de los diferentes Códigos Penales españoles que han venido tipificando como tal infracción diversas conductas, siempre con relación a ciertos comportamientos extremadamente graves que podrían poner en peligro incluso la subsistencia misma del Estado en relación a actuaciones bélicas con ejércitos extranjeros. Se trata del delito más grave de aquellos que pueden atentar contra la seguridad del Estado [...] tal referencia expresa a la traición nos obliga a considerar sólo incluidos en este art. 102.2 aquellos hechos que, aun sin contenido bélico y sin la cualificación extrema de los calificables como delito de traición, supongan un peligro grave contra el Estado por medio de un delito grave de contenido político, que son los únicos que pueden justificar la intervención del Congreso de los Diputados como requisito de procedibilidad, como pueden ser aquellos que atentan contra las altas instituciones u órganos del sistema político español o contra las personas que los encarnan, entre otros, los que comprometen la paz o independencia del Estado, algunos de los relativos a la defensa nacional o de los que atentan contra la Comunidad Internacional, los de rebelión, sedición o contra la Corona u otras instituciones del Estado, incluso los de pertenencia o dirección de banda armada [...] pero siempre teniendo en cuenta la gravedad y el carácter político

del hecho por sus circunstancias específicas» (ATS de 19 de marzo de 1998, FJ 1.º).

4. **Ámbito temporal de la condición de procedibilidad**

Mientras que el aforamiento de los miembros del Gobierno previsto en el apartado 1 del art. 102 CE sólo se tiene mientras se ostenta el cargo, de modo que el cese en el cargo comporta automáticamente el cese del aforamiento, incluso aunque se trate de causas en tramitación, es controvertido el ámbito temporal de aplicación del apartado 2 del art. 102 CE.

La primera duda surge sobre la aplicabilidad de la condición de procedibilidad cuando la acusación se plantea después del cese en el cargo. La respuesta ha de ser afirmativa, pues la idea misma de tratamiento diferenciado de los denominados «delitos ministeriales» no está encaminada a la protección del cargo en cuanto tal, sino a la específica salvaguarda del ejercicio de las funciones gubernativas y ministeriales. De lo contrario, bastaría con retrasar la acusación al momento del cese en el cargo para inaplicar las garantías del art. 102.2 CE. En consecuencia, **las previsiones del art. 102.2 CE deben proyectarse también para los acusados que hayan dejado de ser miembros del Gobierno.**

Una segunda cuestión, relacionada con la anterior, es si para los antiguos miembros del Gobierno acusados de traición o por delitos contra la seguridad del Estado en el ejercicio de sus funciones también rige el aforamiento ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, previsto con carácter general en el apartado 1 del art. 102 CE. Pues bien, si en estos casos es exigible la iniciativa acusatoria del Congreso de los Diputados, las mismas razones conducen a la **aplicabilidad del aforamiento**, que además actuaría como instrumento para la salvaguarda de la independencia institucional del Gobierno, preservando un determinado entendimiento del equilibrio entre los poderes del Estado.

5. Tramitación de la iniciativa acusatoria por el Congreso

El Reglamento del Congreso de los Diputados, de 10 de febrero de 1982, regula la tramitación de la acusación a miembros del Gobierno por delitos de traición o contra la seguridad del Estado en el Título VIII (Del otorgamiento de autorizaciones y otros actos del Congreso con eficacia jurídica directa), en concreto en el art. 169, que integra el Capítulo V del referido Título.

La regulación reglamentaria dispone, en primer lugar, que una vez formulada por escrito y firmada por un número de Diputados no inferior a la cuarta parte de los miembros del Congreso la iniciativa a la que se refiere el art. 102.2 CE, el Presidente convocará una sesión secreta del Pleno de la Cámara para su debate y votación.

En segundo lugar, por lo que se refiere al debate, ordena que se ajustará a las normas previstas para los de la totalidad, y que, durante el mismo, el afectado por la iniciativa podrá hacer uso de la palabra en cualquier momento. En consecuencia, de conformidad con lo dispuesto en el art. 74 del mismo Reglamento, podrán producirse un turno a favor u otro en contra de quince minutos, más las intervenciones de los grupos parlamentarios por diez minutos cada uno. La votación se hará por el procedimiento previsto en el número 2.º del apartado 1 del art. 87 del Reglamento (procedimiento secreto y mediante papeletas) y se anunciará con antelación por la Presidencia la hora en que se llevará a cabo.

Por último, si la iniciativa de acusación fuera aprobada por la mayoría absoluta de los miembros de la Cámara, el Presidente del Congreso lo comunicará al del Tribunal Supremo, a efectos de lo dispuesto en el art. 102.1 CE. En caso contrario, se entenderá rechazada la iniciativa.

La regulación reglamentaria únicamente contempla la tramitación de oficio por el Congre-

so de los Diputados de la iniciativa para acusar a los miembros del Gobierno por los delitos de traición o contra la seguridad del Estado, hasta el punto de que el apartado 2 del art. 169 del Reglamento dispone únicamente que se comunique al Presidente del Tribunal Supremo la iniciativa acusatoria aprobada, no la rechazada. Ello es lógico si se tiene en cuenta que el art. 102.2 CE no regula una autorización para proceder, sino una auténtica reserva de iniciativa para la acusación, que juega como condición de procedibilidad y conlleva la prohibición de efectuar, sin la previa autorización del Congreso, cualquier actuación procesal contra un miembro del Gobierno por delitos de traición o contra la seguridad del Estado, de tal forma que si no se aprueba la correspondiente iniciativa acusatoria tampoco puede haber proceso penal.

Parece improbable, por ello, que el Tribunal Supremo —o cualquier otro órgano judicial— pueda remitir al Congreso de los Diputados algún tipo de denuncia o *notitia criminis* contra algún miembro del Gobierno por delitos de traición o contra la seguridad del Estado. Es preciso recordar, en este punto, que la Sala de lo Penal del TS, en los pocos casos en los que se ha pronunciado sobre querellas formuladas por particulares contra miembros del Gobierno por los delitos a los que se refiere el art. 102.2 CE, siempre ha rechazado de plano la tramitación «por carecer los querellantes de acción que les legitime para deducir la pretensión contenida en la querella» (ATS de 26 de marzo de 2001, FJ 1.º).

No obstante, para el caso de recibirse en el Congreso algún tipo de denuncia, cualquiera que sea su origen, el procedimiento del art. 169 del Reglamento del Congreso sólo se pondría en marcha si por los Diputados se formula la iniciativa, sin que sea exigible ninguna otra tramitación, pues, de lo contrario, la reserva de iniciativa del art. 102.2 CE se convertiría en una autorización para proceder, similar al suplicatorio, y se estaría desvirtuando así la previsión constitucional.

Finalmente, en otro orden de cosas, aunque la decisión del Congreso de los Diputados podría ser recurrida en amparo ante el Tribunal Constitucional (art. 42 LOTC), no le correspondería al TC revisar o sustituir la valoración política que corresponde realizar exclusivamente a la Cámara, que cuenta en estos casos con un margen de apreciación mucho más amplio que en el caso de los suplicatorios.

V. INTERFERENCIAS ENTRE EL ARTÍCULO 102 DE LA CONSTITUCIÓN Y LA INMUNIDAD PARLAMENTARIA

La Constitución no exige que el Presidente ni los demás miembros del Gobierno sean Diputados o Senadores, aunque debido a la lógica política y parlamentaria es frecuente que así ocurra. En estos casos, se plantea la duda de cómo articular las previsiones del art. 102 CE, relativas a la exigencia de la responsabilidad penal de los miembros del Gobierno, con la inmunidad parlamentaria de los Diputados y Senadores del art. 71 CE.

Mientras que el aforamiento no plantea problema alguno, dado que el art. 71.3 CE establece el aforamiento de los Diputados y Senadores ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en términos idénticos a los empleados por el art. 102.1 CE para los miembros del Gobierno, sí plantean serios problemas de interpretación y aplicación otras de las previsiones constitucionales. En primer lugar, el art. 71.2 CE exige la autorización de la Cámara correspondiente para la detención y procesamiento de los Diputados y Senadores, cualquiera que sea el delito imputado, mientras que el art. 102.1 CE no lo establece para los miembros del Gobierno. En segundo lugar, el art. 102.2 CE establece una reserva de iniciativa del Congreso de los Diputados para acusar a los miembros del Gobierno por delitos de traición o contra la seguridad del Estado cometidos en el ejercicio de sus funciones, reserva de iniciativa que, como antes se expuso, es distinta de la autorización para proceder

del art. 71.2 CE. Por último, el caso más grave de colisión puede producirse cuando entren en juego las previsiones del art. 102.2 CE respecto de un miembro del Gobierno que sea Senador, sobre todo teniendo en cuenta que la iniciativa de la acusación corresponde en exclusiva al Congreso, sin intervención alguna del Senado.

Cuando los miembros del Gobierno a quienes se les pida responsabilidad penal ostenten también la condición de Diputado o Senador, los afectados disfrutan de los privilegios parlamentarios, incluida la inmunidad, pues no hay razón alguna para ser privado de ésta por la sola circunstancia de ser, o haber sido, miembro del Gobierno. Aquí no cabe razonar en términos de *lex specialis*, sino simplemente de un régimen jurídico distinto. Procede, por tanto, la acumulación de garantías, por más que ello suponga una diferencia de trato entre los miembros del Gobierno, según tengan o no la condición de parlamentarios.

En relación con los miembros del Gobierno acusados de traición o de otro delito contra la seguridad del Estado en los que además concurra la condición de Diputado, el solapamiento entre la inmunidad parlamentaria de los Diputados y la reserva de iniciativa del Congreso es más aparente que real. Si bien es cierto que el suplicatorio y la iniciativa acusatoria tienen fundamento y momentos procesales diferentes, y que por ello sería posible la doble intervención del Congreso, primero en la iniciativa acusatoria del art. 102 CE y después en el suplicatorio *ex* art. 71 CE, parece correcto entender, como regla general, que la iniciativa acusatoria del art. 102.2 CE absorbe la autorización del art. 71.2 CE, pues no resulta razonable exigir que el Congreso se pronuncie dos veces sobre el mismo hecho, teniendo en cuenta que se trata de la misma Cámara y, sobre todo, que su intervención en el art. 102.2 CE no consiste en autorizar o denegar la autorización para proceder, sino que debe actuar por propia iniciativa mediante una mayoría cualificada claramente superior a la exigida por el art. 71.2 CE.

Por el contrario, se plantea un grave problema de interferencia cuando el miembro del Gobierno acusado de traición o delitos contra la seguridad del Estado tenga la condición de Senador, pues en principio la iniciativa del art. 102.2 CE no absorbe la exigencia del suplicatorio. Teniendo en cuenta la distinta naturaleza de una y otra institución, podría admitirse que primero se pronunciara el Congreso de los Diputados, aprobando la iniciativa acusatoria, y después el Senado para pronunciarse sobre la concesión del suplicatorio a petición del Tribunal Supremo. Sin embargo, la respuesta más convincente es considerar el art. 102.2 CE como *lex specialis* respecto del art. 71.2 CE, por establecer una genuina reserva de iniciativa para la persecución de los miembros del Gobierno por los delitos de traición o contra la seguridad del Estado cometidos en el ejercicio de su cargo. Es cierto que esto representa una quiebra del principio de bicameralismo, pero se trata de una excepción impuesta por la propia Constitución, pues el art. 102.2 atribuye al Congreso de los Diputados el monopolio de la iniciativa acusatoria y no es lógico considerar que el Senado pudiera neutralizar la acusación aprobada por el Congreso.

No obstante lo anterior, será preciso solicitar al Congreso o al Senado, según los casos, el correspondiente suplicatorio antes de proceder por los delitos conexos a los de traición o contra la seguridad del Estado no comprendidos en la iniciativa acusatoria del Congreso, cuando se pretenda su enjuiciamiento en la misma causa penal por razón precisamente de su conexión.

VI. PROHIBICIÓN DE EJERCICIO DE LA PRERROGATIVA DE GRACIA

El apartado 3 del art. 102 CE excluye de la prerrogativa de gracia a las personas condenadas en los supuestos previstos en los dos apartados anteriores. La razón de esta prohibición, ajena a casi toda la tradición europea-continental y a la propia historia constitu-

cional española, hay que enmarcarla dentro de la dimensión política de la responsabilidad penal de los miembros del Gobierno, y su fundamento aparente es la de privar de los beneficios de la prerrogativa de gracia a quienes ya hayan gozado efectivamente de las ventajas del régimen especial previsto en los apartados 1 y 2 del art. 102 CE. Se pretende evitar, de este modo, el privilegio —o la impresión de privilegio— que puede producir la concesión de una medida de gracia si se tiene en cuenta que los indultos, actos formales del Rey según el art. 62 apartado i) de la Constitución, se tramitan y decretan en realidad por el propio Gobierno, según los arts. 19 y ss. de la ley de 18 de junio de 1870, reformada por la Ley 1/1988, de 14 de enero.

La prohibición de ejercicio de las prerrogativas de gracia está justificada en los supuestos a los que se refiere el apartado 2 del art. 102, pues es razonable que quien, tras la iniciativa del Congreso, haya sido condenado por hechos políticamente tan graves no pueda luego ser indultado. En estos casos, además, sería una especie de desafío institucional que un condenado tras haber sido acusado por una mayoría tan cualificada del Congreso de los Diputados pudiera ser luego exonerado de la responsabilidad penal por decisión del Gobierno.

En cambio, en relación con los supuestos regulados en el apartado 1 del art. 102, la prohibición de ejercicio de la prerrogativa de gracia parece excesiva, sobre todo teniendo en cuenta que el aforamiento se tiene por razón del cargo y comprende toda clase de delitos, tanto los cometidos en el ejercicio del cargo como cualquier otro, incluso los cometidos antes de ser miembro del Gobierno. El resultado puede ser paradójico y un tanto arbitrario, pues cabrá o no la posibilidad del indulto en función del tiempo en que se resolvió el proceso penal, de tal forma que no podrían ser indultados los miembros del Gobierno condenados por delitos cometidos antes de ocupar el cargo mientras que sí podrían serlo los antiguos miembros del Gobierno juzgados

y condenados después de haber cesado en el cargo, incluso por delitos cometidos en el ejercicio del cargo.

Por último, también parece excesiva la generalidad de la prohibición pues puede haber casos en los que, por el paso del tiempo u

otras circunstancias, fuera aconsejable disponer alguna medida de gracia, sin merma de los principios de justicia. Por ello, tal vez hubiera sido preferible establecer un modelo similar al de la Constitución española de 1869 y permitir el indulto cuando fuera propuesto por el propio Congreso de los Diputados.

BIBLIOGRAFÍA

DÍEZ-PICAZO, L. M., *La responsabilidad penal de los miembros del Gobierno*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996.

GARCÍA MAHAMUT, R., *La responsabilidad penal de los miembros del Gobierno en la Constitución*, Tecnos, Madrid, 2000.

GÓMEZ ASPE, S., «La responsabilidad penal de los miembros del Gobierno y la exigencia del suplicatorio», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 105, 1999, págs. 335 a 354.

GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, E., *La responsabilidad penal del Gobierno*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

OBREGÓN GARCÍA, A., *La responsabilidad penal de los miembros del Gobierno, análisis del art. 102 de la Constitución española*, Civitas, Madrid, 1996.

RODRÍGUEZ MOURULLO, G., «Criterios para la exigencia de responsabilidad criminal al Presidente y demás miembros del Gobierno», en Ó. ALZAGA VILLAAMIL, *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, vol. VIII, Edersa, Madrid, 1998.

SANTAOLALLA LÓPEZ, F., «Comentario al art. 102 de la Constitución», en F. GARRIDO FALLA, *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1985.

ACTUALIZACIÓN DEL ARTÍCULO 102

Sumario: I. Introducción. II. El derecho fundamental al recurso en el orden penal y su exclusión en el caso de los aforados. III. El derecho fundamental al recurso en el orden penal y su exclusión en el caso de los no aforados, enjuiciados ante el Tribunal Supremo por conexidad. IV. La respuesta de la jurisprudencia constitucional.

CÁNDIDO CONDE-PUMPIDO TOURÓN

MAGISTRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
EXFISCAL GENERAL DEL ESTADO

I. INTRODUCCIÓN

Dado el lamentable fallecimiento del autor del trabajo inicial, se mantiene el comentario hecho en su día, que conserva todo su valor y vigencia, con las actualizaciones que se indican seguidamente.

El precepto tiene tres apartados. El primero se refiere al aforamiento del Presidente y los demás miembros del Gobierno ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. La cuestión del aforamiento ha adquirido en estos últimos años un carácter polémico, y la inexistencia de una regulación adecuada de esta clase de procesos ha dado lugar a diversas resoluciones y comentarios a los que estimamos conveniente referirnos.

Sin embargo, respecto de los otros dos apartados del precepto (acusación por traición y exclusión de la prerrogativa real de gracia) no se han producido novedades relevantes, por lo que concretaremos nuestro comentario a una cuestión relevante que afecta al apartado primero.

II. EL DERECHO FUNDAMENTAL AL RECURSO EN EL ORDEN PENAL Y SU EXCLUSIÓN EN EL CASO DE LOS AFORADOS

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, ratificado por Espa-

ña en abril de 1977, dispone en su art. 14.5 que toda persona declarada culpable de un delito tiene derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior conforme a lo prescrito en la ley.

En las causas en única instancia ante el TS, órgano último de la jurisdicción ordinaria, no se contempla esta posibilidad de revisión, y no es posible constitucionalmente otorgar la competencia para un eventual recurso a otra Sala especial del TS, distinta de la Sala Penal que enjuicia en primera instancia, ya que es la propia Constitución la que encomienda la función de exigir la responsabilidad penal del Presidente y otros miembros del Gobierno exclusivamente a la Sala Penal, por lo que ha de entenderse que esta competencia debe ejercerse por dicha Sala en todas las instancias y grados.

En cambio, sería posible una reforma legislativa que previese un recurso interno de casación contra la sentencia dictada en primera instancia por la Sala Penal del TS, y que fuese resuelto por una Sala de configuración especial, constituida dentro de la propia Sala Penal del TS con una composición más numerosa, que se haría cargo del recurso sin intervención de los Magistrados que ya han juzgado en primera instancia, todo ello previa ampliación de la planta del conjunto de la Sala. De alguna forma esto es lo que ya se ha

realizado mediante la creación, por vía de reorganización interna aprobada por la Sala de Gobierno del TS, de una Sala especial de recursos contra las resoluciones del Instructor en los procedimientos de aforados, con el fin de garantizar el principio de imparcialidad evitando que los mismos Magistrados que han resuelto los recursos interpuestos contra las resoluciones del Instructor intervengan después en el enjuiciamiento, y que se cuestione su imparcialidad por los pronunciamientos realizados durante la instrucción al resolver los recursos (Acuerdo de 23 de noviembre de 2017, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre composición y funcionamiento de las Salas y Secciones y asignación de ponencias que deben turnar los Magistrados en 2018; *BOE* de 11 de diciembre de 2017).

Sin embargo, esa reforma legislativa no ha tenido lugar, pese a que las últimas modificaciones de la LECrim. (LO 13/2015 y L 41/2015) han prestado especial atención a la garantía del principio de doble instancia, realizando las reformas procedentes, que únicamente han excluido a los aforados. Las modificaciones se han orientado hacia la introducción del recurso de apelación frente a las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en primera instancia, que se sustanciará ante la Sala de lo Civil y lo Penal del TSJ correspondiente, y la incorporación de un nuevo recurso de apelación frente a las sentencias pronunciadas por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que será conocido por un nueva Sala de Apelación (art 846 ter LECrim.), en este mismo órgano jurisdiccional.

Ante este conflicto ya el TC en su temprana STC 51/1985, de 10 de abril, manifestó que la necesidad de que en las causas contra los miembros del Gobierno sea competente la Sala de lo Penal del TS está impuesta por el art. 102.1 CE y que determinadas personas gozan en atención a su cargo de una especial protección que contrarresta la imposibilidad

de acudir a una instancia superior, pudiendo afirmarse que esas particulares garantías que acompañan a los miembros del Gobierno (y a Senadores y Diputados) disculpan la falta de un segundo grado jurisdiccional, por ellas mismas y porque el órgano encargado de conocer en las causas en que puedan hallarse implicados es el superior en la vía judicial ordinaria.

A su vez el Protocolo núm. 7 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, (Convenio núm. 117 del Consejo de Europa), hecho en Estrasburgo el 22 de noviembre de 1984, y ratificado por España (*BOE* de 15 de octubre de 2009), confirma el criterio de la doctrina constitucional al establecer en el art. 21 que el derecho de toda persona declarada culpable de una infracción penal a que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por un órgano jurisdiccional superior podrá ser objeto de excepciones cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto órgano jurisdiccional, que es lo que sucede en el ordenamiento español en los supuestos de aforados.

III. EL DERECHO FUNDAMENTAL AL RECURSO EN EL ORDEN PENAL Y SU EXCLUSIÓN EN EL CASO DE LOS NO AFORADOS, ENJUICIADOS ANTE EL TRIBUNAL SUPREMO POR CONEXIDAD

Ordinariamente, la apreciación de conexidad en una causa en la que concurre un individuo aforado supone que se otorgue carácter preferente al Tribunal que conozca de la causa contra el aforado frente al órgano que debiera conocer contra los restantes acusados. Este planteamiento es acogido reiteradamente por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, por ejemplo en AATS de 6 de octubre de 1994 y 22 de diciembre del mismo año. «Cuando, de acuerdo con las reglas que respecto de la conexión establece la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su art. 17 y con-

cordantes, sea absolutamente inseparable el comportamiento indiciariamente delictivo del aforado y del no aforado, es obvio que esta exigencia de inescindibilidad del enjuiciamiento habrá de primar sobre cualquier otra consideración, y este deberá realizarse conjuntamente por el Tribunal que haya de conocer del comportamiento indiciariamente delictivo del aforado».

En la práctica la existencia de conexidad cuando uno de los enjuiciados tiene la condición de aforado supone que cualquier otro investigado, aunque no ostente dicha condición, se vea también afectado por la imposibilidad de recurrir el fallo condenatorio, como consecuencia de haber sido enjuiciado por el TS. La propia Sala de lo Penal del TS en sus AATS de 29 de junio de 2006 y 21 de mayo de 2012, pone de relieve el problema que se plantea respecto del derecho al juez predeterminado por la ley debido a que el Tribunal Supremo no es el órgano predeterminado por ley para conocer de las causas contra no aforados, arrastrados al proceso por la conexidad.

La solución que se ofrece jurisprudencialmente para este problema es la interpretación restrictiva de los supuestos de aforamiento por conexidad. Así la STS de 18 de julio de 1995, establece que «el que determinadas personas estén sometidas a un estatus especial por el cargo que desempeñan, desde el punto de vista de su enjuiciamiento, no debe, en principio, arrastrar una desviación de la competencia ordinaria de los que no tienen tal estatus, salvo cuando ello sea indispensable».

IV. LA RESPUESTA DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

La STC 51/1985, de 10 de abril, que resuelve el recurso de amparo interpuesto por un Senador (Castells Arteché) que interesaba que se le proporcionase acceso a un recurso conforme a lo dispuesto en el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,

razona que lo dispuesto en el Pacto no es bastante para crear recursos inexistentes, estimando que esta limitación está justificada porque «el solicitante de amparo ha utilizado el fuero privilegiado, que como Senador le correspondía, y ha sido juzgado por el Tribunal más alto de la Nación, que es el dato que impide la revisión de su sentencia». Estas circunstancias «disculpan la falta de un segundo grado jurisdiccional, por ellas mismas y porque el órgano encargado de conocer en las causas en que puedan hallarse implicados es el superior en la vía judicial ordinaria».

La STC 64/2001, de 17 de marzo (caso *Marey*), se refiere a un acusado que reclama el derecho a un recurso de revisión de su condena porque, no siendo aforado, fue enjuiciado por el TS, por conexidad, al ostentar otro de los imputados en la causa la condición de aforado. El TC desestima el recurso de amparo planteado, pero considera que cuando se trata de restringir el derecho de una persona no aforada, debe efectuarse una ponderación específica, tanto por el Legislador como por los órganos jurisdiccionales penales, atendiendo a los diferentes derechos e intereses en juego. Esta STC cuenta con un voto particular que formula el Magistrado Vives Antón, quien considera que «debiera haberse estimado el amparo al menos respecto al reconocimiento del derecho a la doble instancia».

Estos criterios constitucionales han sido duramente criticados por algunos sectores doctrinales [SAIZ ARNAIZ, A., «El derecho fundamental al recurso en el orden penal y la interpretación del art. 24.1 CE de conformidad con el Derecho internacional y europeo de derechos humanos (especial referencia a la situación de los aforados y a los supuestos de conexidad: un ejemplo de desafortunada jurisprudencia constitucional)», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 5, enero-marzo de 2003], que consideran que las soluciones jurisprudenciales acogidas no respetan suficientemente el derecho a la doble instancia, y sería necesaria una reforma legislativa, en la forma ya expuesta.

BIBLIOGRAFÍA

MUÑOZ CUESTA, F J., «Aforamiento: *perpetuatio iurisdictionis* cuando se pierde la condición de aforado antes del juicio oral y la imposibilidad de recurso para los que son juzgados por el TS», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, 2015 (Estudios).

SAIZ ARNAIZ, A., «El derecho fundamental al recurso en el orden penal y la interpretación del art. 24.1 CE de conformidad con el Derecho internacional y europeo de derechos humanos (especial referencia a la situación de los aforados y a los supuestos de conexidad: un ejemplo de desafortunada jurisprudencia constitucional)», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 5, enero-marzo de 2003.

URBANO CASTRILLO, E., «Aforados», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, junio 2014.

Artículo 103

1. La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.

2. Los órganos de la Administración del Estado son creados, regidos y coordinados de acuerdo con la ley.

3. La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones.

Sumario: I. La concepción constitucional de la Administración Pública. 1. La Administración Pública como institución al servicio de los intereses generales. 2. La diferencia entre Gobierno y Administración. II. Principios esenciales de actuación y organización administrativa. 1. El principio de eficacia. 2. El principio de jerarquía. 3. El principio de descentralización. 4. El principio de desconcentración. 5. El principio de coordinación. III. En particular, el sometimiento pleno de la Administración a la ley y al Derecho. IV. La organización de la Administración del Estado. V. Bases constitucionales del régimen jurídico de los funcionarios públicos. 1. La garantía de la función pública profesional. 2. La preferencia del régimen estatutario para los empleados públicos. 3. La reserva de ley en la materia. 4. Los principios de mérito y capacidad en el acceso a la función pública. 5. Las peculiaridades del ejercicio del derecho de sindicación. 6. El sistema de incompatibilidades y las garantías de imparcialidad.

MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN

CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO
UNIVERSIDAD DE ALCALÁ

I. LA CONCEPCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

1. La Administración Pública como institución al servicio objetivo de los intereses generales

La Constitución define con precisión lo que es la Administración Pública en el marco del Estado social y democrático de Derecho,

que establece en su art. 1.1. Según el art. 103.1, la Administración Pública «sirve con objetividad los intereses generales». Este precepto, por cierto, es aplicable a todas las Administraciones Públicas existentes en el país, esto es, a la Administración como género (STC 85/1983, de 25 de octubre). Y lo que quiere decir es que se trata de una institución, de una organización abocada a un fin, y que este fin, que fundamenta la existencia de

la Administración y que la legitima, es precisamente el servicio a los intereses generales. La Administración es una institución servicial o vicarial, tal como la ha definido también tradicionalmente nuestra doctrina jurídica, ya que no tiene, jurídicamente hablando, intereses propios.

El servicio a los intereses generales define la esencia de la Administración Pública y debe determinar totalmente su estructura y su actividad. Como organización la Administración debe articularse de la forma más adecuada para alcanzar su fin. Desde un punto de vista funcional no puede perseguir legítimamente intereses particulares o privados, sino solo los de carácter general. Con la peculiaridad de que esa función de servicio ha de realizarse con objetividad, es decir, sin acepción de personas ni interferencias partidistas, sin favoritismos ni discriminaciones.

Esta concepción de la Administración Pública tiene importantes consecuencias desde el punto de vista jurídico y organizativo. Por de pronto, la Administración es una organización profesionalizada. Su personal debe seleccionarse en virtud de estrictos criterios de mérito y capacidad, como establece el art. 103.3, que es el correlato evidente del principio de objetividad del ap. 1 del mismo artículo, pues los funcionarios no son de un partido determinado, sino de la Administración y su condición no depende de una elección política. Es más, la ley que regula su estatuto debe garantizar «la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones» (art. 103.3 CE). Lo cual no significa, obviamente, que cada funcionario o empleado público pueda actuar como mejor le parezca, ya que pertenece a una organización jerarquizada (art. 103.1 CE) y debe cumplir las órdenes de sus superiores. Pero en el ejercicio de sus tareas propias (por ejemplo, la emisión de informes, la adopción de decisiones jurídicas, su relación con los ciudadanos) ha de garantizarse su independencia de criterio y, en su caso, de decisión frente a la presión de intereses particulares, incluso los

del partido gobernante. La objetividad de la Administración, la imparcialidad del funcionario es, así, un límite al poder de los gobernantes electos y, por tanto, al poder de los partidos políticos. Pues la institucionalización de una organización administrativa semejante es una garantía esencial de la continuidad de los servicios públicos y de la igualdad de los ciudadanos ante la Administración.

Dicho lo cual, hay que añadir que no es la Administración, en tanto que complejo institucional, la que deduce por sí misma los intereses generales que debe servir. A lo sumo podrá contribuir a definir sus manifestaciones o exigencias en el caso concreto. Pero **los fines que ha de perseguir la Administración Pública la trascienden y deben ser determinados por los poderes constitucionales que tienen legitimidad democrática directa**, es decir, el carácter representativo de que la Administración carece. No puede ser de otra manera en un régimen democrático fundado en la soberanía popular (art. 1.2 CE).

El interés general, por lo demás, no es un concepto abstracto y distinto en esencia a la pluralidad de intereses sociales en presencia. **Los intereses generales** (mejor en plural, como la Constitución emplea la expresión) se diferencian por definición de los intereses particulares, pero no son sino intereses sociales o colectivos que el Estado asume como propios. En virtud de ello, los «publica», es decir, los convierte en objetivos y prioridades políticas, lo que le lleva a movilizar los recursos y poderes públicos necesarios para gestionarlos y defenderlos. Así entendidos, los intereses generales pueden abarcar muchas cosas, desde las más elementales y permanentes, como la defensa de la seguridad ciudadana, hasta otras más coyunturales o mudables. Son las normas jurídicas las que establecen los intereses generales a perseguir, los definen y, en su caso, otorgan preferencia a unos sobre otros, atribuyendo a la Administración las potestades que precisa

para servirlos. La propia Constitución, junto con los Estatutos de Autonomía (y también los Tratados de la Unión Europea) encomiendan una serie de tareas o funciones a los poderes públicos, determinando así, en sus aspectos esenciales, algunos intereses generales primarios. En el marco de la Constitución, de los Tratados y de los Estatutos, las leyes (y el Derecho europeo derivado) definen con mayor precisión o detalle los intereses generales a tutelar en cada momento y el alcance y los límites de los poderes que otorgan a la Administración Pública competente para cumplir su función.

2. La diferencia entre Gobierno y Administración

La capacidad de convertir en públicos determinados intereses sociales fijando las prioridades políticas corresponde también, de acuerdo con la Constitución, al Gobierno, en ejercicio de la función de dirección política y de la Administración y de la función ejecutiva y la potestad reglamentaria que le ha sido atribuida (art. 97 CE). Algo semejante establecen los Estatutos de Autonomía por lo que se refiere a los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas respectivamente, y los arts. 140 y 141, en cuanto aluden al «gobierno» de Municipios y Provincias. Todo esto es lo que expresa el art. 3.3 de la vigente Ley de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), cuando dispone que «bajo la dirección del Gobierno de la Nación, de los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas y de los correspondientes de las Entidades Locales, la actuación de la Administración Pública respectiva se desarrolla para alcanzar los objetivos que establecen las leyes y el resto del ordenamiento jurídico». Bien entendido que la determinación de los intereses generales no puede ser nunca contraria a Derecho y que no cabe jurídicamente disfrazar como tales meras preferencias personales o tratos de favor o desfavor que carezcan de toda justificación objetiva. Más allá de este límite negativo, que puede ser controlado por los Jueces y Tri-

bunales como expresión de arbitrariedad, la definición concreta de los intereses públicos a perseguir corresponde a los órganos dotados de representatividad política, directa o indirecta, que son políticamente responsables ante la ciudadanía.

Desde esta perspectiva conviene diferenciar entre Gobierno y Administración, tal como el Tribunal Constitucional ha declarado en repetidas ocasiones (SSTC 45/1990, 196/1990, 220/1991). El Gobierno recibe sus poderes del cuerpo electoral, a través de las Cámaras representativas y es, por ello, un órgano político. Lo mismo puede decirse del Gobierno de las Comunidades Autónomas, mientras que quienes constituyen los órganos de gobierno locales (el Alcalde y los Concejales, los Diputados Provinciales y su Presidente) son ellos mismos cargos electos. **La actuación de todos estos órganos gubernativos puede regirse lícitamente por concepciones ideológicas y de partido.** Esta es la regla básica del sistema democrático. Es más, en la democracia de partidos que conocemos, el Gobierno es el centro de la vida política, pues de él parten las iniciativas más importantes en política interior y exterior, incluida las iniciativas legislativas con mayores posibilidades de prosperar. Por eso el art. 87.1 CE le atribuye la iniciativa legislativa, aunque no en exclusiva. Asimismo, y según se deduce de la jurisprudencia constitucional, ciertas decisiones concretas de especial trascendencia están reservadas a la autoridad gubernativa precisamente y no pueden ser delegadas en órganos de la Administración, pues implican la asunción de una responsabilidad política. Así sucede, por ejemplo, con la determinación de los servicios mínimos en caso de huelga (SSTC 26/1981, 27/1989, 233/1997, 296/2006).

Dicho lo anterior, procede distinguir a efectos jurídicos los casos en que el Gobierno ejerce estrictamente su función de dirección política de aquellos otros en que ejercita la función ejecutiva y la de dirigir la Administración civil y militar o ejercer la potestad reglamentaria (art. 97 CE). En el ejercicio de todas estas úl-

timas funciones el Gobierno actúa como órgano supremo de la Administración y le corresponde por ello la adopción de una serie de decisiones administrativas de mayor importancia. Su actuación como tal está regida plenamente por la ley y el Derecho, como la de cualquier otro órgano de la Administración que dirige, de conformidad con lo dispuesto en el art. 103.1 CE. Lo mismo puede decirse también de los Gobiernos autonómicos. Mientras que los gobiernos locales, aunque también tienen una dimensión política como se ha dicho, ejercen funciones que, cuando son de decisión (declaraciones políticas y relaciones institucionales aparte), están todas ellas regidas por el Derecho administrativo, pues es más difícil distinguir en este nivel entre dirección política y administrativa en sentido estricto.

Claro es que, incluso cuando no ejerce actividades materialmente administrativas —por ejemplo, cuando su Presidente acuerda disolver las Cámaras y convocar elecciones, cuando define su posición en el seno del Consejo de Ministros de la Unión Europea, cuando envía un proyecto de ley a las Cámaras o cuando elige a los Magistrados del Tribunal Constitucional—, el Gobierno está sometido a Derecho y así lo recuerda hoy el art. 29.1 de la Ley del Gobierno. En todo caso está vinculado por la Constitución y por las leyes, además de por los principios generales del Derecho. Lo que sucede es que no está sujeto a normas (y procedimientos) de Derecho administrativo. En estos casos y otros similares los actos del Gobierno no son administrativos, sino de otra naturaleza. Tradicionalmente se consideraron en nuestro Derecho como «**actos políticos**» o «**actos de gobierno**», **exentos de control por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, aunque no por el Tribunal Constitucional**, de acuerdo con las Sentencias últimamente citadas. No obstante, hoy en día la LJCA [art. 2.a)] atribuye también a esa Jurisdicción «la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran

procedentes, todo ello en relación con los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, cualquiera que sea la naturaleza de dichos actos» (véanse al respecto las SSTs, Sala 3.^a, de 28 de junio de 1994, 4 de abril de 1997, 27 de enero de 2010 y 20 de noviembre de 2013, entre otras). Con esta última precisión la LJCA pretende referirse, huyendo de polémicas doctrinales, a aquellos que hemos llamado actos políticos o de gobierno. Pues es claro que respecto de los demás actos del Gobierno del Estado y de los Gobiernos autonómicos el control jurisdiccional contencioso-administrativo no se limita a los aspectos señalados, sino que es un control pleno.

En cualquier caso, lo que ahora importa destacar es que el Gobierno, órgano que tiene una legitimidad democrática propia, es al mismo tiempo cabeza de la Administración, a la que transmite el impulso y la orientación política que en cada caso han preferido los electores. La Administración Pública, por su parte, cumple las directrices e instrucciones del Gobierno correspondiente, con el que todos los empleados públicos tienen un deber de obediencia y de fidelidad institucional. De ahí deriva su propia legitimidad en el Estado democrático. Pero importa subrayar que **la subordinación de las Administraciones Públicas a los órganos de gobierno tiene sus límites**, ya que no significa que estos puedan disponer del aparato administrativo a su arbitrio ni que la Administración sea patrimonio (y menos aún botín) del Gobierno y de los partidos políticos que lo sostienen. La función de dirección administrativa de los Gobiernos ha de respetar la legalidad y la objetividad o imparcialidad de la acción administrativa, que son características institucionales de esta última. Ningún gobernante puede ordenar a un funcionario infringir las leyes ni obligarle a actuar en infracción de su deber de imparcialidad, de manera que cualquier desviación partidista de la organización administrativa hacia fines particulares es ilícita, pues que la Administración sea dirigida por el Gobierno y deba apoyar su gestión no quiere decir que esté «al

servicio» del Gobierno, ya que está solo al servicio de los ciudadanos o de los intereses generales, como se ha dicho. El sometimiento de la Administración a orientaciones políticas se ciñe a los objetivos y directrices que, de manera transparente y sujeta al control político, señala el Gobierno. En todo lo demás la política de partido debe quedar al margen de la Administración, que solo puede regirse por criterios de legalidad y eficacia, como se deduce del propio art. 103.1 CE.

II. PRINCIPIOS ESENCIALES DE ACTUACIÓN Y ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

En ese mismo apartado inicial, el art. 103 CE enumera un conjunto de principios esenciales de la actuación (e implícitamente de la organización) administrativa. Debe aclararse, no obstante, que no son solo esos los principios constitucionales que rigen la acción de las Administraciones Públicas. Estas quedan sometidas a otros muchos enunciados a lo largo del texto de la Constitución, como por ejemplo los de seguridad jurídica, responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3), el de igualdad (art. 14) o los de participación y transparencia, que derivan (entre otros) de los arts. 9.2 y 105. Pero, dada la estructura de este comentario, no es el momento de analizarlos, sino que hemos de ceñirnos a comentar brevemente los principios específicamente enunciados en el art. 103.1.

1. El principio de eficacia

Para alcanzar su fin institucional, la Administración Pública debe actuar con eficacia. La eficacia administrativa requiere adecuar los medios a los fines y una permanente atención a las condiciones en que se desenvuelve la acción administrativa y la labor de sus agentes. En algunos casos de ello derivan o deberían derivar (aunque no siempre sucede) reformas normativas, ya sean del procedimiento de adopción de las decisiones para incrementar

la agilidad y la fiabilidad, del régimen jurídico de los funcionarios públicos para favorecer su capacidad, su responsabilidad y su productividad, de los compromisos de prestación de los servicios públicos (aprobando estándares y cartas de servicios, por ejemplo). Pero en realidad la eficacia administrativa depende sobre todo de los recursos disponibles, de la capacidad y dedicación de los dirigentes, de la buena organización interna.

Desde un punto de vista jurídico, que es el que aquí interesa, **el principio de eficacia justifica que se otorguen a las Administraciones Públicas los poderes y prerrogativas que le permiten cumplir ese fin:** la potestad de adoptar decisiones unilaterales de obligado cumplimiento, la de ejecutar forzosamente sus propios actos, las potestades expropiatoria, sancionadora, tributaria, etc. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha vinculado con el principio de eficacia del art. 103.1 CE tales poderes o prerrogativas y muy en particular la presunción de legalidad y la ejecutividad inmediata de que gozan los actos y decisiones administrativos, conforme a la ley (SSTC 22/1984, 115/1987, 238/1992, etc.). Aunque en ciertos casos ha considerado que tales prerrogativas, por afectar a derechos fundamentales, no pueden ejercerse sin un control judicial previo, como es el caso de la necesidad de autorización judicial para la entrada en domicilios por agentes de la Administración (SSTC 22/1984, 144/1987, 76/1992, 66/1999, 139/2004).

En todo caso, está claro que **el principio de eficacia administrativa no puede oponerse al principio de legalidad**, de manera que permita a las Administraciones Públicas incumplir los mandatos legales. Menos aún justifica la vulneración de los derechos subjetivos de los ciudadanos, empezando por los derechos fundamentales y libertades públicas. Y, si bien es cierto que en algunos casos la eficacia de la Administración puede imponer algunos límites al ejercicio de derechos fundamentales, como sucede, por ejemplo, en relación con la «garantía de indemnidad» de los representantes sindica-

les, tales límites se vienen interpretando por el Tribunal de manera muy estricta y restrictiva (a veces, incluso, en términos sorprendentes), según se deduce de las SSTC 70/2000, 265/2000, 79/2004, 336/2005, 168/2006, 257/2007, 178/2008, 100/2014, 148/2015, entre otras. En todo caso, dichos límites deben aplicarse a la luz del principio de proporcionalidad (STC 14/2003, de 28 de enero).

De otra parte, el principio de eficacia comporta obligaciones para la Administración Pública, que **no puede incurrir en inactividad** en sus relaciones con los ciudadanos (SSTC 294/1994, 228/2006). Muy en concreto, la Administración tiene el deber de resolver en plazo los procedimientos administrativos y del incumplimiento de dicha obligación deriva, en última instancia, que no pueda prevalerse del silencio negativo para limitar el plazo o las posibilidades de recurso judicial de los afectados (SSTC 194/2000, 220/2002, 188/2003, 39/2006, 111/2006, 321/2006, 40/2007, 239/2007, etc.).

2. El principio de jerarquía

Este principio, **el más tradicional de los elementos de cohesión interna** de la Administración, ha sido recogido también por el art. 103.1 CE. Aplicable en el ámbito interno de cada Administración, nunca en las relaciones entre Administraciones dotadas de autonomía recíproca, consiste en ordenar los órganos con competencias sobre una misma materia conforme a una estructura piramidal en la que la subordinación de los órganos inferiores a los superiores es estricta. Pero tanto por causa de la descentralización funcional como por la introducción de las técnicas organizativas de la nueva gestión pública, que valoran en mayor medida el trabajo en equipo y la corresponsabilidad en los resultados, la rígida jerarquización de la estructura administrativa se ha reducido en muchos sectores de la acción administrativa (no así en otros).

Como es tradicional, la posición de supremacía jerárquica confiere al superior un

conjunto de facultades que le permiten determinar la conducta del inferior hasta donde lo estime conveniente, en el marco de las leyes. Algunas son facultades de carácter organizativo: creación y conformación de los órganos inferiores; nombramiento de sus titulares (lo que no significa, por regla general, libre designación de los mismos, pues hay que proveer los cargos y puestos de trabajo entre los empleados públicos según criterios de mérito y capacidad y por procedimientos en concurrencia, salvo excepciones, conforme al art. 103.3 CE); asignación y reparto de funciones; delegación, avocación y suplencia, resolución de conflictos de atribuciones. Otras facultades inherentes a la jerarquía son de orden funcional. El superior puede dirigir la actividad del inferior mediante planes o programas, directrices, circulares y, como señala el art. 6.1 LRJSP, mediante «instrucciones y órdenes de servicio». Y puede también ejercer una potestad de vigilancia y de control sobre el inferior, incluyendo el ejercicio de la potestad disciplinaria, en los términos que establecen las leyes. Correlativamente, los titulares de los órganos inferiores tienen un deber de obediencia que, sin embargo, decae cuando reciben órdenes manifiestamente ilegales o para realizar actuaciones constitutivas de delito o infracción administrativa (art. 54.3 TREBEP).

Bien entendido que cualquier orden o decisión jerárquica está sometida a los límites que derivan del ordenamiento jurídico, incluido el respeto de los derechos e intereses legítimos de los empleados públicos (por ejemplo, a un horario de trabajo, a la libertad de expresión, a la tutela judicial efectiva, etc.). En tal sentido, el Tribunal Constitucional ha declarado que el principio de jerarquía no puede alegarse para limitar el derecho de los funcionarios a la libertad de expresión, en los términos constitucionalmente admisibles (SSTC 202/2002, 101/2003, 272/2006), ni el derecho a la tutela judicial efectiva, ejerciendo la acusación particular frente a un superior (SSTC 179/2004 y 172/2006).

3. El principio de descentralización

La Administración Pública a que se refiere la Constitución es una organización plural. Este pluralismo administrativo es, ante todo, una consecuencia de la pluralidad de niveles territoriales de gobierno que la Constitución reconoce (art. 97 y Título VIII), ya que cada Gobierno —el estatal, los autonómicos, los locales— dirige su propia Administración, distinta de las demás. El pluralismo administrativo es, sin embargo, más amplio, pues por razones de diverso tipo se ha ido creando un conjunto muy heterogéneo de organismos y entes públicos de naturaleza administrativa que dependen de aquellas Administraciones territoriales —o se vinculan orgánicamente a las mismas—. La descentralización, así entendida, puede ser *territorial* o *funcional*. Pero una y otra tienen una naturaleza muy distinta.

La descentralización territorial tiene un significado político, tanto si conlleva el reconocimiento de una potestad legislativa autónoma (caso de las Comunidades Autónomas) como si no (caso de los gobiernos locales), pues da lugar a un reparto de poder político entre distintas instancias de gobierno, representativas todas ellas de la respectiva comunidad o colectividad territorial y elegidas por los ciudadanos. La descentralización territorial es una fórmula de «distribución vertical de poderes» (STC 4/1981). Pero también conlleva, como es lógico, la atribución a los entes descentralizados de la responsabilidad del ejercicio de actividades administrativas y de la prestación de servicios públicos. En consecuencia, tiene también una dimensión administrativa.

La descentralización funcional, por el contrario, tiene carácter exclusivamente administrativo o de gestión, pues consiste en atribuir a determinados entes u organismos públicos con personalidad jurídica propia la gestión de ciertos servicios o el ejercicio de actividades administrativas. En estos casos se excluyen las relaciones puramente jerárquicas entre el ente descentralizado y la

Administración de que depende. El margen de capacidad de decisión propia de aquel varía, ya que a través de este tipo de descentralización se pueden perseguir distintos objetivos. No es igual, por ejemplo, la autonomía de las Universidades, que tiene como fundamento garantizar la libertad de la docencia y de la creación científica y técnica (STC 26/1987), que la autonomía del Banco de España, que constituye una «autoridad independiente» de la Administración del Estado (en este caso por imperativo del Derecho comunitario europeo), o la de otros organismos públicos, agencias o entidades públicas de diverso tipo, que son meros entes instrumentales de gestión, directamente sometidos a la dirección política y al control del Ministerio o Consejería (o Concejalía) al que se adscriben.

El principio de descentralización a que se refiere expresamente el art. 103.1 hace referencia a ese pluralismo organizativo. Pero más que describir una situación, como principio jurídico, define una tendencia o directriz, aquella que consiste en atribuir mayores competencias (y recursos) a las Administraciones Públicas de ámbito territorial más reducido y también a entidades administrativas especializadas. Ahora bien, el principio en sí no determina de por sí el *quantum* de descentralización necesaria o deseable. En lo que se refiere a la descentralización territorial, el contenido y alcance de la descentralización depende de lo establecido en el Título VIII de la Constitución (y en los Estatutos de Autonomía y en las leyes que lo desarrollan), a cuyo sumario debemos remitirnos. Por lo que afecta a la descentralización funcional, sus modalidades y su extensión derivan de lo establecido en las leyes y reglamentos.

4. El principio de desconcentración

Distinto del de descentralización es el principio de *desconcentración*, al que también se refiere el art. 103.1 de la Constitución. Este principio **atañe a la organización y relaciones internas de una misma Adminis-**

tración. Tiene también un alcance relativo u orientativo y consiste en atribuir mayores competencias a los órganos o unidades inferiores y periféricos de una Administración, normalmente extensa (la del Estado y algunos de sus organismos y entes públicos, las de las Comunidades Autónomas y grandes ciudades), en descargo de los órganos superiores y centrales. El principio tiene numerosas manifestaciones en la legislación y en la práctica administrativa. La de más amplio alcance se encuentra en el art. 8.3 LRJSP, según el cual, «si alguna disposición atribuye competencia a una Administración sin especificar el órgano que debe ejercerla, se entenderá que la facultad de instruir y resolver los expedientes corresponde a los órganos inferiores competentes en razón de la materia y del territorio. Si existiera más de un órgano inferior competente por razón de la materia y el territorio, la facultad para instruir y resolver los expedientes corresponderá al superior jerárquico común de estos». En cualquier caso, y por su propia naturaleza, no es un principio que haya suscitado conflictos jurídicos de importancia ni, por consiguiente, la elaboración de una doctrina jurisprudencial.

5. El principio de coordinación

Contrapunto necesario de la pluralidad de la organización política y administrativa son aquellos principios que miran a dotar de cohesión al conjunto de los poderes que actúan en un mismo territorio. Esta cohesión es imprescindible ante todo por razones de eficacia, pues siendo la Administración en su conjunto una institución al servicio de los ciudadanos, no debe perjudicarse el servicio por causa de la complejidad del aparato administrativo o por disfunciones derivadas de conflictos de intereses políticos o por la mera incomunicación entre unas y otras Administraciones.

Entre dichos principios (que incluirían también los de cooperación, solidaridad y lealtad institucional), **el art. 103.1 se refiere solo**

al de coordinación, aplicable tanto en el interior de una misma organización como en sus relaciones con Administraciones distintas y autónomas. El principio de coordinación persigue, en palabras del Tribunal Constitucional, «la fijación de medios y de sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica y la acción conjunta» de autoridades y unidades administrativas (SSTC 32/1983, 42/1983, 227/1988, etc.). Es un concepto de gran amplitud que encierra técnicas jurídicas de relación muy variadas, algunas de las cuales atribuyen al órgano o ente que coordina «un cierto poder de dirección» sobre los coordinados (STC 214/1989). Entre las modalidades de coordinación previstas por el ordenamiento podemos mencionar la creación de órganos colegiados *ad hoc*, con participación de varias Administraciones Públicas (o de diferentes ramas o departamentos de una misma Administración, si se trata de coordinación interna), la aprobación de planes y programas de actuación conjunta, determinadas funciones de homologación y registro atribuidas a la Administración coordinadora e incluso algunas potestades de aprobación de ciertos actos o decisiones ajenos reservadas a aquella (por ejemplo, la aprobación de los planes hidrológicos de las Comunidades Autónomas por el Gobierno central: STC 227/1989; también es el caso de la aprobación definitiva de los planes urbanísticos municipales por las Comunidades Autónomas).

En cualquier caso, las potestades de coordinación previstas por las normas no pueden limitar de manera espuria o desproporcionada, con relación a su fin propio, la autonomía de las Administraciones coordinadas, ni convertirse en un instrumento de control político o de oportunidad. Además, solo proceden cuando hay algo que coordinar, es decir, como indica el art. 10.2 LBRL, «cuando las actividades o los servicios [de competencia de una Administración] trasciendan el interés propio de las correspondientes Entidades, incidan o condicionen relevantemente los de [otras] Administraciones o sean concurrentes o com-

plementarios de los de estas». No hay coordinación legítima donde no existe interdependencia de las competencias que se dicen coordinar. Si su ejercicio afecta a las Administraciones territoriales, dotadas de autonomía político-administrativa, nunca puede suponer colocarlas en una situación de dependencia jerárquica o cuasi jerárquica, incompatible con su autonomía (SSTC 27/1987, 227/1989, 194/2004). En consecuencia, como señala la STC 27/1987, «los medios y técnicas de coordinación deben respetar un margen de libre decisión o de discrecionalidad a favor de las Administraciones coordinadas, sin el cual no puede existir verdadera autonomía».

A lo anterior cabe añadir una breve referencia al principio y a las fórmulas de cooperación o colaboración entre Administraciones, pues, aunque no se recoge expresamente en ningún precepto constitucional, debe considerarse **inherente a un Estado descentralizado** (STC 76/1983, entre otras muchas), por lo que se añade a los anteriores por la legislación administrativa general (art. 3.1 LRJSP). Incluso podría entenderse que está implícitamente incluido en el concepto de coordinación del art. 103.1, en una acepción amplia de este concepto, que incluiría también aquellas fórmulas de colaboración o coordinación voluntaria entre Administraciones Públicas o entre diferentes unidades de la organización administrativa. La cooperación postula la ayuda mutua entre Administraciones y órganos, en el ejercicio de sus respectivas competencias, para alcanzar fines de interés común y facilitar el servicio a los ciudadanos. Principio muy versátil, se manifiesta también en una pluralidad de formas de relación entre entes y órganos administrativos: deberes de información recíproca, participación en procedimientos administrativos, asistencia técnica, económica o de gestión entre Administraciones, constitución de órganos y entes públicos con participación de varias Administraciones, convenios de colaboración, etc. En algunos supuestos específicos, el Tribunal Constitucional ha establecido criterios y límites de las facultades de cooperación, para evitar la in-

vasión o menoscabo de competencias ajenas por esta vía. Así, en el caso de las subvenciones específicas o afectadas con recursos estatales para fines o actividades de la competencia de las Comunidades Autónomas (SSTC 39/1982, 144/1985, 96/1986, 188/1989, 13/1992, 65/2010, etc.).

III. EN PARTICULAR, EL SOMETIMIENTO PLENO DE LA ADMINISTRACIÓN A LA LEY Y AL DERECHO

Mención separada merece el último inciso del art. 103.1. En él la Constitución impone que el sometimiento de la Administración a la ley y al Derecho sea pleno, es decir, completo y sin excepciones. Con ello, la Constitución ha querido excluir la legitimidad de cualquier actuación administrativa *contra legem* y *contra ius*, pero también ha querido recalcar que ninguna decisión pública puede adoptarse al margen del Derecho, con desvinculación del mismo. Esa es hoy una premisa generalmente aceptada que recoge en numerosas decisiones de la jurisprudencia constitucional y ordinaria y que recalcan, con unas u otras fórmulas, las leyes vigentes, tanto por lo que se refiere a la Administración en general (art. 3.1 LRJSP), como por lo que se refiere al Gobierno, que «está sujeto a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico en toda su actuación» (art. 29.1 LG).

Hay que precisar que la Constitución dispone el sometimiento «a la ley y al Derecho», distinguiendo entre ambos conceptos. En este contexto, la ley es ley en sentido formal, es decir, norma jurídica escrita aprobada por el Parlamento o Asamblea legislativa (salvo excepción). **El sometimiento de la Administración a la ley es, pues, una consecuencia directa del Estado democrático de Derecho**, en cuanto que la ley es el producto del órgano directamente representativo de la voluntad popular (art. 66.1 CE y normas concordantes de los Estatutos de Autonomía). De ahí que la propia Constitución reserve a la

ley la regulación de muy numerosas materias, entre ellas la de todos los derechos y libertades reconocidos por ella (art. 53.1). El Tribunal Constitucional ha deducido de ello una primera consecuencia, cual es la ilicitud no solo de actuaciones administrativas carentes de habilitación legal en tales materias, sino también de las simples habilitaciones en blanco o sin contenido regulador propio de la ley a la Administración o a la potestad reglamentaria. Más aún, materia por materia y con especial énfasis en el caso de las sanciones administrativas (SSTC 42/1987, 207/1990, 260/2007, 135/2010, 13/2013, entre otras muchas) y en materia tributaria (SSTC 19/1987, 185/1995, 233/1999, 63/2003, 102 y 125/2005, 111/2014, etc.) ha señalado el alcance y consecuencias de la reserva de ley. Debemos remitirnos, no obstante, al comentario de los arts. 25 y 33 CE para mayor concreción.

Además, la ley puede regular en nuestro ordenamiento cualquier otra materia que no le esté reservada expresamente y abordar cualquier cuestión, dentro de los límites constitucionales. En realidad, exista o no reserva de ley en sentido estricto, las leyes regulan al menos los aspectos esenciales de cualquier materia u objeto de interés jurídico. El principio de legalidad que sanciona nuestra Constitución en los arts. 9.3 y 103.1 debe entenderse hoy en este sentido sustancial. Por eso toda actuación del Gobierno y de la Administración, incluida la aprobación de reglamentos, está sometida *plenamente* a la ley.

La ley no agota, sin embargo, el ámbito del Derecho. El Derecho es algo más, pues el Estado moderno conoce una pluralidad de fuentes de producción normativa, más aún en la medida en que se integra en una organización internacional y, en nuestro caso, en una organización supranacional, la Unión Europea, una y otra cada vez más estructuradas. La Administración no solo debe, por tanto, respetar la ley, sino también el resto del ordenamiento jurídico, empezando por la Constitución (art. 9.1 CE), de conformidad con el principio de jerarquía normativa (art. 9.3).

Dentro del Derecho también se consideran los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados en España (art. 96.1 CE) y las normas jurídicas que aprueban las instituciones de la Unión Europea. Derecho son también los reglamentos que aprueban los Gobiernos y, en su caso, otros órganos de la Administración y, como normas jurídicas que son, no pueden ser vulnerados o inaplicados por resoluciones singulares de las Administraciones Públicas, incluso si proceden de los órganos que aprueban el propio reglamento o de sus superiores. La vinculación plena de la Administración al Derecho comporta esta consecuencia, que entre nosotros se denomina inderogabilidad singular de los reglamentos (art. 37.1 LPACAP).

En fin, cuando se alude al Derecho como algo distinto de la ley se está pensando también (y este es el significado originario de la expresión del art. 103.1 de nuestra Constitución, tomada de la Ley Fundamental de Bonn) en los principios generales del Derecho. Principios que no tienen por qué ser norma escrita, aunque hoy en día los más importantes se recogen en el texto de la Constitución, en el Tratado de la Unión Europea, en tratados internacionales o en leyes generales. Principios que, en cualquier caso, sintetizan los elementos esenciales o nucleares de nuestra cultura jurídica y en cuya definición tienen un papel activo la doctrina jurídica y, sobre todo, los Tribunales de Justicia.

Dicho lo cual, es obvio que las leyes y demás normas jurídicas no pueden regularlo todo ni prever y responder anticipadamente a todas las situaciones que pueden producirse cotidianamente y sobre las que la Administración Pública tiene que resolver. En consecuencia, **el sometimiento pleno a la ley y al Derecho no excluye la existencia de áreas y márgenes de discrecionalidad en la actuación administrativa.** La discrecionalidad administrativa tiene también un fundamento constitucional en nuestro Estado social y democrático de Derecho. Pues, dadas las limitaciones naturales de la ley —es decir,

de la capacidad real de los Parlamentos para regular toda la realidad social—, solo los Gobiernos y Administraciones públicas pueden ser los titulares del poder de decisión que aquella conlleva, ya que cuentan con la legitimidad democrática y la capacidad funcional o profesional necesaria y son responsables de sus actos ante los ciudadanos y ante el resto de los poderes públicos. En numerosas resoluciones la jurisprudencia constitucional, como la contencioso-administrativa, reconoce la existencia de márgenes de actuación discrecional, ya sea sustantiva o técnica, a favor de las Administraciones Públicas. Ese margen es mayor o menor según los casos y hay que decir que en algunos de ellos el Tribunal Constitucional ha admitido que la ley puede configurar una discrecionalidad de grado máximo, especialmente en lo que se refiere a la configuración de las estructuras internas de la Administración y al régimen de su personal, incluyendo la polémica facultad de libre designación (y libre remoción) de los funcionarios locales con habilitación de carácter nacional en algunas corporaciones locales (STC 235/2000).

Ahora bien, **el poder discrecional no es nunca ilimitado** ni puede ser ejercido de cualquier manera, según el puro arbitrio de quienes lo reciben. La discrecionalidad administrativa nunca es absoluta, ya que siempre está sometida a ciertos límites jurídicos y su ejercicio siempre puede ser controlado por los Tribunales en lo que se refiere al estricto respeto de esos límites jurídicos, no en cambio en lo que se refiere a los elementos de oportunidad o a las valoraciones puramente técnicas de los órganos administrativos de decisión (SSTC 39/1983, 97/1993, 353/1993, 73/1998, 138/2000, 86/2004 y 219/2004, entre otras, algunas de las cuales diferencian entre lo que son elementos jurídicos controlables y valoraciones técnicas no controlables de órganos calificadores o de selección de las Administraciones Públicas). La discrecionalidad puede ser más amplia o más reducida en función de los elementos reglados de la decisión, es decir, de los límites que establezcan las

normas que regulan cada tipo de actuación administrativa. La Administración está sometida a esos límites normativos, distintos en cada caso, pues al ejercer la discrecionalidad se limita a completar el mandato legal con una decisión propia. Además, y por amplia que sea, la discrecionalidad administrativa se somete siempre a unos límites jurídicos generales, pues solo puede ejercerse si existe el poder para ello, por el órgano competente, en función de la realidad de los hechos que justifican su ejercicio, para atender al interés público y nunca a intereses particulares o distintos de los previstos y con sujeción a los principios generales del Derecho (igualdad, proporcionalidad, seguridad jurídica...). Y, lógicamente, la observancia de estos límites generales como la de los específicos establecidos por las normas aplicables en cada caso puede ser controlada por los Tribunales de Justicia, pues se trata de límites jurídicos. Como hoy se entiende unánimemente, discrecionalidad no equivale a arbitrariedad. El poder o potestad discrecional puede ser ejercido por los gobernantes y administradores que lo tengan atribuido y solo por ellos, pero eso no quiere decir que no sea un poder sometido a límites jurídicos, en cualquier caso.

En virtud de lo dispuesto en el art. 103.1 de la Constitución, en relación con el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3) y con el control de la legalidad de la actuación administrativa por los Tribunales (art. 106.1), la jurisprudencia constitucional ha deducido caso por caso, en materias de su competencia, dichos límites jurídicos. En concreto y en reiteradas ocasiones se ha referido al principio de proporcionalidad como límite de ejercicio de las potestades discrecionales, que comporta, cuando están en juego derechos fundamentales la obligación de aplicar el criterio *favor libertatis*, eligiendo la solución que comporte el menor sacrificio de la libertad individual (SSTC 202/2002, 14/2003, 101/2003, 163/2006, etc.). También ha hecho hincapié en la necesidad de motivar las decisiones que conllevan un margen de discrecionalidad, sobre todo si

constituyen un límite al ejercicio y a la garantía de los derechos fundamentales y libertades públicas (SSTC 58/1997, 48/1998, 25/2000, 114 y 163/2002, 17/2003, 100/2004, 144 y 168/2006, entre otras muchas). En todo caso, la jurisprudencia constitucional ha venido a continuar, completar y reforzar en este punto los criterios generales de la jurisprudencia contencioso-administrativa.

Corolario del principio de sometimiento pleno de la Administración a la ley y al Derecho es la sujeción, igualmente plena, de la actividad (o inactividad) administrativa al control de los Tribunales. Sobre esta cuestión conexa, hemos de remitirnos, no obstante, al sumario del art. 106 CE.

IV. LA ORGANIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

El art. 103.2 dispone que «los órganos de la Administración del Estado son creados, regidos y coordinados de acuerdo con la ley».

El contenido prescriptivo de este precepto se limita a establecer **una reserva de ley en la materia. Pero una reserva de alcance relativo**. De hecho, el Tribunal Constitucional ha recordado en ocasiones que es lícito que la ley atribuya a la Administración un amplio margen de discrecionalidad para la configuración de sus estructuras. Y, muy en concreto, la STC 60/1986, de 20 de mayo, declaró que el art. 103.2 CE no exige que todos los órganos de la Administración del Estado se creen, modifiquen, supriman y refundan por ley. De hecho, una exigencia semejante crearía una rigidez incompatible con la flexibilidad que requiere la reforma de las estructuras administrativas para adaptarse a las circunstancias cambiantes. Lo único que exige dicho precepto constitucional es que se regulen por ley general los elementos estructurales y esenciales de la organización administrativa estatal.

La citada reserva de ley debe entenderse hoy cumplida con la Ley 40/2015, de 1 de octubre,

de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) e inclusive, por lo que se refiere a la creación, modificación y supresión de Ministerios y Secretarías de Estado, por la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, modificada por aquella. Obsérvese, por cierto, que esta última Ley [art. 2.2.j)] atribuye al Presidente del Gobierno la potestad de crear, modificar y suprimir, por real decreto, tales órganos superiores de la Administración del Estado. Pero esta facultad, lógica por lo demás, no afecta a la reserva de ley del art. 103.2 CE, toda vez que la estructura general de la Administración —dividida en Departamentos Ministeriales y, en su caso, Secretarías de Estado— sí que está prevista por la ley.

V. BASES CONSTITUCIONALES DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

1. La garantía de la función pública profesional

La Constitución dedica también unas breves pero significativas referencias al régimen jurídico de la función pública. De ellas, la idea central se halla en el art. 103.3, que ordena a regular por ley «el estatuto de los funcionarios públicos». De este precepto —concordante con otros del texto constitucional, en particular los arts. 22.3 y 149.1.18.^a— derivan una serie de importantes consecuencias jurídicas.

Como ya se ha dicho con anterioridad, la Administración, bajo la superior dirección del Gobierno, está llamada a cumplir una función propia, institucional, de servicio de los intereses generales con objetividad (art. 103.1 CE). Habrá de hacerlo, ciertamente, cumpliendo las leyes y también las directrices o instrucciones y objetivos que le fijen los órganos políticos y con fidelidad hacia estos. Sin embargo, en el ejercicio de su función ha de obrar con criterios no partidistas, sino objetivos e impersonales, de legalidad y eficacia. En conexión con este esquema institucional, lo pri-

mero que el art. 103.3 de la CE garantiza es que el personal al servicio de la Administración debe tener un estatuto profesional.

Esta profesionalidad de la función pública, por contraposición a los órganos de elección o designación política se refleja precisamente en algunos de los aspectos esenciales del estatuto a que se refiere el art. 103.3 CE. En particular, en los criterios de mérito y capacidad como los únicos que deben regir el acceso a la función pública y en la garantía de la imparcialidad del funcionario en el ejercicio de sus funciones. Ello significa, por de pronto, que los empleados públicos en general no pueden ser nombrados por razones de confianza política y no pueden ser cesados por la mera pérdida de la confianza de los gobernantes. La garantía de una función pública profesional constituye así un límite y un contrapeso al papel fundamental que se reconoce a los partidos políticos en el sistema institucional (art. 6 CE).

El Tribunal Constitucional ha reconocido reiteradamente el carácter profesional de la función pública. Ello no obstante, no ha profundizado demasiado en la delimitación de los cargos o puestos de las diferentes Administraciones Públicas que deben reservarse a funcionarios públicos (u otros empleados públicos de carrera) y los que pueden ser desempeñados por otras personas en virtud de un nombramiento político. Esta cuestión irresuelta adquiere cada vez mayor importancia, dada la tendencia de los gobernantes, en todos los niveles de la organización territorial del Estado a ampliar el número y el nivel de los cargos que se cubren por razones de confianza. La jurisprudencia constitucional ha mantenido al respecto una posición bastante tibia, como se deduce, por ejemplo, de la STC 235/2000, de 5 de octubre, que legitimó la provisión por el sistema de libre designación de determinados puestos de trabajo reservados en las Administraciones Locales a funcionarios con habilitación de carácter nacional. Pero es obvio que el sistema de la confianza política para la designación de los cargos públicos, incluso de algunos de los

altos cargos o cargos directivos, no puede entenderse inmoderadamente sin poner en riesgo la garantía de profesionalidad que deriva del art. 103.3 CE.

2. La preferencia del régimen estatutario para los empleados públicos

La garantía constitucional de la profesionalidad, del sistema de mérito, de la imparcialidad y las demás peculiaridades del régimen funcional mencionadas en la Constitución no significan, sin embargo, que nuestra Norma Fundamental haya reconocido e impuesto un modelo determinado de función pública. Como en otras muchas de las materias que regula, los principios y preceptos constitucionales referidos a la función pública admiten una pluralidad de desarrollos normativos igualmente lícitos, siempre que no se traspasen sus límites. Al igual que todas las Constituciones democráticas, la nuestra es una Constitución abierta, fundada en el pluralismo político (art. 1.1). Por eso se limita a establecer unos principios y reglas generales, casi siempre incompletas, algunas veces deliberadamente ambiguas. Esa misma indeterminación de muchos de sus mandatos tiene también la virtud de permitir la evolución legislativa, que ha de acomodarse al ritmo de los tiempos, tal como ha ocurrido en la práctica.

Ahora bien, el art. 103.3 de la Constitución, al referirse expresamente a un estatuto de los funcionarios públicos, vino a otorgar cobertura a **la concepción de la función pública fundada en la denominada «teoría estatutaria»** de la relación funcional. Esta teoría contempla la situación jurídica del funcionario como una situación objetiva, definida por las leyes y los reglamentos, que conlleva los siguientes elementos esenciales: a) el acceso a la función pública mediante un acto administrativo unilateral de nombramiento y no mediante un contrato; b) que la relación de servicio del funcionario se regula con carácter impersonal por normas generales y no por contratos individuales y convenios colec-

tivos; c) que el funcionario no tiene ningún derecho adquirido al mantenimiento de una determinada regulación de sus condiciones de trabajo o a impedir su modificación.

La jurisprudencia constitucional, en efecto, ha confirmado reiteradamente la esencia estatutaria de la relación funcional en parecidos términos (SSTC 57/1982, de 27 de julio; 129/1987, de 16 de julio, y 293/1993, de 18 de octubre, por ejemplo), deduciendo de ello importantes consecuencias prácticas. Ni siquiera en un aspecto tan importante como la duración de su vida profesional, tiene el funcionario un derecho adquirido a impedir que se rebaje con carácter general la edad de jubilación, reducción esta frente a la que no puede oponerse ningún derecho patrimonial (SSTC 99/1987, 129/1987, 70/1988, 178/1989). Tampoco cabe exigir la responsabilidad patrimonial del Estado por los perjuicios económicos que puede causar en las expectativas de los funcionarios una medida legislativa como esa (STS, 3.ª, de 30 de noviembre de 1992 y otras muchas posteriores).

Muy en particular, el Tribunal Constitucional declaró en su Sentencia 99/1987, de 11 de junio, que la Constitución ha optado «por un régimen estatutario, con carácter general, para los servidores públicos». Pero, más allá de esta simple y escueta declaración, se limitó a concluir que habría de ser la ley la que determinase «en qué casos y con qué condiciones pueden reconocerse otras posibles vías para el acceso al servicio de la Administración Pública». Es decir, no obstante aquella preferencia por el vínculo estatutario, la jurisprudencia constitucional no ha considerado que la contratación de empleados públicos conforme al Derecho del trabajo deba reputarse contraria a la Constitución. Antes al contrario, en su STC 37/2002, de 14 de febrero, reiteró y de manera aún más flexible la doctrina ya expuesta. No solo eso, sino que el TC ni siquiera ha ofrecido criterios deducibles de la Constitución para determinar con claridad qué puestos de trabajo en el sector público están reservados a funcionarios, algo difícil de señalar *a priori* con

todo detalle. En consecuencia, la mencionada opción general o preferencia constitucional en favor de un régimen estatutario no ha impedido el incremento de la contratación de personal en régimen laboral por las Administraciones y entes del sector público —la mayoría de las veces para huir de las rigideces del vínculo estatutario, como ha sucedido en otros países— y la progresiva consolidación en nuestro Derecho de un régimen dual en el empleo público, que sancionan numerosas leyes del Estado y de las Comunidades Autónomas. Esta dualidad de vínculos jurídicos, funcional y laboral, en el empleo público no es en sí misma ilegítima.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional precisó en la mencionada STC 99/1987, que **los tipos de puestos de trabajo que pueden ser desempeñados por empleados sin vínculo estatutario deben ser determinados por la ley**, en virtud de la reserva de ley que se deduce del propio art. 103.3. Más aún, puede afirmarse que, cualquiera que sea el vínculo jurídico formal que una al empleado con la Administración, es necesario garantizar el derecho fundamental a la igualdad en el acceso a los cargos y funciones públicos (arts. 14 y 23.2 CE) —entendidas aquí, desde luego, como puestos de trabajo en el ámbito público—, lo que conduce a establecer sistemas de selección que no pueden fundarse sino en el mérito y capacidad de los candidatos. Por otra parte, cualquiera que sea el régimen jurídico de la relación de empleo, los presupuestos públicos imponen límites ciertos a la negociación colectiva, sin que las determinaciones presupuestarias puedan ser sustituidas, como es obvio, por convenios colectivos (cosa distinta es que exista una prenegociación del proyecto de presupuestos con la Administración competente, posible tanto para funcionarios como para contratados laborales). En fin, las garantías de imparcialidad, determinadas exigencias de fidelidad institucional, la esencialidad o especial disciplina propia de algunos servicios públicos y ciertas reservas constitucionales de ley o la misma naturaleza de la Administración Pública como «empleador»

(al que no alcanzan, por ejemplo, algunas causas subjetivas de extinción de la relación de empleo) imponen en todo caso otras tantas peculiaridades de régimen jurídico aplicables a todos los empleados de la Administración. En otros términos, existen ciertos elementos de *ius cogens*, característicos del Derecho público, en cuanto que tienden a proteger bienes jurídicos públicos que no pueden dejar de aplicarse a las relaciones de empleo público, cualquiera que sea la normativa general por la que se rijan.

También debe añadirse que **el estatuto de los funcionarios públicos en sentido estricto se ha ido impregnando poco a poco de elementos característicos del Derecho del trabajo**, en especial desde que se reconoció por la ley (que no directamente por la Constitución: SSTC 57/1982, 80/2000, 85/2001) una suerte de negociación colectiva de los funcionarios, con los oportunos matices, y desde que la mayoría de los funcionarios públicos han sido incluidos en el régimen general de la Seguridad Social. En realidad, las peculiaridades que subsisten para el ejercicio de algunos derechos por parte de colectivos de funcionarios (y otros empleados públicos) y que la Constitución reconoce o ampara (derechos de sindicación y huelga, derecho de sufragio pasivo, límites de la libertad de expresión...) se conciben hoy como excepciones justificadas por razones funcionales u objetivas y no como definidoras de un estatus específico. Pues lo que prevalece es una concepción del funcionario como un ciudadano y un trabajador más, con los mismos derechos fundamentales que los demás, sin perjuicio de la especificidad, en todo caso relativa, de su estatuto jurídico, que debe ser establecido por ley en sus aspectos esenciales.

En otros términos, la dualidad de regímenes jurídicos existente en nuestro sistema de empleo público, como en el de otros muchos Estados europeos, por cierto, y la garantía constitucional de un estatuto de los funcionarios públicos no excluye que a todo el personal al servicio de las Administraciones Públicas se

le apliquen unas normas generales en gran parte comunes. Esto es lo que, a través de leyes especiales o a través de la negociación colectiva, se ha venido produciendo desde la aprobación de la Constitución y lo que sanciona definitivamente el vigente Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril (hoy Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre).

3. La reserva de ley en la materia

Por lo demás, el art. 103.3 CE obliga a regular el estatuto de los funcionarios públicos precisamente por ley. Esta reserva de ley, ciertamente, no puede ser absoluta, ya que la variedad de situaciones y detalles de regulación que es necesario aplicar a un colectivo tan numeroso y diversificado como el de los funcionarios públicos justifica la colaboración del reglamento en muchos aspectos.

Eso sí, los aspectos esenciales que configuran el régimen de la función pública —su articulación u ordenación en cuerpos u otras agrupaciones, los principios y reglas esenciales de acceso y carrera, así como de provisión de puestos de trabajo, los derechos y obligaciones de los funcionarios, el régimen de situaciones administrativas y los supuestos de extinción de la relación de servicio, el régimen disciplinario y de responsabilidad, etc.— deben regularse por norma con rango de ley, con contenido sustantivo propio. Ahora bien, ni la Constitución impone que todos esos aspectos se regulen en un solo y único texto legal ni impide que, en un mismo texto, como el del vigente TREBEP, se integre el régimen jurídico de los funcionarios públicos con el de otros empleados públicos que no tengan esa condición.

En otro orden de cosas, la legislación sobre la función pública ha de ser necesariamente plural en virtud del régimen constitucional de distribución de competencias en la materia, sin perjuicio de la competencia del Estado

para establecer las bases de ese régimen jurídico, conforme al art. 149.1.18.^a CE, a cuyo sumario debemos remitirnos.

4. Los principios de mérito y capacidad en el acceso a la función pública

Elemento esencial del carácter profesional de la función pública es la garantía de acceso a la misma en virtud de principios de mérito y capacidad. **El reconocimiento del «sistema de mérito» se refuerza en el texto constitucional en virtud de lo dispuesto en el art. 23.2**, que ampara el derecho de los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes (que, a su vez, no pueden ser discriminatorios). Este derecho, especificación del derecho a la igualdad jurídica que proclama el art. 14 de la Constitución (y que es aplicable, a diferencia del art. 23.2, al acceso a empleos públicos de carácter no estatutario, según la jurisprudencia constitucional), tiene carácter fundamental, por lo que goza de la preferencia característica de los derechos fundamentales y libertades públicas (STC 66/1985, de 23 de mayo, entre otras muchas) y del sistema de garantías específico del art. 53.2 de la Constitución (recursos de amparo judicial y constitucional).

La jurisprudencia constitucional ha deducido numerosas consecuencias jurídicas de la interpretación conjunta de tales preceptos que, de manera resumida para no reproducir el sumario al art. 23.2, podemos enunciar aquí.

Para empezar, las normas aplicables a cada proceso de selección pueden establecer **requisitos generales o específicos** para participar en ellos. Pero los requisitos deben: 1.º establecerse mediante «referencias abstractas y generalizadas» y no mediante referencias individualizadas, evitando cualquier preferencia o reserva *ad personam*, ya sea de manera expresa o encubierta (SSTC 42/1981, 50/1986, 18/1987, 67/1989, 47/1990, 27/1991,

23/1998, 48/1998, etc.); 2.º guardar directa relación con los criterios de mérito y capacidad y no con otras condiciones personales o sociales, como la residencia o el centro donde se adquirió la titulación requerida (SSTC 42/1981, 148/1986, 193/1987, 206/1988, 215/1991, 293/1993, 73/1998, 99/1999, 166/2001, 107/2003, etc.; véase también la STS de 7 de noviembre de 1994); 3.º tener una «justificación objetiva y razonable» en conexión con las funciones a desempeñar, tanto en términos absolutos como relativos (proporcionalidad) (SSTC 75/1983, 76/1986, 15/1988, 198/1989, etc.). En concreto, el Tribunal Constitucional ha declarado que no pueden introducirse diferencias de trato relacionadas con el nacimiento o el sexo (STC 216/1991), ni disponer exclusiones de grupos o categorías de personas carentes de justificación (STC 48/1998). En cambio, no es inconstitucional reservar un porcentaje de plazas para el acceso de personas con discapacidad (STC 269/1994), como establece la legislación vigente, ni en las Comunidades Autónomas donde existan dos lenguas oficiales requerir un conocimiento suficiente de ambas lenguas, en función del tipo de cargo a desempeñar (STC 46/1991).

Por otra parte, el Tribunal Constitucional ha recordado la exigencia de que **el órgano de selección** para el acceso a la función pública se trate en todo caso de un «órgano de evaluación técnicamente capacitado» (STC 73/1998), que debe garantizar «la capacidad de sus miembros para que su juicio sea libre, sin ceder a consideraciones externas, y que su nivel de preparación técnica sea lo suficiente para realizar la función seleccionadora» (STC 85/1983), y que «el discernimiento de los méritos y la capacidad de los aspirantes a una plaza en la función pública docente [pero el argumento es extrapolable a cualquier otra] ha de corresponder *exclusivamente* a órganos calificadores que estén integrados por personas dotadas de la debida cualificación técnica en la materia propia de esa plaza» (SSTC 215/1991 y 235/2000).

En cuanto a **los procedimientos de selección**, la jurisprudencia constitucional ha declarado la ilicitud de los procedimientos no abiertos o los turnos restringidos, incluso si su finalidad es la consolidación del empleo precario, salvo rigurosa excepción justificada, esto es, salvo que puedan aparecer como remedio razonable y proporcionado ante situaciones muy excepcionales (SSTC 27/1991, 151/1992, 60/1994, 16/1998 y 12/1999, 11/2014, 238/2015, 154/2017). Ahora bien, de manera flexible (quizá en algún caso demasiado permisiva habida cuenta de las circunstancias del caso), ha aceptado que en los concursos o fases de concurso puedan evaluarse como mérito hasta un cierto punto no totalmente determinante del resultado los servicios previamente prestados a la Administración por los candidatos o algunos de ellos (SSTC 67/1989, 185/1994, 93/1995, 11/1996, 107/2003, 27/2012, 86/2016).

En fin, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC 39/1983, 97/1993, 353/1993, 34/1995, 48/1998, 73/1998, 86/2004, 219/2004), como la mucho más numerosa del Tribunal Supremo, confirma la imposibilidad de un control jurídico de **la discrecionalidad técnica** en sí considerada, pero sin perjuicio de que el control judicial pueda extenderse a todos aquellos extremos que son de legalidad, incluido el cumplimiento o no de las bases de la convocatoria y la aplicación de las fórmulas de corrección en ella previstas, pues lo único que no es revisable por los Tribunales es el «núcleo material de la discrecionalidad técnica», aunque sí sus aledaños, de manera que la calificación de una prueba efectuada por la comisión juzgadora solo puede ser revisada «en los supuestos en que sea evidente el error padecido», de modo que dicha calificación «sea inaceptable, con arreglo a los criterios de la sana crítica». Sin perjuicio de ello, la jurisprudencia contencioso-administrativa más reciente apura el control de fondo de los procedimientos de selección de personal, exigiendo una motivación clara y detallada de las decisiones de los órganos de selección competentes (SSTS, 3.^a, de 16 de septiembre

de 2009, 13 de mayo de 2010, 25 de junio de 2012, 12 de marzo de 2014, 13 de julio de 2016, 6 de junio de 2017, etc.).

Cabe añadir que la jurisprudencia constitucional no solo aplica la garantía de los principios de mérito y capacidad al acceso a la función pública en sentido estricto (o a empleos laborales en la Administración, en conjunción con el art. 14 CE), sino también a la provisión de puestos de trabajo por concurso entre quienes ya son funcionarios públicos, si bien en este caso con muchos mayores matices, pues reconoce que también pueden tenerse en cuenta otros criterios constitucionalmente legítimos (SSTC 75/1983, 15/1988, 47/1989, 192/1991, 200/1991, 293/1993, 365/1993, 253/2005, 270/2006, etc.).

5. Las peculiaridades del ejercicio del derecho de sindicación

El art. 103.3 ordena asimismo a la ley (o leyes) reguladora del estatuto de los funcionarios públicos establecer las peculiaridades del ejercicio de su derecho de sindicación, en coherencia con la misma previsión contemplada en el art. 28.1. De hecho, cabe recordar que, en este precepto, la Constitución permite limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho solo a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar, excepción que ha planteado problemas ciertos en el caso de la Guardia Civil. Si bien, las SSTC 31/1985, 93/1986 y 149/1989 ratificaron la legitimidad del no reconocimiento de tal derecho a los miembros de dicha Institución, por tener naturaleza militar, hay que decir que, al menos, la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, ha reconocido su derecho de «asociación profesional», aunque sus asociaciones no puedan formar parte de sindicatos, ni convocar huelgas o plantear medidas de conflicto colectivo. Tampoco tienen derecho a una negociación colectiva verdadera y propia, pero sí a estar representadas en un Consejo de la Guardia Civil, que es consultado y participa en la determinación de las condi-

ciones de trabajo. Tampoco tienen el derecho a la libertad sindical los Jueces, Magistrados y Fiscales en activo (art. 127.1 CE), pero esta prohibición es compatible con su derecho a constituir «asociaciones profesionales», reconocida en el propio art. 127.1 CE y regulada hoy en el art. 401 LOPJ y en el art. 54 del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal (Ley 50/1981, de 30 de diciembre).

El resto de los funcionarios públicos tiene reconocido por la Constitución el derecho a sindicación y lo único que aquella permite es que puedan establecerse para ellos algunas peculiaridades de ejercicio, que, obviamente, deben estar justificadas en la protección de otros fines constitucionales, como pueden ser la jerarquía y la eficacia administrativa o la imparcialidad de los funcionarios públicos o la protección del derecho de los ciudadanos a los servicios públicos, peculiaridades que pueden comportar algunas restricciones, siempre que sean proporcionales a los fines perseguidos.

Ahora bien, lo cierto es que **la vis expansiva de la libertad sindical ha venido a reducir al mínimo dichas peculiaridades en nuestro ordenamiento jurídico**. Por lo que se refiere al derecho a fundar sindicatos y afiliarse al de su elección, así como al derecho de los sindicatos a formar confederaciones y fundar organizaciones sindicales internacionales o afiliarse a las mismas, las únicas limitaciones vigentes afectan a los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad (que no tienen naturaleza militar), dado el carácter armado y la organización jerarquizada de estos Institutos, como señala la Ley Orgánica de Libertad Sindical (LOLS). Y así, la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (arts. 18 a 24) permite a los miembros del Cuerpo Nacional de Policía constituir organizaciones sindicales de ámbito (necesariamente) nacional y afiliarse a ellas, pero siempre que dichas organizaciones estén formadas solo por miembros del Cuerpo y sin que puedan federarse o confederarse con otras que no tengan las mismas características ni formar parte de organizaciones sindicales internacionales de idéntico

carácter. Limitaciones que, por cierto, no afectan a los miembros de las Policías autonómicas y locales. En lo que se refiere al resto de los funcionarios públicos, el derecho de sindicación está hoy reconocido como para el resto de los empleados por cuenta ajena, sin peculiaridad alguna, salvo las que derivan del sistema de representación de los trabajadores y de reunión sindical, que tienen una regulación propia, aunque no restrictiva, en los arts. 15, 31 y 46 del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP) y disposiciones complementarias.

Por lo que se refiere al **derecho de huelga**, directamente conectado con el de sindicación, tampoco existe un régimen peculiar para el conjunto de los funcionarios o empleados públicos, sino tan solo la exclusión del derecho para los miembros de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en general (comprendidas en este caso las Policías autonómicas y locales: art. 6.8 de la citada Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y art. 12 de la Ley Orgánica 11/2007, de derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil). Dicho sea sin perjuicio de las peculiares restricciones que *de facto* pueda conllevar el límite constitucional del mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad en el caso de algunos servicios públicos.

En fin y en relación con lo anterior, la Constitución no reconoce directamente el **derecho a la negociación colectiva** de los funcionarios públicos, a los que no es aplicable el art. 37 de aquella (SSTC 57/1982, 80/2000, 85/2001, 222/2005, 8/2015). Pero tampoco lo impide. De manera que este derecho ha sido también configurado legalmente para los funcionarios (hoy en los arts. 31 y ss. del EBEP), aunque en este caso con mayores peculiaridades en comparación con la regulación general del Estatuto de los Trabajadores. Y la doctrina constitucional considera que forma parte del derecho a la libertad sindical el ejercicio del derecho de negociación colectiva de los funcionarios, tal como esté legalmente configurado en cada momento.

6. El sistema de incompatibilidades y las garantías de imparcialidad

Por último, entre las materias que deben regularse por la ley o leyes que establezcan el estatuto de los funcionarios públicos deben incluirse el sistema de incompatibilidades y las garantías de imparcialidad en el ejercicio de sus funciones.

Por lo que se refiere al **sistema de incompatibilidades**, la legislación general vigente (Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas) fue ya declarada conforme a la Constitución por STC 178/1989, de 2 de noviembre, incluso en lo relativo a la denominada incompatibilidad «económica», que impide tener un segundo puesto de trabajo en el sector público e inclusive en el sector privado a los funcionarios que desempeñan su puesto principal con cierto tipo de dedicación o de retribuciones, a pesar de que ello supone un límite al derecho al trabajo.

Sobre **las garantías de imparcialidad en general**, la jurisprudencia constitucional ha tenido menos ocasiones de pronunciarse. Algunas de ellas están vinculadas o se concretan precisamente en el sistema de incompatibilidades. Pero existen otras garantías necesarias, como las que se anudan a la inmovilidad o estabilidad en el empleo, para

evitar los ceses por razones de pérdida de la confianza política u otras no justificadas y, por tanto, la necesaria regulación de las causas, objetivas y proporcionadas, de extinción de la relación de servicio y de sanciones disciplinarias. También forma parte de las garantías de imparcialidad una regulación adecuada de la carrera del funcionario y de los sistemas de provisión y cese en el puesto de trabajo. Pues si bien el desempeño de un puesto está sometido a otros principios y criterios, como los de eficacia y los de economía o las necesidades del servicio, deberían reducirse al máximo los nombramientos y ceses por razones de mera confianza política o personal en el ámbito de la función pública profesional. Sin embargo, el Tribunal Constitucional no ha considerado oportuno extremar esta garantía en el caso de los nombramientos por libre designación de funcionarios locales con habilitación de carácter nacional (STC 235/2000), sin atribuir la importancia debida al hecho de que ello supone el nombramiento y cese absolutamente discrecional de esos funcionarios por aquellas autoridades cuya actividad están llamados a controlar desde el punto de vista de la legalidad. Sentencia tanto más criticable, a mi juicio, en la medida en que no son precisamente controles de legalidad lo que sobra en el ámbito de nuestras Administraciones Locales, como la experiencia ha venido a demostrar.

BIBLIOGRAFÍA

AA. VV., «Administración y Constitución: el principio de jerarquía», *Documentación Administrativa*, 1992, pág. 229.

- «El principio de coordinación», *Documentación Administrativa*, 1992, págs. 230-231.
- «Administración y Constitución: el principio de cooperación», *Documentación Administrativa*, 1994, pág. 240.

ARIÑO ORTIZ, G., «Principios de descentralización y desconcentración», *Documentación Administrativa*, 1988, pág. 214.

BELADÍEZ ROJO, M., «La vinculación de la Administración a Derecho», *Revista de Administración Pública*, 2000, pág. 153.

ENTRENA CUESTA, R., «El régimen estatutario de los funcionarios públicos como postulado constitucional», en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor García de Enterría*, vol. III, Madrid, 1989.

FERNÁNDEZ FARRERES, G., «Régimen jurídico de la función pública y jurisprudencia constitucional», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1992, pág. 12.

LÓPEZ RAMÓN, F., «Límites constitucionales de la autotutela administrativa», *Revista de Administración Pública*, 1988, pág. 115.

PAREJO ALFONSO, L., *Eficacia y Administración. Tres estudios*, Madrid, 1995.

SÁNCHEZ MORÓN, M., «Notas sobre la función administrativa en la Constitución Española de 1978», en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y PREDIERI, A. (Dirs.), *La Constitución Española de 1978. Estudio sistemático*, Civitas, 1998.

Artículo 104

1. Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana.

2. Una ley orgánica determinará las funciones, principios básicos de actuación y estatutos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Sumario: I. Fuerzas Armadas y fuerzas de policía. II. Un modelo policial plural. III. Misiones constitucionales de las fuerzas y cuerpos de seguridad. IV. «Una ley orgánica determinará las funciones, principios básicos de actuación y estatutos de las fuerzas y cuerpos de seguridad». 1. Funciones. 2. Principios básicos de actuación. 3. Estatutos.

JAVIER BARCELONA LLOP
UNIVERSIDAD DE CANTABRIA

I. FUERZAS ARMADAS Y FUERZAS DE POLICÍA

El art. 104 de la Constitución forma parte del Título relativo al Gobierno y a la Administración, mientras que el precepto relativo a las Fuerzas Armadas (art. 8) figura en el Título Preliminar; así era ya en el Anteproyecto, si quiera la ponencia redactora del mismo había barajado la inclusión de las referencias constitucionales a la policía y a las Fuerzas Armadas en un mismo Título, junto a los estados excepcionales. Sin que sea pertinente discutir ahora sobre el sentido que puede tener que las Fuerzas Armadas cuenten con tan privilegiado emplazamiento constitucional, es indiscutible que **la diferente sistemática de los arts. 8 y 104 sugiere la voluntad del constituyente de establecer una separación orgánica y funcional entre lo militar y lo policial**, conclusión que podría encontrar apoyo adicional en lo dispuesto en los arts. 4 y 29 del art. 149.1, respectivamente referidos a la competencia exclusiva del Estado

en materia de defensa y Fuerzas Armadas y en materia de seguridad pública.

Ahora bien, ello no significa que la separación total o completa entre lo policial y lo militar sea un imperativo jurídico-constitucional. De hecho, la alusión que los arts. 28.1 y 29.2 de la Constitución hacen a los *cuerpos sometidos a disciplina militar* distintos de las *Fuerzas e Institutos Armados* permite sostener que no se repudia la posible existencia de organizaciones no integradas en las Fuerzas Armadas pero cuyos miembros están sujetos a la disciplina militar; organizaciones que, parece lógico pensarlo así, solo pueden ser policiales.

La Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (en adelante, LOFCS), afronta la cuestión de forma inequívoca al disponer que el Cuerpo de la Guardia Civil, que forma parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, ostenta naturaleza militar, si bien no se integra en el Ejército de Tierra, al que había dejado de pertenecer a raíz

de la Ley Orgánica de la Defensa Nacional de 1980. **La caracterización legal de la Guardia Civil como un instituto armado de naturaleza militar ha sido polémica**, habiendo zanjado el debate —en su momento encendido— la importante STC 194/1989, de 16 de noviembre, cuya ponencia corrió a cargo de Francisco Tomás y Valiente, a la sazón Presidente del Tribunal. La Sentencia aclara que la Constitución no impide organizar un cuerpo de policía de naturaleza militar, tratándose esta «de una opción entre las posibles dejada por el constituyente a la libre disponibilidad del legislador posconstitucional». Frente a las alegaciones relativas a que la naturaleza militar del Cuerpo, solo es válida cuando ejerza misiones militares o en situación de guerra o estado de sitio, el Tribunal aduce que dicha naturaleza «constituye su rasgo característico y definitorio, y el *prius* lógico del que derivan no solo sus posibles y circunstanciales misiones militares, sino principalmente los datos permanentes u ordinarios de su régimen jurídico»; a saber: la estructura jerárquica, la organización y el régimen disciplinario.

Con independencia de que sea posible enhebrar una crítica jurídica de la Sentencia 194/1989 —que cuenta con un voto particular discrepante suscrito por los magistrados de la Vega Benayas y Díaz Eimil—, debe reconocerse que tiene la virtud de clarificar, con la autoridad del Tribunal Constitucional, los términos de la cuestión. El Tribunal ha reiterado después lo sustancial de su doctrina (STC 1/1995, de 10 de enero), doctrina de la que merece la pena retener que la existencia de un cuerpo de policía de naturaleza militar no es un imperativo constitucional, lo que desactiva cualquier pretensión de hacer de la naturaleza militar de la Guardia Civil una exigencia jurídica insoslayable. Obviamente, que el legislador opte por afirmarla acarrea importantes consecuencias de régimen jurídico para los miembros del Cuerpo, si bien la adecuación constitucional de las mismas requiere un juicio específico cuyo resultado no viene predeterminado por el hecho de que la naturaleza militar de la Guardia Civil no sea

contraria a la Constitución; más adelante indicaremos algún ejemplo.

Por lo demás, ha de mencionarse que el hecho de que en España exista una fuerza policial de estatuto militar determina la participación de nuestro país en el Tratado por el que se crea la Fuerza de Gendarmería Europea, hecho en Velsen (Países Bajos) el 18 de octubre de 2007; además de España —que lo ha ratificado por Instrumento publicado en el *BOE* de 1 de junio de 2012—, son partes del Tratado Francia, Italia, Holanda, Portugal y Rumania, estando abierta la adhesión a cualquier Estado de la Unión Europea que disponga de una fuerza policial con estatuto militar.

Hecha la precedente referencia, pasemos a analizar las diversas cuestiones que suscita el art. 104, sobre el que el Tribunal Constitucional no ha tenido muchas ocasiones de pronunciarse directamente, aunque sí sobre algunos aspectos constitucionalmente relevantes del régimen de la policía de seguridad. Quedan al margen temas de importancia cuya conexión con el objeto del presente comentario es evidente. Así, el concepto constitucional de seguridad pública y su funcionalidad dentro del sistema de reparto de competencias en materia de policía (art. 149.1.29) o lo relativo a la *policía judicial* (art. 126), temas analizados en otro lugar de la presente obra. Únicamente indicaré que el Tribunal Constitucional no siempre acierta en la selección de la normativa reguladora a las tareas de policía judicial —básica, aunque no solamente, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y los arts. 547 a 550 LOPJ—, pues invoca la legislación de protección de la seguridad ciudadana, lo que a mi juicio no es correcto, o por lo menos no lo es en los términos en que lo hace el Tribunal (Sentencias 70/2002, de 3 de abril; 173/2011, de 7 de noviembre; 115/2013, de 9 de mayo).

II. UN MODELO POLICIAL PLURAL

El apartado primero del art. 104 incurre en un error fácilmente evitable. **Es una evidencia**

que las fuerzas y cuerpos de seguridad pueden ser estatales, autonómicos y locales, y que no todos ellos dependen del Gobierno, a diferencia de lo que el precepto dice, que parece redactado pensando únicamente en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Dicha evidencia existía ya en el momento constituyente, pues las policías locales contaban con una larga experiencia en nuestro país y la propia Constitución se refiere a ellas en el art. 148.1.22; por lo que hace a las autonómicas, entonces eran solo una eventualidad constitucionalmente admitida (art. 149.1.29), pero eran. De hecho, en el Senado se propuso eliminar la alusión al Gobierno, aunque sin éxito. En consecuencia, cabe decir que la redacción del primer inciso del precepto no es la mejor de las posibles, siendo necesario interpretar dicha alusión de forma inespecífica; la alternativa a ello es entender que el art. 104.1 se refiere únicamente a la policía estatal, lo que desde luego no es así, como por lo demás se desprende de los debates constituyentes. La LOFCS elude un pronunciamiento similar y, sin perjuicio de destacar la competencia exclusiva del Estado en materia de seguridad pública (art. 1.1), reconoce **la dependencia plural de los cuerpos de policía en función de la Administración Pública a la que pertenecen** (art. 2).

Dependencia plural que genera un modelo policial complejo articulado en tres niveles: estatal, autonómico y local. Del primero nada vamos a decir aquí, pues, salvo el mencionado tema de la naturaleza jurídica de la Guardia Civil, su diseño no ofrece especial interés a los efectos del presente comentario, si bien debe mencionarse la importante decisión de la LOFCS en orden a la unificación en el Cuerpo Nacional de Policía de los antiguos Cuerpo Superior y Cuerpo de la Policía Nacional, siendo el resultante un instituto armado de naturaleza civil dependiente del Ministerio del Interior (a la operación se ha referido de forma tangencial la STC 73/1994, de 3 de marzo: «el legislador, que en ejercicio de su libertad, decidió integrar dos Cuerpos de funcionarios sometidos a diferente régimen jurídico,

también es libre para establecer el modo de realizar esa fusión, previendo por ejemplo regímenes transitorios distintos para adaptar paulatinamente las situaciones preexistentes diferenciadas a la nueva regulación uniforme»). En cambio, hemos de aludir sucintamente a las **policías autonómicas** y locales.

La creación de las primeras está constitucionalmente prevista en *el marco de lo que disponga una ley orgánica* (art. 149.1.29). Esta ley orgánica podía ser la aludida en el art. 104.2 de la Constitución, al que luego nos referiremos, u otra distinta; esto es, podía ser la reguladora de las fuerzas de seguridad en general u otra cuya función fuera establecer el marco dentro del que deberían crearse las policías de las Comunidades Autónomas cuyos estatutos las contemplaran. Inicialmente, se optó por la segunda fórmula, presentándose un proyecto de ley orgánica de Policías de las Comunidades Autónomas (BOCG núm. 65-1, 11 de julio de 1979), cuya retirada acordó el Consejo de Ministros el 3 de mayo de 1980 (BOCG núm. 65-II, 13 de junio de 1980). Es altamente probable que en la decisión gubernamental pesara la circunstancia de la aprobación, en diciembre de 1979, de los estatutos vasco y catalán, que habían dado mucha importancia a las cuestiones policiales en consonancia con la posición que sobre estos temas habían mantenido en el debate constituyente los parlamentarios nacionalistas. Al final, ha sido la LOFCS la norma que ha dado cumplimiento al mandato previsto en los arts. 104.2 y 149.1.29 de la Constitución, pero antes de ella las policías de Cataluña y del País Vasco fueron creadas, organizadas y puestas en funcionamiento a partir de las previsiones estatutarias. Aunque los estatutos de autonomía son leyes orgánicas, entiendo que ni el art. 104.2 ni el art. 149.1.29 remiten a ellos, sino a leyes orgánicas *ad hoc*; de ahí que, en términos constitucionales, la puesta en marcha de las policías catalana y vasca suscite algunos reparos. De todas formas, es agua pasada. En este punto, la LOFCS convalida hechos consumados y hoy la cuestión no pasa de ser una anécdota histórica, quizá re-

veladora de que la dinámica política no siempre se ajusta a las exigencias constitucionales y de que el desajuste puede carecer de consecuencias jurídicas si concurren determinadas circunstancias. En cuanto a los estatutos de autonomía, prevén la existencia de cuerpos de policía los de Cataluña, País Vasco, Navarra, Galicia, Andalucía, Canarias, Valencia, Aragón, Baleares y Castilla y León, aunque no todas estas Comunidades Autónomas disponen efectivamente de ellos y varias ni siquiera han dado el paso de su creación formal mediante la correspondiente ley.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la competencia autonómica para la creación de cuerpos policiales propios, pero el marco de referencia ha sido generalmente el art. 149.1.29 de la Constitución y el concepto de seguridad pública en él registrado, por lo que debemos remitirnos al comentario pertinente; no obstante, hemos de indicar que el Tribunal Constitucional afirma que la LOFCS forma parte del *bloque de la constitucionalidad* (por ejemplo, sentencias 86/2014, de 29 de mayo; 154/2017, de 21 de diciembre), lo que repercute en el argumento que utiliza al aproximarse a las leyes y competencias autonómicas sobre policía. De igual modo, merece la pena señalar que la Sentencia 159/1993, de 6 de mayo, analiza la integración en la *Ertzaintza* de los antiguos cuerpos forales que, germen de la Policía autonómica, pasaron a ser secciones de la misma en virtud de la Ley de Policía del País Vasco de 1992, que apuró la posibilidad de refundir los Cuerpos de Miñones y Miqueletes en uno solo brindada por el art. 17 del Estatuto; el Tribunal escruta la operación desde la perspectiva de la garantía constitucional de la foralidad, que no reputa infringida.

Por lo que hace a **las policías locales**, recordemos que el art.148.1.22 atribuye a las Comunidades Autónomas competencias en materia de coordinación y demás facultades relacionadas con ellas, que es independiente y distinta de la de creación de cuerpos policiales propios. Precisamente las primeras le-

yes autonómicas de coordinación de las policías locales dieron lugar a una importante jurisprudencia constitucional relativa a la prestación mancomunada o asociada del servicio de policía local —que aquellas leyes contemplaban—, así como a los supuestos de intervención fuera del término municipal que igualmente preveían dichas leyes y que iban más allá de lo dispuesto en la LOFCS, que entonces los circunscribía a situaciones de emergencia y a requerimiento de las autoridades competentes (art. 51.3). El Tribunal Constitucional se enfrentó a ambas cuestiones partiendo de la mencionada inclusión de esa Ley Orgánica en el *bloque de la constitucionalidad*, lo que le permitió afirmar que las decisiones fundamentales adoptadas por ella sobre las policías locales (ámbito estrictamente municipal de actuación, salvo situaciones de emergencia) no podían ser alteradas por los legisladores autonómicos; a partir de ahí, la declaración de inconstitucionalidad de los dos extremos mencionados era obligada (véanse, sin que podamos entrar en matices ni elementos diferenciales, las sentencias 25/1993, de 21 de enero, 49, 50, 51 y 52/1993, de 11 de febrero y 81, 82, 85 y 86/1993, de 8 de marzo). El criterio del Tribunal es respetuoso con el tenor de la LOFCS. La Ley, en efecto, era muy precisa en punto a las posibilidades de actuación de los funcionarios de policía local fuera del término municipal y, sin duda, concebía a las policías locales como exclusivamente municipales. Por lo tanto, las críticas deberían dirigirse, en su caso, contra la regulación legal, cuya rigidez en este punto era patente.

Si he utilizado el pretérito es porque la producción normativa posterior a dichas sentencias constitucionales ha dulcificado algo el rigor legislativo mencionado. Así, la Ley Orgánica 1/2003 modifica el art. 51 LOFCS para permitir que los policías que ejerzan funciones de protección de autoridades locales puedan actuar, en ejercicio de las mismas, fuera del término municipal respectivo, con autorización del Ministerio del Interior o de la Comunidad Autónoma si esta cuenta con

cuerpo propio de policía. Más tarde, la Ley Orgánica 16/2007 admite el asociacionismo municipal para la prestación de servicios de policía local, al añadir a la LOFCS una disposición adicional quinta, rubricada *colaboración para la prestación de servicios de policía local*, cuyo tenor es el siguiente: «En los supuestos en los que dos o más municipios limítrofes, pertenecientes a una misma Comunidad Autónoma, no dispongan separadamente de recursos suficientes para la prestación de los servicios de policía local, podrán asociarse para la ejecución de las funciones asignadas a dichas policías en esta Ley. En todo caso, el acuerdo de colaboración para la prestación de servicios por los cuerpos de policía local dependientes de los respectivos municipios respetará las condiciones que se determinen por el Ministerio del Interior y contará con la autorización de este o, en su caso, de la Comunidad Autónoma correspondiente con arreglo a lo que disponga su respectivo Estatuto de Autonomía». En relación con esta posibilidad de prestación asociada del servicio de policía local —cuya regulación el TC encuadra en el art. 149.1.29 de la Constitución y que ha sido desarrollada en Orden INT/2994/2010, de 10 de noviembre— la STC 172/2013, de 10 de octubre, precisa que una Comunidad Autónoma que carece de competencias estatutarias en materia de seguridad pública no puede autorizarla, mientras que la STC 86/2014, de 29 de mayo, resuelve lo contrario si existe tal competencia; con todo, esta misma Sentencia indica que tampoco una Comunidad que disponga de competencias en materia de seguridad pública puede regular dicha prestación, pues ello corresponde en exclusiva al Estado.

III. MISIONES CONSTITUCIONALES DE LAS FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD

Un aspecto muy destacado del art. 104.1 es la forma en que designa las misiones constitucionales de la policía. Como es sabido, la conexión entre la función policial y el concepto

de orden público es tradicional, por lo que no ha de extrañar que el art. 102 del Anteproyecto constitucional hablara expresamente de fuerzas de orden público, nomenclatura que fue abandonada en el informe de la Ponencia y no volvió a ser recuperada. La anodina tramitación parlamentaria del precepto comentado no suministra mucha información acerca de las razones del cambio terminológico, pero la del art. 149.1.29 sí, quedando en ella puesto de manifiesto que **se prefería no constitucionalizar el concepto de orden público al lado de las fuerzas de policía**. En este contexto, no ha de extrañar que tampoco figure al hilo de las misiones de las mismas. Décadas después, ello puede parecer una cuestión menor, pero cuando la Constitución se gestaba no era exactamente así. Por cierto, que sea que las Constituciones aspiran a perdurar, no dejan de ser hijas de su tiempo y en 1978 el concepto de orden público estaba en España plagado de adherencias y connotaciones muy marcadas que hacían poco aconsejable su recepción constitucional, al menos al hilo de la regulación de las fuerzas de policía. Cabe remitir al lector interesado a los diversos escritos de Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO sobre la función que tuvo dicho concepto en épocas anteriores a la actual, a los que cabe añadir la exposición de Francisco J. BASTIDA en su libro sobre el pensamiento político del Tribunal Supremo durante el franquismo. Es probable que el concepto de orden público suscite pocos recelos, o ninguno, cuarenta años después de aprobada la Constitución, pero en 1978 las cosas se veían de otra forma.

El art. 104.1 atribuye a las fuerzas de policía, a todas ellas, la misión de «proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana». En relación con el concepto de seguridad ciudadana, precisemos que solamente coincide en parte con el de *seguridad pública* presente en el art. 149.1.29 de la Constitución. De la doctrina del Tribunal Constitucional se infiere que el segundo designa un ámbito que desborda ampliamente el marco de las funciones policiales (entre otras, Sentencias 148/2000, de 1 de

junio; 235/2001, de 13 de diciembre; 154/2005, de 9 de junio; 172/2013, de 10 de octubre; 86/2014, de 29 de mayo), además de ser un criterio delimitador de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. No es momento de abordar una cuestión cuya sede natural es el estudio del art. 149.1.29, por lo que si aludimos a ella ahora es únicamente para destacar que **el significado de los conceptos constitucionales de seguridad ciudadana y de seguridad pública no es coincidente**. Frente a la amplitud del segundo, el primero debe entenderse en el sentido de situación de apacibilidad que permite a las personas el pacífico y sosegado ejercicio de su autonomía individual dentro del marco dispuesto por la ley. El de seguridad ciudadana es, en efecto, un concepto cuyo significado está muy próximo a la idea de tranquilidad en las calles o, si se quiere, a la ausencia de perturbaciones materiales que incomoden o dificulten el discurrir ordinario de la vida de la gente. Es en este sentido revelador el concepto de seguridad ciudadana que maneja la LO 4/2015, de 30 de marzo, si bien el Preámbulo incurre en el error de afirmar que la doctrina y la jurisprudencia han interpretado, con matices, que es sinónimo al de seguridad pública, pues no es así (comenzando por la propia jurisprudencia del TC).

La referencia constitucional a la protección del libre ejercicio de los derechos y libertades tiene además una dimensión axiológica que le hace salir del círculo en el que, a primera vista, se encuentra encerrada. Supone, desde luego, que las fuerzas de policía no tienen como misión defender los intereses de la clase política o de un cierto estamento social, sino las posiciones jurídicas fundamentales de todos los ciudadanos en su conjunto. Es evidente que, en un Estado democrático de Derecho, ello conecta con el cometido de garantizar el cumplimiento de la ley, que es una de las formas más habituales de identificar las funciones de la policía, pero esta misión constitucionalmente identificada implica que los policías no solo deben proteger los derechos y libertades de los ciu-

dadanos frente a agresiones o amenazas, sino que, además, no pueden vulnerar unos y otras en el ejercicio de sus funciones. Es obvio que esto se deduce del Código Penal y de los principios básicos de actuación que recoge el art. 5 LOFCS, pero es importante aclarar que hablamos de un imperativo jurídico implícito en la determinación constitucional de los fines policiales. Así lo ha señalado la STC 55/1990, de 28 de marzo, con palabras que merece la pena traer aquí:

«De la Constitución se deduce que las Fuerzas de Policía están al servicio de la comunidad para garantizar al ciudadano el libre y pacífico ejercicio de los derechos que la Constitución y la Ley les reconocen, y este es el sentido del art. 104.1 CE, que puede considerarse directamente heredero del art. 12 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, configurando a la Policía como un servicio público para la comunidad, especializado en la prevención y lucha contra la criminalidad, el mantenimiento del orden y la seguridad pública y la protección del libre ejercicio de los derechos y libertades. **El art. 104.1 CE trata de asegurar la adaptación del sistema policial, de sus funciones y de sus principios básicos al orden constitucional, subrayando, en un plano positivo, y en la misma línea que el art. 53 CE, la función de garantía de libertades y derechos fundamentales que también corresponde a la Policía, pero, al mismo tiempo, negativamente destacando que la actuación de la fuerza de la Policía debe respetar también y garantizar las libertades y derechos fundamentales del ciudadano.**

El art. 104.1 CE refleja un necesario y no siempre fácil equilibrio en relación con la actuación de las fuerzas de la Policía, que son un instrumento necesario para asegurar la libertad y la se-

guridad de los ciudadanos, pero que, al mismo tiempo, por la posibilidad de uso legítimo de la fuerza y de medidas de coacción supone, en el caso de extralimitaciones, una puesta en peligro de la libertad y seguridad de aquellos, así como de otros derechos y bienes constitucionales de la persona (vida, integridad física, intimidad, inviolabilidad del domicilio, etc.). Un orden constitucional democrático es incompatible con el uso de métodos represivos ilegítimos y por ello mismo exige una protección adecuada del ciudadano frente al peligro de eventuales extralimitaciones, lo que incluye también la posibilidad de acudir a la vía judicial para reaccionar frente a los excesos y abusos, con trascendencia penal, por parte de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en el uso, en principio legítimo, de la fuerza y de los medios de coacción» (FJ 5.º).

Pocos argumentos de doctrina constitucional sobre la policía son a mi juicio tan valiosos como el referido. El oficio de policía exige asumir unas reglas éticas basadas en la convicción de que el respeto a los derechos individuales es un valor por sí mismo, intangible e incuestionable. Quizá se pueda discutir que, como dice la Sentencia 55/1990, el art. 104.1 de la Constitución sea heredero directo del art. 12 de la Declaración de 1789 (a cuyo tenor, «la garantía de los derechos del hombre y del ciudadano necesita de una fuerza pública; esta fuerza se instituye en beneficio de todos y no para la utilidad particular de aquellos a quienes se confía»), pero la idea principal no admite reparos.

Indiquemos, para cerrar este punto, que lo característico de las fuerzas de policía es que sus misiones son las citadas, motivo por el cual otras organizaciones cuyos cometidos son otros no deben confundirse con ellas, ni siquiera aunque sus miembros porten armas. Véase, en este sentido, la STC 32/1993, de 1 de febrero, relativa al Cuerpo de Agentes Rurales de Cataluña.

IV. «UNA LEY ORGÁNICA DETERMINARÁ LAS FUNCIONES, PRINCIPIOS BÁSICOS DE ACTUACIÓN Y ESTATUTOS DE LAS FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD»

Tal es el tenor literal del art. 104.2 de la Constitución, a la vista del que caben las consideraciones siguientes, partiendo de la idea incontestable de que el precepto se refiere a todas y cada una de las fuerzas de seguridad existentes en nuestro país, dependan de la Administración Pública de la que dependan.

1. Funciones

Las **funciones de los cuerpos estatales** (Cuerpo Nacional de Policía y Guardia Civil) están previstas en la LOFCS. No es ocasión para aludir a la forma en que lo hace, pero sí para destacar que su art. 9.b) LOFCS y el 24 de la Ley Orgánica de la Defensa Nacional de 17 de noviembre de 2005 alumbran un panorama que, en mi criterio, no se concilia con lo dispuesto en el art. 104.2 de la Constitución. El primero establece que la Guardia Civil depende del Ministerio de Defensa «en el cumplimiento de las misiones de carácter militar que este o el Gobierno le encomienden», mientras que el segundo remite su regulación a un Real Decreto, señalando que entre tales misiones han de encontrarse las operaciones en el exterior contempladas en la misma Ley. Nada hay que objetar, sino todo lo contrario, a que se precisen normativamente las funciones militares de la Guardia Civil, pero sí a que la operación se deje en manos del Gobierno o del Ministerio de Defensa. Si la Guardia Civil forma parte las fuerzas de seguridad del Estado y es un cuerpo de seguridad pública que no se integra en las Fuerzas Armadas, su régimen jurídico está encabezado por el art. 104 de la Constitución. Y el ap. 2.º de este precepto es taxativo en punto a la reserva de ley orgánica para la determinación de las funciones de la policía.

Cabría oponer a dicho planteamiento que como las reservas materiales a las leyes orgá-

nicas deben ser objeto de interpretación restrictiva, las funciones de las fuerzas de seguridad que tiene que determinar el legislador orgánico son las propiamente policiales, mientras que las militares quedan fuera de ese imperativo constitucional. Desde luego, comparto la premisa mayor, pero no encuentro la forma de aplicarla a nuestro caso. Puesto que la Guardia Civil es fuerza de seguridad, debe darse cumplimiento escrupuloso a la exigencia constitucional de ley orgánica, que no está formulada únicamente al hilo de las funciones propiamente policiales de los cuerpos de policía, sino en referencia a todas las de estos. No obstante, y salvo error u omisión por mi parte, la disposición reglamentaria que especifica las misiones de carácter militar que pueden encomendarse a la Guardia Civil (Real Decreto 1438/2010, de 5 de diciembre), no ha sido cuestionada por los motivos dichos, aunque sí por razones relacionadas con su procedimiento de elaboración (véase la STS de 12 de noviembre de 2012, que desestima el recurso contencioso-administrativo núm. 6/2011 interpuesto por la Asociación Unificada de Guardias Civiles).

Por lo que hace a **las funciones de las policías locales**, es notorio que el art. 53 LOFCS satisface la reserva de ley orgánica de la que venimos hablando. Añadamos que está prevista la cooperación de los cuerpos locales en el aseguramiento del cumplimiento de ciertas medidas (órdenes de alejamiento, prohibiciones de residencia) acordadas por los órganos judiciales en procesos relacionados con la llamada *violencia de género* (art. 31 LO 1/2004) y que la jurisprudencia considera que las policías locales pueden ejercer con cierta amplitud tareas de policía judicial (entre otras, STS 210/2016, de 15 de marzo, recurso núm. 1437/2015). Por su parte, la disposición adicional décima LBRL, introducida por la Ley 57/2003, contempla que en el marco de lo dispuesto en la LOPJ, la LOFCS, la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana y las disposiciones reguladoras del régimen local «se potenciará la participación de los Cuerpos de Policía local en el mantenimiento

de la seguridad ciudadana, como Policía de proximidad, así como en el ejercicio de las funciones de Policía judicial, a cuyos efectos, por el Gobierno de la Nación, se promoverán las actuaciones necesarias para la elaboración de una norma que defina y concrete el ámbito material de dicha participación»; es un precepto cuya virtualidad requiere reformas legislativas, que no se han producido. Por lo demás, no podemos dejar de señalar que el Tribunal Constitucional destaca que los cuerpos locales desarrollan predominantemente funciones de policía administrativa y no de seguridad (Sentencias 175/2011, de 8 de noviembre; 86/2014, de 29 de mayo), lo que quizá no sea del todo exacto. Es verdad que entre los cometidos de los cuerpos locales figuran tareas de policía administrativa y que en ocasiones absorben buena parte del tiempo de dedicación de sus miembros, pero no se puede generalizar; la diversidad de estos cuerpos es tal que, en la práctica, lo que hacen preponderantemente unos y otros difiere incluso mucho, y ello a pesar de que el legislador orgánico los trata a todos por igual desde el punto de vista de las funciones, con la excepción de los que sirven en los llamados *municipios de gran población*, que pueden verse exonerados de las de ordenación, dirección y señalización del tráfico urbano (art. 53.3 LOFCS).

La LOFCS es igualmente la norma que establece las funciones de las policías autonómicas, excepción hecha de las del País Vasco, Cataluña y Navarra. Respecto de las dos primeras, los estatutos de 1979 diseñaron su espacio funcional, que en el caso catalán se amplió acudiendo a una ley orgánica de las previstas en el art. 150.2 de la Constitución (LO 6/1997, de 15 de diciembre, de transferencia de competencias ejecutivas en materia de tráfico y circulación de vehículos a motor a la Comunidad Autónoma de Cataluña). El Estatuto de 2006 ofrece una regulación más acabada que el anterior, lo cual era de esperar; según el art. 164.3 (no impugnado ante el TC), la Policía de la Generalitat-Mossos d'Esquadra ejerce todas las funciones propias de un cuerpo de policía en los ámbi-

tos de la seguridad ciudadana y el orden público, la policía administrativa y la policía judicial y la investigación criminal. En cuanto a la Policía Foral de Navarra, la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento dispuso que continuaría ejerciendo las funciones que ostentaba a la sazón y que cualquier ampliación de sus fines y servicios debería realizarse en el marco de lo establecido en la correspondiente ley orgánica.

No entramos a valorar el modo a través del cual se han ido diseñando normativamente las funciones de las policías de Cataluña, Navarra y el País Vasco, pues ello requeriría enhebrar un discurso que nos alejaría del hilo conductor del presente comentario. Indico únicamente que, en relación con otras policías autonómicas que puedan crearse, debe ser el legislador orgánico (no el estatuyente) quien tome las riendas jurídicas del asunto, tanto por coherencia con lo dispuesto en el art. 104.2 de la Constitución como porque en esta materia es imprescindible una visión de conjunto del modelo policial entero. A este respecto, el art. 38 LOFCS debe ser el marco legal de las funciones de los cuerpos autonómicos que lleguen a establecerse.

2. Principios básicos de actuación

En cumplimiento del mandato del art. 104.2 de la Constitución, el art. 5 LOFCS enumera los principios básicos de actuación de todas las fuerzas de policía. La recepción constitucional de la noción de *principios básicos de actuación* conecta con la preocupación mostrada al respecto por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa y por la Asamblea General de Naciones Unidas, quienes en 1979 adoptaron dos importantes textos que, en muy buena medida, contienen principios que pueden ser denominados igual; se trata, respectivamente, de la *Declaración sobre la Policía* —Resolución 690 (1979), de 8 de mayo— y del *Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley* —Resolución 34/169, de 17 de diciembre

de 1979—. Los debates constituyentes no suministran indicación alguna acerca de si pudieron ser las noticias acerca de la previsible aprobación de esos textos, si es que se tuvieron, la causa de la inclusión en el texto constitucional de la referencia a dichos principios, que por cierto figuraba ya en el Anteproyecto. Lo que sí es evidente es que tanto la *Declaración sobre la Policía* como el *Código de conducta* han sido tenidos muy presentes en la elaboración del art. 5 LOFCS, como el Preámbulo de la norma reconoce sin ambages. Debe quedar claro que **el precepto no es un código deontológico**, entendida la expresión como conjunto de prescripciones por cuya efectividad velan los propios profesionales y cuya infracción acarrea consecuencias que se depuran en el interior de la organización. En absoluto es así; **los principios básicos de actuación de las fuerzas de policía son en verdad jurídicos y su vulneración puede acarrear la responsabilidad individual del funcionario (penal y/o disciplinaria), la patrimonial de la Administración y comprometer la adecuación al ordenamiento de la actuación policial misma**.

Suministra un ejemplo de lo último la STC 21/2018, de 5 de marzo, que estima el recurso de amparo promovido a raíz de una detención policial practicada sin las debidas garantías, circunstancia que constituye una vulneración del art. 5.3.c) LOFCS, que obliga a las policías a dar cumplimiento y observar con la debida diligencia los trámites, plazos y requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico cuando procedan a la detención de una persona. En este caso, el Tribunal Constitucional tiene en cuenta las reformas introducidas en 2015 en la Ley de Enjuiciamiento Criminal para concretar las garantías señaladas en dos directivas de la Unión Europea, siendo tal regulación la que desatendió la policía en el curso de la detención del recurrente en amparo al no informarle debidamente acerca de las circunstancias que la justificaron. La Sentencia no cita dicho precepto orgánico, pero no cabe duda de que la medida policial no observó el principio básico de actuación aludido.

Entre los principios que enumera el art. 5 LOFCS, destaca particularmente el de **proporcionalidad**. El Tribunal Constitucional se ha referido a la proporcionalidad de ciertas medidas policiales, aplicando siempre el tripe juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Muestran los términos del análisis las Sentencias 37/1998, de 17 de febrero (filmación policial de un piquete de huelguistas); 70/2002, de 3 de abril (intervención policial de una carta a un detenido); 14/2003, de 28 de enero (distribución a los medios de comunicación de la fotografía de un detenido); 206/2007, de 24 de septiembre (análisis de las muestras de sangre que habían sido extraídas con ocasión del ingreso del demandante en un hospital tras un accidente de tráfico); 173/2011, de 7 de noviembre (acceso policial a los archivos del ordenador de un detenido por pornografía infantil); 142/2012, de 2 de julio (acceso policial a la agenda del teléfono portátil de una persona); 115/2013, de 9 de mayo (acceso policial a lista de contactos de un teléfono portátil); 199/2013, de 5 de diciembre (análisis de ADN realizado sin autorización judicial). En uno de esos casos, el TEDH ha considerado que, frente al criterio del Constitucional, la medida policial no era proporcionada desde la perspectiva del Convenio Europeo, pues no había razón alguna para que la policía la adoptara sin previa autorización judicial, como había sostenido la Magistrada Elisa Pérez Vera en el voto particular a la STC 173/2011, que es aquella cuyo criterio contradice el Tribunal de Estrasburgo en el asunto *Trabajo Rueda contra España* (Sentencia de 30 de mayo de 2017).

De las sentencias constitucionales citadas, merece un momento de atención la 37/1998, que aplica el triple test de proporcionalidad a la filmación por la policía de la actividad de un piquete de huelga y afirma que «no puede apreciarse que en el presente caso y atendidas las circunstancias concurrentes, la grabación de la actividad de quienes trataban de extender y hacer publicidad de la huelga fuera una medida imprescindible y justificada

desde la perspectiva de la proporcionalidad, no ya en el sentido genérico de la proporcionalidad que, según el art. 5.2.c) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, debe presidir toda actuación policial, sino en el sentido específico propio del juicio de constitucionalidad relativo a la que hemos denominado proporcionalidad del sacrificio del derecho fundamental». La expresión a resaltar particularmente es la que alude al sentido genérico de la proporcionalidad en el art. 5.2.c) LOFCS, deduciéndose de ella que la proporcionalidad de una medida policial se evalúa de forma distinta según que se trate de una intervención subsumible en el precepto o de otra clase. La distinción no está en absoluto desprovista de fundamento si consideramos que ese artículo de la LOFCS se refiere a actuaciones policiales de coacción directa, que difieren, material y jurídicamente, de otras de naturaleza preventiva o que se comprenden en el marco de una investigación criminal. La medida consistente en analizar muestras de sangre, o en registrar un ordenador, o en acceder a la agenda de direcciones de un teléfono portátil, puede ser objeto de escrutinio jurídico en punto a su idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, pero la coacción policial directa muy difícilmente se presta a un análisis tan sofisticado habida cuenta de las circunstancias en que se desarrolla.

Es mérito de la STC 37/1998 el haber advertido, siquiera sea telegráficamente, de esta diferencia, que en absoluto priva de contenido jurídico al principio de proporcionalidad en caso de empleo de la fuerza policial (uso de armas de fuego, disolución de manifestaciones violentas, etc.), que equivale ahora a un uso no excesivo de la misma, a un lanzamiento de la coacción que no vaya más allá de lo estrictamente necesario para afrontar la situación de conflicto que justifica el empleo de medios materialmente coactivos; es decir, que el uso de la fuerza es preciso, que el medio concretamente utilizado es pertinente y que el grado de la violencia no supera el umbral de lo imprescindible. Que este entendi-

miento de la proporcionalidad policial en absoluto comporta que el control jurídico sufra una rebaja lo acredita la jurisprudencia de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo relativa a la apreciación de la eximente, completa o incompleta, de obrar en cumplimiento de un deber (por ejemplo, Sentencias 258/2016, de 1 de abril; 691/2003, de 16 de mayo; 17/2003, de 15 de enero). Se trata, simplemente, de que los parámetros de enjuiciamiento no pueden ser los mismos ante la coacción directa que ante una medida policial preventiva o de investigación. Valga como referencia a tener en cuenta en este momento que tampoco el Tribunal Europeo de Derechos Humanos aplica de igual modo el principio de proporcionalidad a toda intervención policial, sin que ello suponga desfallecimiento alguno en orden a la censura jurídica de acciones de coacción directa no concordantes con el elevado estándar de protección de los derechos humanos que el Tribunal de Estrasburgo extrae del Convenio de 1950.

Y ya que hemos aludido nuevamente al TEDH, no podemos dejar de mencionar, para terminar este apartado, que ha declarado en varias ocasiones que España ha infringido la obligación procesal inherente al art. 3 del Convenio, así como que ha vulnerado materialmente dicho precepto, que prohíbe terminantemente las torturas y penas o tratos inhumanos o degradantes. Prohibición que en nuestro ordenamiento se infiere con toda nitidez del Código Penal y del principio básico de actuación que obliga a todos los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad a velar por la vida e integridad física de las personas a quienes detuvieren o que se encuentren bajo su custodia y a respetar el honor y dignidad de las personas [art. 5.3.b) LOFCS]. La citada obligación procesal derivada del art. 3 CEDH consiste en la realización de una investigación eficaz cada vez que se formula una denuncia relativa a la práctica de torturas o malos tratos por parte de la policía y, como se ha dicho, el Tribunal de Estrasburgo ha apreciado su infracción en diversas ocasiones (entre otras, Sentencias *Beortegui Martínez*, de 31 de mayo de 2016;

Beortegui Martínez, de 31 de mayo de 2016; *Arratibel Garcíandia*, de 5 de mayo de 2015; *Ataun Rojo*, de 7 de octubre de 2014; *Beristain Ukar*, de 8 de marzo de 2011); el Tribunal Constitucional ha tomado buena nota y son varias las sentencias que declaran la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva a causa de la investigación insuficiente de una denuncia por tortura o malos tratos (por ejemplo, Sentencias 39/2017, de 24 de abril; 144/2016, de 19 de septiembre; 153/2013, de 9 de septiembre). Pero en la Sentencia *Portu Juanenea y Sarasola Yarzábal*, de 13 de febrero de 2018, el TEDH declara que, además de una vulneración procesal del art. 3 del Convenio, se ha producido una vulneración material, si bien no considera los actos policiales denunciados constitutivos de tortura, sino de tratos inhumanos y degradantes; tres de los siete jueces de la Sala estimaron que tales actos eran de tortura.

3. Estatutos

Llegamos a la última cuestión a tratar aquí: el encargo de establecer los estatutos de las fuerzas de policía que el art. 104.2 de la Constitución hace a la ley orgánica.

Cabe indicar que, puesto que los policías solo pueden ser funcionarios, el significado del concepto de estatuto no ha de diferir del que tiene a propósito de los funcionarios públicos en general (art. 103.3 de la Constitución), al que refiere, entre otras, la STC 99/1987, de 11 de junio. Ahora bien, no todos los extremos que dicha Sentencia entiende incluidos dentro del concepto de estatuto de los funcionarios públicos están afectados por la reserva de ley orgánica del art. 104.2. En realidad, la ley orgánica solo es necesaria para regular los aspectos del régimen estatutario de los policías que guardan relación con el ejercicio de los derechos fundamentales; de esta forma, la reserva se reconduce a límites razonables, pues, en términos de diseño constitucional del sistema de fuentes del Derecho, sería exagerado reclamar la intervención del legisla-

dor orgánico para la regulación de todos y cada uno de los aspectos del estatuto de los policías que encajan en el concepto de estatuto de los funcionarios públicos conforme a lo que el Tribunal Constitucional entiende por tal. Así, habrá extremos del régimen estatutario de los policías (derechos fundamentales) cuya regulación está reservada a la ley orgánica, y otros que no (por ejemplo, el régimen de la segunda actividad de los miembros del Cuerpo Nacional de Policía).

Dicho lo anterior, señalemos que no solo **el estatuto de los policías puede ser distinto del de los funcionarios públicos en general** —como indica el ATC 66/1987, de 21 de enero, a propósito de la edad de jubilación—, sino que **pueden existir diferencias estatutarias entre los propios cuerpos de policía**. El art. 104.2 habla de *estatutos*, por lo que el empleo del plural sugiere que pueden ser distintos, siempre y cuando, obviamente, ello cuente con justificación objetiva.

De entrada, **así es a propósito del Cuerpo de la Guardia Civil, cuya naturaleza militar impregna el estatuto de sus miembros**, a quienes se aplican las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, según se ha establecido reglamentariamente (RD 1437/2010) y ha confirmado la Sala 3.^a del Tribunal Supremo (Sentencias de 13 de febrero y de 17 de octubre de 2012, recursos núms. 4/2011 y 5/2011). En relación con los integrantes del Cuerpo, es de recordar que tienen reconocido el ejercicio de los derechos de reunión y manifestación, si bien no pueden organizar ni participar activamente en reuniones o manifestaciones de carácter político o sindical, así como el de asociación para la defensa o promoción de sus intereses profesionales, económicos y sociales. Respecto del segundo, ya la STC 291/1993, de 18 de octubre, había apuntado que los miembros de la Guardia Civil debían disfrutar de él, aunque no ha sido hasta la Ley Orgánica 11/2007 que el legislador ha clarificado los términos de la cuestión; y la STS 218/2018, de 13 de febrero (recurso núm. 3296/2015) razona ampliamente acerca de los

límites admisibles al ejercicio del derecho y reputa contrario al ordenamiento que la Administración desestimara la solicitud de pertenencia de la Asociación Unificada de Guardias Civiles a la Confederación Europea de Policía (EUROCCOP).

Por otra parte, el legislador ya no contempla la imposición de la sanción disciplinaria de arresto a los miembros de la Guardia Civil, salvo para los supuestos de ejercicio de misiones de carácter militar o cuando aquellos se integren en unidades militares, generalmente desplazadas en el extranjero (Ley Orgánica 12/2007); la previsión en la normativa precedente de la sanción de arresto había dado lugar a que el Tribunal Constitucional dictara la Sentencia 73/2010, de 18 de octubre, en la que, resolviendo una cuestión interna de inconstitucionalidad, afirma que las sanciones privativas de libertad en el ámbito de la Guardia Civil únicamente encuentran amparo en el art. 25.3 de la Constitución si son impuestas por la Administración militar y «siempre y cuando la actuación objeto de sanción se haya desenvuelto estrictamente en el ejercicio de funciones materialmente calificables como militares y no en el ámbito propio de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado» (también, STC 122/2010, de 29 de noviembre).

Pero también entre los cuerpos policiales de naturaleza civil existen diferencias estatutarias. Algunas tan relevantes como las referidas a los derechos sindicales, pues los de los policías locales se rigen por la legislación general, mientras que los de los demás no, siquiera en el ámbito autonómico se advierte una mayor proximidad a ella que en el estatal. Y otras de menor fuste, pero representativas de la circunstancia que se comenta. Por ejemplo, la STC 73/1994, de 3 de marzo, admitió diferencias transitorias entre el régimen estatutario de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía en atención al Cuerpo de procedencia (el de la Policía Nacional o el Superior de Policía) antes de la integración de ambos en aquel (en el caso, una

edad diferente de pase a la situación de segunda actividad). Y, ya de mayor actualidad, merece la pena comentar que incluso la edad máxima para acceder a un cuerpo de policía puede variar en función de cuál sea este; así, el TJUE ha considerado que el límite de edad de 30 años establecido en una ley autonómica para el ingreso en la policía local es desproporcionado (Sentencia de 13 de noviembre de 2014, *Mario Vital Pérez*), mientras que no ha puesto reparo a que se fije el de 35 años para acceder a la *Ertzaintza* (Sentencia de 15 de noviembre de 2016, *Gorka Salaberría Sorondo*); para resolver así, el TJUE se apoya en que las funciones de los respectivos cuerpos policiales son distintas. La Sala 3.^a del Tribunal Supremo razona de modo similar (por ejemplo, Sentencia núm. 627/2017, de 5 de abril, recurso 1709/2015).

Aludamos, para terminar, a ciertos extremos del régimen estatutario de las fuerzas de policía directamente conectados con el texto constitucional.

A) En su redacción inicial, la LOFCS incluía, dentro de las que llama *disposiciones estatutarias comunes* a todas las fuerzas de seguridad, que la instrucción y fallo de las causas criminales abiertas contra los policías por la comisión de delitos en el ejercicio de sus funciones correspondía a las Audiencias Provinciales correspondientes. La citada STC 55/1990 anuló tal previsión, apelando a la conocida doctrina de la *contaminación inquisitiva* y declarando que el precepto cuestionado «es inconstitucional, por contrario al derecho al juez imparcial, en cuanto que asigna a un mismo órgano judicial la instrucción, el procesamiento y el conocimiento y fallo» en los procedimientos relacionados con los delitos cometidos por los funcionarios de Policía en el ejercicio de sus funciones. El Abogado del Estado había aducido que las misiones constitucionales de las fuerzas de seguridad justificaban la regla especial que la Sentencia anula, pero de esta se deduce que el art. 104.1 de la Constitución no suministra justificación suficiente a la norma cuestionada.

B) Puesto que los policías son funcionarios públicos, cabe decir que su vínculo con la Administración es muestra de la categoría de **las relaciones de sujeción especial**, categoría esencialmente polémica, pero que parece que puede seguir utilizándose para designar aquellos supuestos de integración efectiva del ciudadano en la organización administrativa, como sucede cabalmente a propósito de los funcionarios. Aceptar la existencia de una relación de sujeción especial tiene trascendencia jurídica, pues puede repercutir sobre la densidad material del principio de legalidad sancionadora e incluso sobre la configuración técnico-jurídica de la **prohibición del bis in idem**. Es justamente desde este segundo punto de vista que el tema interesa en este momento.

De la STC 234/1991, de 10 de diciembre, se deduce que el interés en que los funcionarios de policía no cometan conductas constitutivas de delito es suficiente para admitir la procedencia de la sanción administrativa además de la penal cuando la causa de la primera es únicamente la imposición de la segunda, que es lo que sucede cuando se tipifica como infracción administrativa la comisión de un delito doloso. A juicio del Tribunal, si la tarea de la policía es averiguar y perseguir los delitos, la irreprochabilidad penal de sus funcionarios es un interés legítimo de la Administración que le habilita para sancionar disciplinariamente al agente que ha sido condenado por la comisión de un delito doloso (en el caso, un falso testimonio para favorecer a un amigo involucrado en un accidente de circulación); dice el Tribunal que el servicio policial «requiere que aquellos que lo desempeñan no incurran en aquellas conductas que ellos mismos han de impedir o cuya sanción han de facilitar cuando son realizados por otros. La irreprochabilidad penal de los funcionarios de la Policía gubernativa es un interés legítimo de la Administración que, al sancionar disciplinariamente a los que han sido objeto de condena penal, no infringe en consecuencia el principio *ne bis in idem*». El criterio luce igualmente en las Sentencias de la

Sala 3.^a del TS de 16 de marzo de 2004 (recurso núm. 10700/1998) o de 20 de julio de 2005 (recurso núm. 250/2000).

El principio *ne bis in idem* es el eje de la STC 188/2005, de 7 de julio, sirviendo ahora para descalificar un precepto legal. La Sentencia estima la cuestión de inconstitucionalidad presentada contra el art. 27.3.j) LOFCS, que tipificaba como falta muy grave «haber sido sancionado por la comisión de tres o más faltas graves en el período de un año». El nervio del razonamiento del Tribunal se encuentra en que la sanción por la mera comisión de sanciones anteriores no obedece a un interés legítimo diferente al satisfecho por estas y supone volver a castigar por lo ya castigado antes sin fundamento para ello. La relación especial de sujeción, a juicio del Tribunal Constitucional, no permite provocar el nacimiento de una conducta infractora únicamente identificada por la comisión de otras anteriores, sin la comisión por ende de hechos típicos nuevos. La reincidencia, señala la Sentencia, es una agravante admisible en términos constitucionales en la medida en que sirva para castigar de modo más severo conductas posteriores a otras ya sancionadas, pero no para engendrar una sanción ajena a la comisión de hechos nuevos. De ahí que declare la inconstitucionalidad y nulidad del precepto cuestionado.

C) El art. 28.1 de la Constitución indica que el legislador puede **limitar o exceptuar el ejercicio del derecho de sindicación** «a las fuerzas o institutos armados o a los demás cuerpos sometidos a disciplina militar», mientras que respecto de los restantes policías únicamente le permite introducir peculiaridades, exactamente igual que en relación con los funcionarios civiles a los que se refiere el citado precepto constitucional. Así se deduce del tenor literal del mismo y de las SSTC 91/1983, de 7 de noviembre, 31/1985, de 5 de marzo y 141/1985, de 22 de octubre.

Como es lógico, no hemos de detenernos en la exposición, ni siquiera telegráfica, del régi-

men de ejercicio de los derechos sindicales por los funcionarios de policía, pero debemos atender al tema de los límites al mismo, cuestión sobre la que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en diversas ocasiones construyendo una doctrina cuyos elementos estructurales pueden considerarse consolidados. Prescindiendo de aquellos casos en los que de una forma u otra se aduce la libertad sindical, pero que versan sobre demandas de amparo presentadas por funcionarios de policía que no tienen reconocidos los derechos sindicales, motivo por el cual el análisis desde la perspectiva del art. 28.1 de la Constitución no es determinante (así, la STC 272/2006, de 25 de septiembre), y de los que no versan sobre los límites al ejercicio del derecho, sino exclusivamente sobre la vulneración del mismo por la Administración mediante comportamientos antisindicales (SSTC 17/1996, de 7 de febrero y 144/2006, de 8 de mayo), podemos señalar lo siguiente.

El Tribunal Constitucional se refirió a la cuestión indicada en la Sentencia 81/1983, de 10 de octubre, en la que se destaca que la estructura interna de la Policía, fuertemente jerarquizada, y las misiones que le atribuye el art. 104.1 de la Constitución exigen que las declaraciones públicas de los representantes sindicales se realicen con la medida necesaria para no vulnerar el «respeto debido a los superiores y para no poner en peligro el buen funcionamiento del servicio y de la institución policial»; la posterior Sentencia 141/1985 se remite a la acabada de citar para apostillar que «las libertades de expresión y sindical tienen sus límites, derivados de la condición de funcionario y, concretamente, de funcionario del Cuerpo Superior de Policía, de quien ejerce dichas libertades». El Tribunal Constitucional ha seguido insistiendo en el argumento en las Sentencias 273/1994, de 17 de octubre, 85/1995, de 6 de junio, y 127/1995, de 25 de julio. De todo ello se infiere que las peculiaridades organizativas de los cuerpos de policía, regidos por los principios de jerarquía y subordinación, así como el crédito y el prestigio de la institución policial y el buen funcio-

namiento de la misma constituyen límites que los representantes sindicales deben observar necesariamente en el ejercicio de sus acciones. Aunque la idea es correcta, cabe preguntarse si en ocasiones no se aplica con cierto automatismo.

D) El ATC 99/2009, de 23 de marzo, inadmitió el recurso de amparo promovido por un sindicato de la policía vasca, que combatía la **prohibición genérica del derecho de huelga** contenida en el art. 6.8 LOFCS. La Sala 2.^a

del TC rehúsa elevar la cuestión al Pleno y afirma que la prohibición no vulnera la Constitución. Tiempo después, en el caso *Junta Rectora del Ertzainen Nazional Elkartasuna (ER. N. E.) contra España*, el TEDH considera que la opción del legislador español no contradice lo dispuesto en el art. 11 del CEDH (Sentencia de 21 de abril de 2015), si bien el Tribunal de Estrasburgo deja claro que la prohibición general de la huelga en la policía no es un imperativo jurídico, sino una opción del legislador nacional.

BIBLIOGRAFÍA

BARCELONA LLOP, J., «Principios básicos de actuación de las fuerzas policiales», en el volumen colectivo *Policía y seguridad: análisis jurídico-público*, IVAP, Oñate, 1990, págs. 45 y ss.

- *Policía y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1997.
- *Sobre el modelo policial español y sus posibles reformas*, Fundación Alternativas, Madrid, 2006.
- *La garantía europea del derecho a la vida y a la integridad personal frente a la acción de las fuerzas del orden*, Thomson-Aranzadi, 2007.
- «Nuevas consideraciones en torno a la organización y funciones de los cuerpos locales de policía: el estado de la cuestión», *Diario del Derecho Municipal*, 18 y 26 de junio de 2012.
- «Actuaciones para el mantenimiento y restablecimiento de la seguridad ciudadana: los principios de legalidad y de proporcionalidad», en *Estudios sobre la Ley de Seguridad Ciudadana*, Thomson Aranzadi, en prensa.

CASINO RUBIO, M., *Seguridad pública y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2015.

CASTELLS ARTECHE, J. M., «Informe sobre el modelo policial en el Estado español», en el volumen colectivo *El modelo policial y sus retos de futuro*, Instituto de Estudios Autonómicos, Barcelona, 2000, págs. 13 y ss.

DOMÍNGUEZ BERRUETA DE JUAN, M., SÁNCHEZ FERNÁNDEZ DE GATTA, D. y FERNANDO PABLO, M., «El modelo policial ante el Tribunal Constitucional», *Revista de Administración Pública*, núm. 123, 1990, págs. 261 y ss.

FERNÁNDEZ SEGADO, F., «Artículo 104. Las Fuerzas y cuerpos de seguridad», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, tomo VIII, Cortes Generales-Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1998, págs. 425 y ss.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., «El estatuto de los policías según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 61, 1989, págs. 97 y ss.

Artículo 105

La ley regulará:

a) La audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten.

b) El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas.

c) El procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado.

Sumario: I. Planteamiento general. II. La significación constitucional del trámite de audiencia en los procedimientos de elaboración de actos y disposiciones administrativas. III. El derecho de acceso a los archivos y registros administrativos.

JUAN FRANCISCO MESTRE DELGADO
CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

A) El art. 105 de la Constitución incorporó dos importantes reglas en el ordenamiento constitucional referidas a la actuación de las Administraciones Públicas: por un lado, el trámite de audiencia en los procedimientos administrativos, tanto en los que persiguen la producción de actos como los referidos a la aprobación de disposiciones administrativas de carácter general; por otro lado, el principio de transparencia que debe presidir la actuación de las Administraciones Públicas.

Se trata aparentemente de determinaciones independientes, proyectadas sobre ámbitos diferenciados o aislados entre sí; pero entre ellas fluye un hilo conductor que permite si-

tuar en términos generales el trasfondo de la regulación contenida en el precepto constitucional, sin perjuicio de las singularidades que corresponden a cada uno de los tres apartados en que se estructura: la participación de los ciudadanos en la actuación administrativa, que presenta una trascendencia sumamente destacable tanto para las Administraciones Públicas como para el Derecho administrativo. Es claro que en unos casos —el trámite de audiencia— se vincula el derecho con la existencia de un interés legítimo, de forma que no todos los ciudadanos son titulares de aquel derecho, mientras que el derecho de acceso de acceso a los archivos y registros administrativos, que constituye un reflejo del principio de transparencia administrativa, se encuentra previsto en favor de

todos los ciudadanos, sin que para su ejercicio sea exigible como regla general la concurrencia de aquel requisito de legitimación; también lo es que la finalidad inmediata a la que se enderezan, unos y otro, son diferentes, ya que el trámite de audiencia encuentra una vinculación inmediata con el derecho de defensa y el derecho de acceso sirve a una finalidad más genérica, cual es la instrumentación de una suerte de control difuso de la actuación de las Administraciones (no es preciso ahora matizar el alcance del concepto archivos y registros administrativos) derivado del conocimiento por los ciudadanos de su comportamiento y de las decisiones adoptadas. Pero todo ello no enmienda la existencia de un núcleo común en torno al cual se construyó sistemáticamente la regulación del precepto constitucional que nos ocupa.

A ello se ha referido la jurisprudencia constitucional cuando se ha detenido en el análisis de los fenómenos participativos contemplados en la Constitución; en particular, en la STC 119/1995, de 17 de julio, y tras delimitar el ámbito de la participación contemplada en el art. 23.1 de la Constitución, recordó que este «no agota las manifestaciones del fenómeno participativo que tanta importancia ha tenido y sigue teniendo en las democracias actuales y al que fue especialmente sensible nuestro constituyente», precisamente porque «el Texto constitucional es rico en este tipo de manifestaciones». Desde esta perspectiva, efectuó una sistematización de las diferentes previsiones que, al respecto, formula la Constitución: «en unos casos, se contiene un mandato de carácter general a los poderes constituidos para que promuevan la participación en distintos ámbitos: así, el art. 9.2 CE contiene un mandato a los poderes públicos para que faciliten «la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social», y el art. 48 establece la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para la participación de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural. En otros casos, el constituyente ha previsto formas de participación en

ámbitos concretos, algunas de las cuales se convierten en verdaderos derechos subjetivos, bien *ex Constitutione*, bien como consecuencia del posterior desarrollo por parte del legislador; es el caso del art. 27, que en sus aps. 5 y 7 se refiere a la participación en la programación en la enseñanza y en el control y gestión de los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos; del art. 105, según el cual la Ley regulará la audiencia de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas [ap. a)], y la garantía de la audiencia de los interesados en el procedimiento de producción de actos administrativos [ap. c)]; del art. 125, que prevé la participación de los ciudadanos en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, y del art. 129, que en su ap. 1.º remite a la Ley el establecimiento de formas de participación de los interesados en la Seguridad Social y en la actividad de determinados organismos públicos, y en su apartado segundo recoge un mandato a los poderes públicos para que promuevan eficazmente formas de participación en la empresa. Diversas fórmulas de participación —bien directamente, bien a través de órganos establecidos al efecto— se recogen también en los arts. 51, 52 y 131.2 de la CE».

Todos ellos constituyen «formas de participación que difieren no solo en cuanto a su justificación u origen, sino también respecto de su eficacia jurídica que, por otra parte, dependerá en la mayoría de los casos de lo que disponga el legislador (aunque en su labor configuradora esté sometido a límites como los derivados de la interdicción de la arbitrariedad —art. 9.3 CE— y del derecho de igualdad —art. 14 CE—)»; aunque ninguna de ellas —añade la Sentencia citada— son manifestaciones del derecho de participación que garantiza el art. 23.1 de la Constitución, «pues no solo se hallan contempladas en preceptos diferentes de la Constitución, sino que tales preceptos obedecen a manifestaciones de una *ratio* bien distinta: en el art. 23.1 C. E. se trata de las modalidades —representativa y directa— de lo que en el mundo occidental se

conoce por democracia política, forma de participación inorgánica que expresa la voluntad general, mientras que en los restantes preceptos a que se ha hecho alusión —si se exceptúa el jurado, cuya naturaleza no procede abordar aquí— se da entrada a correctivos particularistas de distinto orden».

B) En cualquier caso, el art. 105 establece una reserva de ley («la Ley regulará») para la regulación de los tres aspectos que concreta. La jurisprudencia constitucional explicó tempranamente (STC 18/1981, de 8 de junio) que la reserva de ley que establece este precepto no tiene el significado de diferir la aplicación de los derechos fundamentales y libertades públicas hasta el momento en que se dicte una Ley posterior a la Constitución, ya que en todo caso los principios contenidos en este art. son de aplicación inmediata, sin necesidad de la *interpositio legislatoris* para la misma.

II. LA SIGNIFICACIÓN CONSTITUCIONAL DEL TRÁMITE DE AUDIENCIA EN LOS PROCEDIMIENTOS DE ELABORACIÓN DE ACTOS Y DISPOSICIONES ADMINISTRATIVAS

A) La Constitución ha prestado atención específica al trámite de audiencia en los procedimientos administrativos, al formular un mandato concreto al Legislador para que, en la regulación del procedimiento administrativo, incorpore (en el caso del procedimiento tendente a la producción de actos administrativos, «cuando proceda») la referida audiencia.

Es claro que en manos del Legislador queda un margen de discrecionalidad para efectuar la regulación, aunque también lo es, como nos consta, que se encuentra delimitado por las previsiones contenidas en el texto constitucional. Así, la jurisprudencia constitucional ha establecido vinculaciones con el derecho fundamental garantizado por el art. 24.1 de la Constitución, para sostener en definitiva que

una sanción administrativa impuesta de plano, esto es, sin procedimiento alguno, es contraria al referido derecho fundamental. En la STC 18/1981, de 8 de junio, señaló que «los principios esenciales reflejados en el art. 24 de la Constitución en materia de procedimiento han de ser aplicables a la actividad sancionadora de la Administración, en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto, y la seguridad jurídica que garantiza el art. 9 de la Constitución. No se trata, por tanto, de una aplicación literal, dadas las diferencias apuntadas, sino con el alcance que requiere la finalidad que justifica la previsión constitucional», de forma tal que «tales valores no quedarían salvaguardados si se admitiera que la Administración, por razones de orden público, puede incidir en la esfera jurídica de los ciudadanos imponiéndoles una sanción sin observar procedimiento alguno, y, por tanto, sin posibilidad de defensa previa a la toma de la decisión, con la consiguiente carga de recurrir para evitar que tal acto se consolide y haga firme. Por el contrario, la garantía del orden constitucional exige que el acuerdo se adopte a través de un procedimiento en el que el presunto inculcado tenga oportunidad de aportar y proponer las pruebas que estime pertinentes y alegar lo que a su derecho convenga». Bien es cierto que el margen de disponibilidad en manos del Legislador es innegable, como ha recordado en la STC 68/1985, de 27 de mayo, ya que en el art. 105.c) de la Constitución solo se exige la audiencia, «cuando proceda», subrayando que «las exigencias del art. 24 no son trasladables sin más a toda tramitación administrativa».

B) El trámite de audiencia permite a los interesados trasladar a la Administración actuante sus alegaciones sobre la decisión a adoptar; sin duda en el ámbito de la producción de actos administrativos los titulares del derecho son los interesados en el procedimiento, pero en el procedimiento de elaboración de reglamentos el Tribunal Constitucional ha sostenido que quienes alegan no se convierten en parte procesal. Así, en la STC 61/1985,

de 8 de mayo, señaló que «la audiencia de los ciudadanos directamente o a través de organizaciones y asociaciones [art. 105.a) de la Constitución] no constituye ni a aquellos ni a estas en interesados en el sentido de partes procedimentales necesarias. Se trata de un caso de participación funcional en la elaboración de disposiciones de carácter general, directamente o mediante organizaciones de representación de intereses, a las que, aun participando en el procedimiento —que no es el caso de este recurso—, no se les asigna el carácter de parte procedimental (o interesado), con lo que esto entraña a los efectos de su llamada al ulterior proceso contencioso-administrativo». Conviene señalar que de este criterio ha discrepado la jurisprudencia del Tribunal Supremo (en especial, en la STS de 21 de noviembre de 1990 de la Sala Especial de Revisión).

Por otra parte, caben otras concreciones del art. 105.a) de la Constitución en la ordenación de los procedimientos administrativos, además del trámite de audiencia. Así, en el caso de la información pública, al que aludió en este sentido la STC 119/1995, de 17 de julio, al señalar, a los efectos de solventar el asunto suscitado declarando la inaplicabilidad del derecho fundamental consagrado por el art. 23.1 CE, que a esos efectos no era preciso «entrar ahora a determinar si el trámite de información pública es o no una concreción del art. 105.a) de la Constitución (aunque sí conviene poner de relieve que así viene entendiéndolo el Tribunal Supremo: STS Sala Cuarta de 28 de octubre de 1988, y SSTS Sala Tercera, Sección Quinta, de 11 de marzo de 1991, 9 de julio de 1991 y 23 de junio de 1994, entre otras), o a analizar si existen o no diferencias entre dicha información pública y el trámite de audiencia que prevé el precepto constitucional».

C) El ap. a) del art. 105 impone al Legislador la regulación de la audiencia a los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las dis-

posiciones administrativas que les afecten. En el ámbito estatal, la regulación del trámite de audiencia se contempla en el art. 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, en el que se establecen los supuestos en los que no es exigible el trámite (por un lado, cuando concurren «graves razones de interés público» debidamente explicitadas; por otro, cuando las organizaciones o asociaciones hubieran participado por medio de informes o consultas en el procedimiento de elaboración de la disposición). Con posterioridad, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, estableció, como instrumento «para contribuir al objetivo de mejora de la calidad regulatoria y a la aplicación de los principios de sostenibilidad y buena regulación», que las Administraciones Públicas «2. Prestarán la máxima atención al proceso de consulta pública en la elaboración de sus proyectos normativos, justificando entre otros los principios de buena regulación aplicables a las iniciativas normativas, fomentando la participación de los interesados en las iniciativas normativas, con el objetivo de mejorar la calidad de la norma. Para ello pondrán a disposición de los interesados todos los canales de comunicación necesarios, especialmente a través de medios telemáticos, y asimismo aportarán la información adecuada para la mejor comprensión y valoración de los efectos esperados de las iniciativas normativas» (art. 5, que fue derogado por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo). La STC 91/2017, de 6 de julio, desestimó el recurso formulado frente, entre otros, este artículo de la Ley de Economía Sostenible por razones competenciales. Indicó al efecto que «considerando además que la actividad normativa de las Administraciones públicas tiene *per se* incidencia externa, puesto que sus destinatarios naturales son los administrados, la afectación de los intereses y derechos de estos es indudable, por lo que nos encontramos ante un ámbito material propicio a la acción del legislador básico. El mínimo común denominador que estos principios tratan de establecer responde además, en este supuesto, a intereses generales superio-

res a los de las respectivas Comunidades Autónomas, en sentido similar al que acogimos en las SSTC 130/2013 y 99/2012 precitadas, siendo así que varios de ellos son reflejo de preceptos constitucionales [así, el art. 9.3 CE ya recoge la seguridad jurídica y la publicidad de las normas; el art. 103.1 CE plasma el principio de eficacia de la actuación administrativa y el art. 105.a) CE consagra los principios de audiencia a los ciudadanos y de participación en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten]. La normativa recogida en los arts. 4 a 7 de la Ley de Economía Sostenible no impide, dada su generalidad, el ejercicio de las competencias autonómicas; no obstaculiza el desarrollo autonómico de estos principios ni la posibilidad de establecer otros diferentes, ni impide el diseño por parte de las Comunidades Autónomas, en la forma que estimen conveniente, de los procedimientos administrativos especiales conexos con el ejercicio de sus competencias materiales sustantivas». Por tanto, nuevamente, es aplicable a estos preceptos el razonamiento del FJ 3 de la STC 50/1999 en cuanto tienen «por objeto crear un marco normativo unitario, de aplicación a todo el territorio nacional, dentro del cual las Comunidades Autónomas dispon[en] de un margen de actuación que les permit[en], mediante la competencia de desarrollo legislativo, establecer los ordenamientos complementarios que satisfagan sus peculiares intereses».

En mi criterio, conviene detener el análisis en dos aspectos de particular importancia para situar y valorar adecuadamente la significación, trascendencia y efectos del trámite de audiencia que nos ocupa, atendiendo a la realidad de la interpretación y aplicación judicial.

a) Por un lado, la determinación de quiénes tienen derecho a formular alegaciones en el trámite de audiencia. El precepto constitucional lo refiere a los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley. La Ley del Gobierno ha añadido algún requisito complementario, en

línea —como se indica seguidamente— con la interpretación jurisprudencial tradicional: en punto a las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley ha establecido que se trata de aquellas que agrupen o representen a los ciudadanos, y «cuyos fines guarden relación directa con el objeto de la disposición».

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, tras una lenta evolución, ha venido declarando, en resumen, que los titulares del derecho son, única y exclusivamente, las Corporaciones públicas de configuración legal; recoge esta doctrina abrumadoramente mayoritaria la STS de 25 de junio de 2003: «la reiterada doctrina de esta Sala ha venido estableciendo que el trámite de audiencia de los posibles y legítimamente interesados en el contenido de las disposiciones reglamentarias en trámite de aprobación, únicamente es preceptivo cuando se trate de asociaciones profesionales de carácter obligatorio, y no cuando se trata de asociaciones de carácter meramente voluntario, sin perjuicio naturalmente del derecho de estas últimas a personarse en el expediente seguido al efecto y hacer las alegaciones que consideren oportunas (Sentencias de 11 y 25 de noviembre de 1996, 28 de abril y 10 de noviembre de 1997, 27 de mayo de 1998, 20 de diciembre de 1999, 26 de enero y 1 de febrero de 2000, 24 de octubre de 2001 y 25 de noviembre de 2002, entre otras muchas). Y esa conclusión resulta aplicable, tanto a la interpretación del art. 130.4 de la derogada Ley de 17 de julio de 1958, como a la del art. 24.1.c) de la Ley 50/1997, de contenido sustancialmente análogo al anterior». El criterio jurisprudencial es tributario de la interpretación del art. 130.4 LPA, que aludía a la atribución «por ley» de las funciones representativas: está bien explicado, por ejemplo, en la STS de 14 de junio de 1999, en la que se indica que la audiencia a entidades prevista en aquel precepto se refería a «asociaciones o colegios profesionales que no sean de constitución voluntaria, pero no cuando se trate de asociaciones voluntarias de naturaleza privada que, aunque estén reconocidas por la Ley, no ostentan «por ley» la representación a que aquel

precepto se refiere». Además de la constitución obligatoria, se añade la exigencia de la identidad directa (en algunos casos, completada con la identidad entre el ámbito territorial de aplicación de la norma y el de la competencia territorial de la Corporación) entre los fines de la entidad y el objeto de la norma.

Claro es que el entorno en el que pudo moverse la LPA de 1958 ha variado sustancialmente, y que las reglas sobre participación, y desde luego sobre la significación del derecho de asociación y la naturaleza y funciones de los Colegios profesionales y demás Corporaciones de Derecho público. El resultado al que vengo aludiendo, aparentemente tan restrictivo desde la perspectiva de la participación, tal y como se concreta en el art. 105.a) de la Constitución, reduce sustancialmente las opciones que alberga el precepto constitucional. Tal vez subyace en tal planteamiento la finalidad de proteger la validez de la norma aprobada frente a una eventual complejidad o imposibilidad de emplazar personalmente a cuantas organizaciones y asociaciones presenten alguna relación con el objeto de la norma; pero este riesgo puede ser adecuadamente conjurado empleando otros criterios menos restrictivos para el marco que diseña el art. 105.a) de la Constitución. Por demás, es claro que el espacio que, constitucionalmente, ocupan las asociaciones de configuración legal es minoritario, si se recuerda la jurisprudencia del Tribunal Constitucional formulada desde la perspectiva de la vertiente negativa del derecho fundamental de asociación (SSTC 67/1985, de 24 de mayo, y 179/1994, de 16 de junio); de tal forma que la vinculación exclusivamente a tales Corporaciones del derecho de audiencia lo vacía de contenido en todos aquellos casos en los que el reglamento se produce en el ámbito de materias con respecto a las cuales no existe ninguna de tales Corporaciones.

b) Por otro lado, conviene apuntar sucintamente las consecuencias que se anudan a la omisión del trámite de audiencia. La jurisprudencia viene sosteniendo con carácter gene-

ral la nulidad de la disposición. La omisión del trámite de audiencia en este procedimiento no es subsanable (frente a lo que, con frecuencia, declara la jurisprudencia respecto al trámite de audiencia en la elaboración de actos administrativos), al menos, por una razón: el respeto al derecho de audiencia debe observarse en este procedimiento porque en las disposiciones administrativas de carácter general «siempre hay un núcleo de oportunidad donde son posibles diversidad de soluciones justas» (STS de 29 de diciembre de 1986 y 12 de enero de 1990). Precisamente porque la potestad reglamentaria tiene una zona de «pura oportunidad», es preciso dar valor a la participación de los interesados en el momento procesal en que es posible hacerlo. En los términos de la STS de 29 de diciembre de 1986, los interesados «pueden emitir alegaciones que, hechas en la vía administrativa por el cauce del art. 130.4 de la Ley de Procedimiento, podrían dar lugar a una rectificación del criterio de la Administración y que, sin embargo, formuladas en sede jurisdiccional resultan inoperantes».

D) El trámite de audiencia en el procedimiento elaboración de los actos administrativos ha sido objeto de declaraciones judiciales divergentes, cuando no contradictorias. En el plano de las declaraciones generales, cuando se considera de forma abstracta, la jurisprudencia conviene en declarar su importancia esencial (la STS de 22 de noviembre de 1989 recuerda que ha sido calificado como «esencial», «esencialísimo», «importantísimo» y hasta «sagrado»). Pero cuando se detiene en analizar en concreto la eficacia de este trámite, lo que debe efectuarse con motivo de atender a las consecuencias jurídicas aplicables a aquellos supuestos en los que no se ha observado, la posición del Tribunal parece desmentir el alcance de las declaraciones de principio, en la medida en que modula o matiza los eventuales efectos anulatorios de la omisión del trámite. Así resulta de la línea jurisprudencial que invoca la subsanabilidad de la omisión del trámite de audiencia: en los términos de la STS de 22 de septiembre de 1990,

«el trámite de audiencia no es de mera solemnidad, ni rito formalista y sí medida práctica al servicio de un concreto objetivo, como es el de posibilitar a los afectados en el expediente el ejercicio de cuantos medios puedan disponer en la defensa de su derecho, quedando así supeditada la nulidad de actuaciones a que su omisión pueda dar lugar a que con ella se haya producido indefensión para la parte». En el asunto allí enjuiciado, como se interpuso el previo recurso de reposición —imputándose la violación de la audiencia al previo expediente administrativo—, con pleno conocimiento del expediente y de todas las actuaciones practicadas, y expuso todos los motivos y argumentaciones en favor de sus derechos, «absolutamente idénticos a los que hubiera podido señalar en el trámite de audiencia», la Sentencia, en atención a la «peculiar naturaleza de este acto administrativo» (se trataba de la declaración de zonas de seguridad anejas a las instalaciones de interés para la defensa nacional, y la correlativa indemnización solicitada), dedujo «que tales argumentaciones (se refiere a las formuladas en reposición) hubieran producido los mismos efectos si se hubieran expuesto previamente a la aprobación de este, por lo que además por economía procesal sería superflua e improcedente la retroacción de actuaciones». O, en los términos de la STS de 18 de marzo de 2002, la regla de la relativización de los vicios de forma es aplicable a la omisión del trámite de audiencia: «los vicios de forma adquieren relevancia cuando su existencia ha supuesto una disminución efectiva y real de garantías. La indefensión es así un concepto material, que no surge de la sola omisión de cualquier trámite. De la omisión procedimental ha de derivarse para el interesado una indefensión real y efectiva, es decir, una limitación de los medios de alegación, prueba y, en suma, de defensa de los propios derechos e intereses».

El argumento central que respalda esta doctrina jurisprudencial es, en efecto, la utilización del principio de economía procesal, sobre la base (necesariamente tras enjuiciar,

siquiera aproximativamente, el fondo del asunto) de presumir que la decisión final hubiera sido la misma en el caso de haberse observado el trámite de audiencia (SSTS de 26 de abril y 11 de julio de 1989), lo que permite subsanar su omisión mediante las alegaciones que el interesado pueda formular en el recurso administrativo o contencioso administrativo. De esta forma, se pretende evitar el entendimiento de la audiencia como una mera formalidad, y limitar la trascendencia invalidante de su omisión a los supuestos en que realmente se genera una indefensión material no sanable.

Es preciso subrayar que esta doctrina jurisprudencial ni es unívoca, ni su aplicación resulta uniforme, menudeando en los repertorios de jurisprudencia criterios no ya dispares, sino abiertamente contradictorios al respecto. Además, aquella doctrina encuentra algunas salvedades o excepciones rotundas, como es el caso de la omisión del trámite de audiencia en los procedimientos sancionadores, supuesto en el que se considera insubsanable la omisión del trámite de audiencia (es ilustrativa al respecto la STS de 12 de febrero de 1990).

La necesidad de identificar criterios seguros que permitan resolver los conflictos así suscitados se pone de manifiesto tras constatar la variada gama de posibilidades interpretativas que maneja la Jurisdicción; esta falta de certidumbre respecto a las reglas que serán aplicadas solo produce consecuencias desfavorables para todos los intereses en juego. La finalidad que inspira la relativización de las consecuencias de la omisión del trámite, permitiendo su subsanación en aras de la solución final sobre el fondo del asunto, mantiene en la actualidad una plena validez, evitando anteponer la formalidad de un trámite —como si fuese ritual— sobre los intereses y derechos dignos de protección jurídica, atendiendo en consecuencia al carácter funcional o instrumental de aquel. Pero ello no empece la necesidad de considerar la significación real de la audiencia, no solo vinculada al derecho de de-

fensa del interesado (con las peculiaridades que presenta en los habituales supuestos de intereses privados contrapuestos en el seno del mismo procedimiento) sino a la propia función que corresponde a las Administraciones Públicas (por ejemplo, cuando se ejercen potestades discrecionales). Por demás, la generalización de la solución sanatoria puede permitir a las Administraciones obviar el trámite, incluso cuando simplemente les resulte incómodo, sin que eventualmente se proyecte ninguna reprobación, de tal forma que puede quedar en su disponibilidad la determinación de los supuestos en los que no es exigible la audiencia (más allá de lo que establezcan las leyes: entre nosotros, y en el marco de lo previsto en el art. 105 de la Constitución, se exceptúa con carácter general para los casos en los que solo conste la solicitud del interesado, y eventualmente en casos de urgencia; la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000 contempla, como integrante del derecho a una buena administración, «el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente» —art. 41.2—).

III. EL DERECHO DE ACCESO A LOS ARCHIVOS Y REGISTROS ADMINISTRATIVOS

A) La Constitución ha consagrado «el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecta a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas» [art. 105.b)]. La amplitud con que se configura el derecho de acceso en el texto constitucional permite sostener el principio de transparencia en la actuación administrativa [que la Ley 6/1997, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado, ha reconocido expresamente como uno de los que disciplinan su actuación —art. 3.2.g)—]; la jurisprudencia española ha hecho notar que la Constitución establece «la imagen de una Administración pública autén-

ticamente democrática», fijando para ello el denominador común en el art. 105, que «consiste en la participación ciudadana y en la transparencia de la estructura burocrática» (STS de 19 de mayo de 1988).

Su importancia, por ello, es destacable; constituye la expresión del principio de transparencia en la actuación de las Administraciones Públicas. Sirve, en definitiva, para completar la garantía jurisdiccional del control pleno de la actuación administrativa, fomentando la significación del principio participativo, consustancial con el principio democrático. La consideración del carácter prestacional de las Administraciones Públicas, y su dependencia última respecto de los ciudadanos, a quienes debe servir en el Estado social de Derecho, subrayan el vigor constitucional de aquel principio.

Su justificación, como se viene indicando, en nuestro orden constitucional (el principio de transparencia administrativa ha encontrado reflejo en importantes regulaciones comparadas y desde luego en la de la Unión Europea, en la que, por razones sistemáticas, no nos detendremos), deriva como consecuencia necesaria del principio de control pleno de la actuación administrativa. Es ilustrativo, a estos efectos, recordar que el Tribunal Constitucional lo ha reconocido así, aunque en relación con la actividad de las Asambleas Legislativas, si bien sus razonamientos son aplicables al ámbito de la Administración. En la STC 136/1989, de 19 de julio, declaró que «la publicidad de la actividad parlamentaria, que es una exigencia del carácter representativo de las Asambleas en un Estado democrático mediante la cual se hace posible el control político de los elegidos por los electores, ofrece dos vertientes: una, la publicidad de las sesiones; otra, la publicación de las deliberaciones y de los acuerdos adoptados». Desde la perspectiva de la posición que, en nuestro ordenamiento constitucional, ocupa la Administración Pública (tal vez con más claridad en el ámbito local, en el que coincide el ejercicio de responsabilidades estrictamente

administrativas con el ejercicio de funciones de representación) es posible obtener, sin dificultad, la misma conclusión.

Es claro que existe una tensión entre las exigencias del principio de transparencia y la acusada tendencia a la opacidad. F. SAINZ MORENO ha puesto de manifiesto, en un magnífico análisis, las dificultades existentes para encontrar un correcto equilibrio, sobre la base de sostener que «el secreto administrativo, o lo que es igual, el secreto del poder, es incompatible con la libertad y hace imposible una real participación ciudadana en los asuntos públicos (arts. 9.2 y 23.1 CE)». Precisamente, según indica, porque «de un lado, la Administración debe ser transparente y facilitar la información que se le pide [arts. 105.b), 109 y 23 CE], pero, de otro, la Administración está obligada a mantener el secreto de ciertas materias e, incluso, necesita de un cierto secreto para poder actuar eficazmente. Ello significa, para sus autoridades y funcionarios, un doble deber: el deber de informar y el deber de callar».

Desde esta perspectiva, el derecho de acceso —como expresión del más amplio principio de transparencia— se alinea en la tradición de control de las Administraciones Públicas, para quienes —obvio es decirlo— resulta, históricamente, más cómodo actuar sin sujeción a control alguno (la evolución del contencioso administrativo lo explica bien) y hacerlo resguardada bajo el manto del secreto. Protege el interés de los ciudadanos en conocer lo que hacen los poderes públicos y en especial las Administraciones Públicas, no solo como instrumento, incluso mediato o difuso, de control sino también como garantía e instrumento de protección de otros derechos, intereses y bienes dignos de protección constitucional (desde la protección de la confianza del público en las instituciones hasta la efectividad del derecho fundamental protegido por el art. 20 de la Constitución).

B) La regulación del derecho de acceso ha encontrado diferentes desarrollos en la legislación sectorial y en la de las Comunidades Autónomas.

Con carácter general, y tras la regulación incorporada en el art. 37 de la Ley 30/1992, que presentaba un marcado carácter restrictivo, se ha concretado en la Ley vigente 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno.

Pueden destacarse, de sus determinaciones, los siguientes extremos:

a) El planteamiento del Legislador es claro, como refleja el primer párrafo del Preámbulo de la Ley: «La transparencia, el acceso a la información pública y las normas de buen gobierno deben ser los ejes fundamentales de toda acción política. Solo cuando la acción de los responsables públicos se somete a escrutinio, cuando los ciudadanos pueden conocer cómo se toman las decisiones que les afectan, cómo se manejan los fondos públicos o bajo qué criterios actúan nuestras instituciones podremos hablar del inicio de un proceso en el que los poderes públicos comienzan a responder a una sociedad que es crítica, exigente y que demanda participación de los poderes públicos». Con esta declaración de principios, el Legislador recuerda que contábamos ya con regulaciones sobre el derecho de acceso, pero que su interés y finalidad es ahondar en lo ya conseguido, «supliendo sus carencias, subsanando sus deficiencias y creando un marco jurídico acorde con los tiempos y los intereses ciudadanos». En esta línea, clara y precisa, el art. 1 de la Ley establece que «tiene por objeto ampliar y reforzar la transparencia de la actividad pública, regular y garantizar el derecho de acceso a la información relativa a aquella actividad...».

b) Consecuencia inmediata de ello es que el derecho de acceso a la información debe entenderse en sentido amplio y que las restricciones al mismo deben ser excepcionales, interpretadas con criterio restrictivo. Además de lo que están declarando en este sentido algunos de los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo, el criterio está respaldado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En particular, es preciso citar la

STS de 16 de octubre de 2017, en la que se declara, con rotundidad, que «la formulación amplia en el reconocimiento y en la regulación legal del derecho de acceso a la información obliga a interpretar de forma estricta, cuando no restrictiva, tanto las limitaciones a ese derecho que se contemplan en el art. 14.1 de la Ley 19/2013 como las causas de inadmisión de solicitudes de información que aparecen enumeradas en el art. 18.1, sin que quepa aceptar limitaciones que supongan un menoscabo injustificado y desproporcionado del derecho de acceso a la información», añadiendo, desde una perspectiva complementaria, que «la posibilidad de limitar el derecho de acceso a la información no constituye una potestad discrecional de la Administración o entidad a la que se solicita información, pues aquel es un derecho reconocido de forma amplia y que solo puede ser limitado en los casos y en los términos previstos en la Ley; de manera que limitación prevista en el art. 14.1.h) de la Ley 19/2013 no opera cuando quien la invoca no justifica que facilitar la información solicitada puede suponer perjuicio para los intereses económicos y comerciales».

c) En cuanto al ámbito subjetivo de aplicación, la Ley especifica (art. 2.1) que se encuentran sujetas a la misma las Administraciones territoriales, las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social, las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales colaboradoras de la Seguridad Social, los entes instrumentales (la Ley precisa que cuando «tengan atribuidas funciones de regulación o supervisión de carácter externo sobre un determinado sector o actividad», en una formulación que no debería entenderse o interpretarse con criterios restrictivos, a la vista de la finalidad constitucional a la que sirve el derecho de acceso), las entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas a cualquiera de las Administraciones Públicas o dependientes de ellas, las Universidades públicas, las corporaciones de Derecho público (la Ley especifica que en lo relativo a sus actividades sujetas a Derecho administrativo), los órga-

nos constitucionales del Estado (la Casa de su Majestad el Rey, el Congreso de los Diputados, el Senado, el Tribunal Constitucional, el Consejo General del Poder Judicial, el Banco de España, el Consejo de Estado, el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas, el Consejo Económico y Social y las instituciones autonómicas análogas) en relación con sus actividades sujetas a Derecho administrativo, las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de las entidades anteriores sea superior al 50%, las fundaciones del sector público y las asociaciones constituidas por los anteriores. Añade (art. 3) que las reglas de publicidad activa que contempla en el Capítulo II se aplican también a los partidos políticos, organizaciones sindicales, organizaciones empresariales y a las entidades privadas que perciban durante el período de un año ayudas o subvenciones públicas en una cuantía superior a 100.000 euros o cuando al menos el 40% del total de sus ingresos anuales tengan carácter de ayuda o subvención pública, siempre que alcancen como mínimo la cantidad de 5.000 euros.

d) La Ley ha regulado, por una parte, la «publicidad activa» (arts. 5 a 11) y por otra el derecho de acceso a la información pública (arts. 12 a 22). Existe, inicialmente, una obligación de informar (a ello aludí en *El derecho de acceso...*, 1.^a ed., Madrid, 1992) que se proyecta sobre los poderes públicos incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley (en los términos del art. 5.1, «los sujetos enumerados en el art. 2.1 publicarán de forma periódica y actualizada la información cuyo conocimiento sea relevante para garantizar la transparencia de su actividad relacionada con el funcionamiento y control de la actuación pública») de forma que los ciudadanos deben recibir (tener la posibilidad de conocer, encontrar a su disposición, pero sin necesidad de formular una solicitud o desplegar una actuación o acción procesal específica) información sobre lo que hacen los sujetos jurídico-públicos.

Y también regula, conforme a lo que deriva de forma directa del art. 105.b) CE, el derecho

de acceso a la información, que constituye el objeto del mismo en la forma en que lo identifica el art. 13 («se entiende por información pública los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones») y que encaja adecuadamente con la adecuada interpretación del concepto empleado en el art. 105.b) CE (conforme traté de efectuar en el trabajo citado) ya que toda la información pública, sea cual fuese el soporte en que se materialice, forma parte de, o termina integrándose en, archivos o registros administrativos. Una delimitación objetiva en la que quedan incluidas todas las actuaciones que adopten los poderes públicos a efectos de materializar y posibilitar la efectividad del derecho de acceso, en el que se refleja el principio de transparencia, superando una regulación precedente sumamente, e indebidamente, restrictiva.

e) En cuanto a las excepciones al derecho de acceso, la Constitución contempla expresamente tres supuestos: la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas. No son los únicos, ya que pueden establecerse otros límites, por el Legislador, en la medida en que tiendan a proteger otros bienes o derechos dignos de protección constitucional. Lo que es fácil de comprender si se recuerda que los derechos que la Constitución reconoce no son comparativos estancos, sino que deben integrarse y compatibilizarse recíprocamente.

La Ley 19/2013 condensa el grueso de la regulación referida a las limitaciones admisibles al derecho de acceso en su art. 14; establece que «el derecho de acceso podrá ser limitado cuando acceder a la información suponga un perjuicio» para las materias que detalla, entre las que se incluyen además de los supuestos —aunque con alguna reformulación no precisamente favorable a la efectividad del derecho, que es preciso destacar, e incluso ante la omisión a referencia alguna a la intimidad—

contemplados en la propia Constitución (el art. 14 se refiere a «la seguridad nacional», «la defensa», y «la prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios») otros que en términos objetivos no presentan dificultades conceptuales para delimitar el alcance del derecho (así, las relaciones exteriores, la seguridad pública, los intereses económicos y comerciales, la política económica y monetaria y el secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial, sin perjuicio de las debidas precisiones que deben efectuarse en la tarea de aplicación concreta) y cuatro supuestos más que, igualmente en términos abstractos, presentan al menos aparentemente algunas dificultades de encaje coherente en la regulación del derecho de acceso, a los que aludo seguidamente. Se incluyen en el listado «la igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva», «las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control», «la garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión» y «la protección del medio ambiente». De los extremos indicados, el primero resulta extravagante, en mi criterio, en la medida en que, al menos en principio, corresponde a los órganos del Poder Judicial, cuando ejercen funciones jurisdiccionales, la protección de la igualdad de las partes en el proceso (la igualdad de armas conforme a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos) sin que aquellos se encuentren en el ámbito de aplicación de la Ley, de forma que si la previsión que nos ocupa se dirige a aquellos presenta un inicial obstáculo de aplicabilidad, y si se dirige a otros poderes públicos presenta al menos la objeción vinculada con la eventual atribución de una función de tutela de derechos a un poder público a quien no le corresponde, ya que es propia de los órganos del Poder Judicial. Sin perjuicio, en fin, de la necesaria revisión tanto del rango de la norma (ley ordinaria/ley orgánica) como de su vinculación específica con un ámbito de regulación u otro (derecho de acceso a la información/ ámbito jurisdiccional) al menos si se considera que las regulaciones sobre el acceso a in-

formación incluida en resoluciones judiciales se incluye en leyes orgánicas (por ejemplo, la Ley Orgánica 10/2015, de 10 de septiembre, por la que se regula el acceso y publicidad de determinada información contenida en las sentencias dictadas en materia de fraude fiscal). Resulta inicialmente difícil de imaginar, en el ordenamiento constitucional, algún supuesto en el que una Administración deniegue el derecho de acceso a algún documento invocando la protección de la igualdad de las partes en un proceso judicial, tanto si en el mismo es ella la parte contraria al solicitante (supuesto al que habría que añadir, al menos en el orden contencioso-administrativo, la referencia al criterio de la facilidad de la prueba que, conforme a la jurisprudencia, modula las reglas comunes del reparto del *onus probandi* en atención a que «hay datos de hecho fáciles de probar por una de las partes que, sin embargo, pueden resultar de difícil acreditamiento para la otra» —SSTS, entre otras, de 23 de junio de 1987, 29 de enero y 19 de febrero de 1990, 29 de noviembre de 1991 y 2 de noviembre de 1992—) como si no interviene en el proceso, porque el acceso a la información procederá o no en función de criterios materiales, pero no relativos acerca de su utilización, cuya valoración solo corresponde al órgano judicial actuante.

El segundo de los extremos señalados no presenta en sí mismo ninguna especialidad objetiva para quedar excluido del ámbito del derecho de acceso; que las decisiones afecten al ejercicio de potestades de vigilancia, inspección y control podrían explicar una afectación temporal al ejercicio del derecho de acceso (mientras dura la tramitación), pero en modo alguno puede considerarse un supuesto de exclusión objetiva y absoluta. El tercero se formula de una forma tan abierta e indeterminada que dificulta con mucho la posibilidad de considerar su adecuación a la significación constitucional del derecho de acceso; las limitaciones que, en su caso (bien de forma definitiva, bien de forma temporal) pudiesen justificar excepciones al derecho de acceso por razón de la confidencialidad o el secreto

«requerido en procesos de toma de decisión» deben identificarse de forma concreta en la regulación específica, siempre de forma justificada conforme a las exigencias del principio de proporcionalidad (podría aludirse al secreto de las deliberaciones del Consejo de Ministros), aunque cuando no existe dicha previsión la Jurisdicción (en particular la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea es de utilidad) asume la tarea de ponderar los intereses en conflicto en los asuntos que se suscitan. Pero es imprescindible la adecuada ponderación: lo que en un momento temporal (avance de planeamiento, por ejemplo) debe mantenerse reservado al conocimiento público no puede excluirse del mismo de forma definitiva. Si, además, el derecho de acceso constituye un instrumento de control de la actividad pública (en los términos del Preámbulo de la Ley 19/2013, «solo cuando la acción de los responsables públicos se somete a escrutinio, cuando los ciudadanos pueden conocer cómo se toman las decisiones que les afectan, cómo se manejan los fondos públicos o bajo qué criterios actúan nuestras instituciones podremos hablar del inicio de un proceso en el que los poderes públicos comienzan a responder a una sociedad que es crítica, exigente y que demanda participación de los poderes públicos») resulta al menos chocante que se identifique en la Ley como un criterio general de limitación de su ejercicio o efectividad precisamente la existencia de procesos de toma de decisión caracterizados por la confidencialidad o secreto como criterio general.

En fin, el cuarto de los «límites» indicados («la protección del medio ambiente») presenta inicialmente una singularidad destacable: la existencia de regulación específica, tanto cuando se promulga la Ley 19/2013 como con posterioridad a la misma, europea e interna, que regula de forma específica el derecho de acceso a la información en materia medioambiental, y que parte del presupuesto general del derecho de acceso y la incorporación de excepciones tasadas, a las que el límite que nos ocupa no alude y cuya existencia, inclu-

so, plantea la cuestión de determinar si, contando con regulación específica, debería incluirse en la regulación de la Ley 19/2013 y, si así fuese, si debería incluirse como límite sin la menor adecuación o coherencia con las excepciones incorporadas en la regulación específica. La referencia se efectúa a la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente, que incorpora la Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE, que derogó Ley 38/1995, de 12 de diciembre, sobre el derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente, que fue dictada para efectuar la trasposición al Derecho interno de la Directiva 90/313/CEE, de 7 de junio de 1990.

Sin perjuicio de lo anterior, el listado que incorpora la Ley, en todo caso, tampoco es completo, porque existen regulaciones específicas que impiden el ejercicio del derecho de acceso de los ciudadanos, por ejemplo, a los ficheros policiales, o a los gastos reservados (cfr. Ley 11/1995, de 11 de mayo, reguladora de la utilización y control de los créditos destinados a gastos reservados).

Debe señalarse que es preciso efectuar una interpretación favorable al ejercicio del derecho, cuando se producen colisiones con otros bienes dignos de protección jurídica, en la medida tanto en que es preciso efectuar una valoración concreta de los intereses en juego, conforme al principio de proporcionalidad (ahora, art. 14.2 de la Ley) como en que resulte posible suministrar parcialmente la información, excluyendo la que afecte a aquellos, como ha venido a recoger el art. 16 de la Ley de Transparencia.

f) En lo que hace al procedimiento, resolución y efectos, la Ley ha incorporado una regulación propia, que mejora sustancialmente la precedente, que había criticado en la primera edición de esta obra. Presentada la solicitud, por cualquier medio que permita tener constancia, y con el contenido mínimo (identidad del solicitante, dirección, información

que solicita y, en su caso, modalidad que prefiera para acceder a la información) que no exige motivar o justificar la solicitud, la contestación debe producirse, de forma motivada, en un plazo máximo de un mes (ampliable por otro más «en el caso de que el volumen o la complejidad de la información que se solicita así lo hagan necesario y previa notificación al solicitante», conforme al concepto jurídico empleado en el art. 20.1, cuya interpretación restrictiva se impone). La Ley contempla la posibilidad de que la solicitud sea inadmitida, si concurre alguno de los supuestos tasados en el art. 18 de la Ley, en cuya valoración no es posible detener el análisis en estos comentarios, o que se produzca una decisión sobre el fondo. Transcurrido el plazo máximo sin que se hubiese dictado y notificado la resolución, la solicitud se entiende desestimada por silencio administrativo, a los efectos de poder interponer la reclamación o el recurso correspondiente.

Presenta un protagonismo inequívoco en la regulación legal el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, caracterizado como «órgano independiente al que se le otorgan competencias de promoción de la cultura de la transparencia en la actividad de la Administración Pública, de control del cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa, así como de garantía del derecho de acceso a la información pública... Se crea, por lo tanto, un órgano de supervisión y control para garantizar la correcta aplicación de la Ley». Entre las competencias que le atribuye la Ley (art. 38) deben destacarse, en mi criterio, dos: por un lado, la resolución de las reclamaciones que pueden interponerse, con carácter potestativo, sustitutivo de cualquier recurso administrativo y previo al recurso contencioso administrativo (arts. 23 y 24 de la Ley) frente a las resoluciones, expresas y presuntas, en materia de acceso a la información [salvo cuando afecten a las solicitudes efectuadas a los órganos constitucionales del Estado —art. 2.1.f) de la Ley—, en cuyo caso solo procede el recurso contencioso administrativo]. La regulación del procedimiento en

la reclamación es sencilla: debe interponerse en un plazo de un mes, y debe resolverse en un plazo máximo de tres meses, transcurrido el cual se produce la desestimación por silencio negativo (no existe previsión semejante a la del art. 24.1, tercer párrafo, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común —idéntica a la existente en la precedente Ley 30/1992—, conforme a la cual el transcurso del plazo máximo para resolver de forma expresa un recurso de alzada —que de ordinario produce el efecto desestimatorio— interpuesto frente a un acto presunto desestimatorio de una petición produce el efecto de estimar por silencio el recurso de alzada). Por otro lado, formular recomendaciones o criterios interpretativos. Sin duda, la valoración general de la actividad del Consejo, en los pocos años que han transcurrido desde el inicio efectivo de sus actividades, presenta en mi criterio un balance muy positivo, tanto en el cumplimiento de plazos durante la tramitación y resolución como en los contenidos materiales de sus resoluciones, en muchos casos valientes e innovadoras, y con carácter general rigurosas, motivadas y enderezadas al cumplimiento de las finalidades, también transformadoras e impulsoras de la construcción de una cultura de la transparencia, que impone y subraya la Ley. Que su actividad se haya multiplicado en los últimos tiempos pone de manifiesto simultáneamente un alto grado de confianza de los ciudadanos en su actuación y la exposición pública de numerosos ejemplos de resistencia de sujetos jurídico-públicos incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley a materializar el principio de transparencia.

g) Conviene, finalmente, efectuar una reflexión sobre la necesidad de situar adecuadamente los ámbitos de aplicación por un lado del derecho de acceso [art. 105.b)] y por otro de la protección de la intimidad frente al uso de la informática (art. 18.4) en especial para evitar que una indebidamente expansiva interpretación de este último produzca un artificial e injustificable vaciamiento de aquel. Hasta la Ley 19/2013 parecía haber pasado desapercibido el problema, importante en el Derecho público (salvo alguna excepción inicial), que parecía posibilitar un vaciamiento del principio de transparencia por la única razón de que la información se produjese, se transmitiese o almacenase en soporte informático o instrumental al mismo. Por mi parte, expuse y razoné hace años al respecto, subrayando la necesidad de situar adecuadamente (el problema no es la naturaleza o no de derecho fundamental, sino de arquitectura constitucional) cada uno de los derechos en su contexto. La Ley 19/2013 (también constan esfuerzos conjuntos del Consejo y de la Agencia para establecer criterios uniformes) ha establecido una regulación que pretende conseguir el punto de equilibrio entre las reglas de protección de la intimidad informática (el *habeas data* del que habla el Tribunal Constitucional) y el principio de transparencia (cfr. arts. 5.3 y 15 de la Ley), que responden a principios y finalidades diferentes, y que se sitúan en planos de regulación específicos, cuyas zonas de fricción o intersección deben ser resueltas conforme a principios de proporcionalidad, especialmente de adecuación, que no produzcan el efecto de desnaturalizar o vaciar de contenido uno de ellos, en especial el de transparencia.

BIBLIOGRAFÍA

Sobre la participación:

CIERCO SEIRA, C., *La participación de los interesados en el procedimiento administrativo*, Bologna, 2002.

MUÑOZ MACHADO, S., «Las concepciones del Derecho Administrativo y la idea de participación en la Administración», *RAP*, núm. 84, págs. 519 y ss.

SÁNCHEZ MORÓN, M., *La participación del ciudadano en la Administración Pública*, Madrid, 1980.

Sobre el trámite de audiencia:

BELADÍEZ, M., *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Madrid, 1994.

BOCANEGRA, R., *Lecciones sobre el acto administrativo*, 2.^a ed., Madrid, 2004.

JIMÉNEZ PLAZA, M. I., *El tratamiento jurisprudencial del trámite de audiencia*, Barcelona, 2004.

SANTAMARÍA, J. A., *Principios de Derecho Administrativo*, vol. II, 2.^a ed., Madrid, 2001.

Sobre el derecho de acceso:

MESTRE, J. F., *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos [análisis del art. 105.b) de la Constitución]*, 1.^a ed. 1992, 2.^a ed. 1998, Madrid.

SAINZ MORENO, F., «Secreto e información en el Derecho Público», en MARTÍN-RETORTILLO, S. (Coord.), *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, vol. III, Madrid, 1991.

Artículo 106

1. Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican.

2. Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

Sumario general:

El control judicial de la Administración Pública, por **JESÚS LEGUINA VILLA Y EVA DESDENTADO DAROCA**

La responsabilidad de la Administración Pública, por **JESÚS LEGUINA VILLA Y MARTÍN MARÍA RAZQUIN LIZARRAGA**

ARTÍCULO 106.1

EL CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Sumario: I. Significado general. 1. El principio de legalidad. 2. La tutela judicial efectiva: el acceso a la jurisdicción. A) Derogación de normas preconstitucionales impeditivas. B) Prohibición de impedir o de obstaculizar el acceso a la jurisdicción. C) El principio pro actione. II. Tribunales y jurisdicción contencioso-administrativa. 1. Autotutela administrativa y control judicial. 2. Control pleno: medidas cautelares y ejecución de sentencias. III. La actividad de la administración objeto de control contencioso-administrativo. 1. Los Reglamentos. 2. La actividad administrativa singular.

JESÚS LEGUINA VILLA

CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO
UNIVERSIDAD DE ALCALÁ

MAGISTRADO EMÉRITO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. SIGNIFICADO GENERAL

1. El principio de legalidad

El control judicial de la Administración Pública que la Constitución consagra en el art. 106.1, y cuyo texto se reproduce literalmente en el art. 8 LOPJ, está directamente vinculado al **principio de legalidad**, en virtud del cual todos los poderes públicos emanan de la ley y están sujetos a la ley en su ejercicio. Asegurar el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular es cometido esencial del Estado de Derecho, según se afirma solemnemente en el Preámbulo de nuestra carta magna. Por ello, el apartado 1 del art. 9 declara que los poderes públicos (y los ciudadanos) «están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico», y el apartado 3 de ese mismo artículo sitúa al principio de legalidad a la cabeza de los principios que la Constitución garantiza, complementado por el de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos; por su parte, el art. 10.1 destaca «el respeto a la ley» entre los fundamentos del orden político y de la paz social.

En lo que concierne específicamente a la Administración Pública, el art. 103.1 reitera que

el servicio objetivo de los intereses generales que la Constitución le encomienda debe realizarse siempre «con sometimiento pleno a la ley y al Derecho». Sujeción, por tanto, de la Administración a la Constitución, a la ley y al Derecho, o dicho de otro modo, sometimiento de la Administración en el ejercicio de su función constitucional a todas las normas, escritas o no, que integran el ordenamiento jurídico. De este modo, el tradicional principio de legalidad de la Administración, consustancial al Estado de Derecho, debe ser entendido en su más amplio sentido como **principio de juridicidad** o de inexistencia de espacios jurídicamente vacíos que la Administración pudiera ocupar libremente; en palabras del Tribunal Constitucional, «equivale a una prohibición generalizada de áreas de inmunidad en esta parcela del ordenamiento jurídico» (STC 34/1995).

La vigencia efectiva del principio de legalidad es indisociable de su **control judicial**. Este control es «corolario inevitable de este marco normativo en que la Constitución encaja la actuación administrativa» (STC 34/1995). El imperio de la ley sobre la Administración sería un mero *flatus vocis* si no estuviera acompañado de una fiscalización, asimismo efecti-

va, por los Jueces y Tribunales. Legalidad y control judicial son aspectos inseparables del mismo principio de juridicidad de la Administración: «de un principio tan consustancial al Estado de Derecho como es el del sometimiento de la actuación de todos los poderes públicos al conjunto del Ordenamiento y la verificación de esa sujeción, en última instancia, por los órganos del Poder Judicial. Principio de fiscalización plena —sin inmunidad de poder— de la actuación administrativa [...] que, para el caso de la Administración Pública, ha encontrado formulación expresa y específica en el art. 106.1 de la Constitución» (STC 31/2000). De acuerdo con el principio de legalidad o de juridicidad, la Administración está vinculada en su actividad a la ley y al Derecho, pero el cumplimiento efectivo de dicha vinculación reside en la garantía de su control por los Jueces y Tribunales. Dicho con palabras del Tribunal Constitucional, «ni el mandato constitucional ni la garantía jurisdiccional serían nada sin el derecho de los ciudadanos a obtener la tutela judicial efectiva en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos» (STC 294/1994).

2. La tutela judicial efectiva: el acceso a la jurisdicción

Muy estrecha es, por tanto, la relación entre el art. 106.1 (control judicial de la Administración) y el art. 24.1 CE que reconoce a todas las personas el derecho a obtener tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos. Este derecho fundamental a acudir a los Tribunales para recabar de ellos la protección de los derechos e intereses legítimos opera también sin fisuras frente a la Administración Pública en virtud del art. 106.1 CE. De ahí que el Tribunal Constitucional haya querido subrayar con algún énfasis el destacado lugar que este precepto ocupa en la arquitectura del texto constitucional: del mismo modo que el principio de legalidad es el «núcleo central que preside el actuar administrativo (art. 103.1)», el control judicial es «la **auténtica cláusula**

regia del Estado de Derecho» (SSTC 34/1995 y 103/1996) y «culminación del sistema de derechos y garantías característico del Estado de Derecho» (SSTC 294/1994; 76/1996; 89/1996; 179/2003).

En cierto modo, el art. 106.1 es una prolongación del art. 24.1 que garantiza en el ámbito de la Administración el acceso a la jurisdicción y que, al proyectarse sobre los actos de la Administración, integra más específicamente el derecho de los administrados a que el Juez enjuicie los actos administrativos que les afectan (art. 24.1 CE), controlando la legalidad de la actuación administrativa (art. 106.1 CE), esto es, «su sometimiento pleno a la Ley y al Derecho» (SSTC 294/1994; 76/1996; 89/1996 y 179/2003).

De todos los derechos procesales que el art. 24.1 CE garantiza, en conexión con el artículo 106.1 CE, el primero y más importante es el acceso a la jurisdicción. Conviene por ello recordar brevemente la doctrina constitucional sobre el alcance de este derecho a impetrar la protección de los Jueces y Tribunales frente a la actividad de la Administración que afecte a sus derechos e intereses legítimos.

A) Derogación de normas preconstitucionales impositivas

En primer lugar, desde tempranas fechas el Tribunal Constitucional ha declarado que, en virtud de su disposición derogatoria 3.ª, la Constitución ha expulsado del ordenamiento jurídico todas las normas previas que impedían la fiscalización judicial de la actividad administrativa. Veamos algún ejemplo.

— En el terreno de la actuación administrativa *sobre la regularidad de la libre competencia*, la STC 80/1983, entendió «derogados por la propia Constitución todos aquellos preceptos que excluyen de la revisión jurisdiccional en vía contencioso-administrativa algunas de las resoluciones del [antiguo] Tribunal de Defensa de la Competencia, por oponerse a los

arts. 24.1, 106.1 y 117.5 de la Constitución, los cuales proclaman el derecho de toda persona a la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales, el sometimiento de toda actuación administrativa al control judicial, y el principio de unidad jurisdiccional como base de la organización y funcionamiento de los Tribunales» (en el mismo sentido, STC 18/1994).

— En el ámbito de la *Administración militar*, el Tribunal Constitucional ha declarado también con alcance general que «han de considerarse derogadas por la Constitución e incompatibles con ella todas las normas previas que impidan la revisión judicial de los actos administrativos y cuantas con posterioridad a su entrada en vigor hagan imposible la defensa en juicio de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos frente a la Administración Pública y reduzcan a la inoperancia o, cuanto menos, limiten de algún modo o por relación a determinados sectores de la Administración —en este caso, el militar— el mandato establecido en el art. 106.1 de la Constitución, que remite a los Tribunales el control de la potestad reglamentaria, en todos los ámbitos, y de la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican» (STC 31/2000; en igual sentido SSTC 22/1982 y 80/1983).

B) *Prohibición de impedir o de obstaculizar el acceso a la jurisdicción*

En segundo lugar, el art. 106.1, en conexión con el art. 24, contiene una prohibición implícita al legislador de excluir o impedir el acceso de los particulares a la jurisdicción en cualquier sector de la actividad administrativa. Con ello se trata de evitar que, en contra del mandato constitucional, se configuren legalmente sectores o ámbitos materiales de inmunidad administrativa: «la plenitud del sometimiento de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho (art. 103.1 CE), así como de la función jurisdiccional de control de dicha actuación (art. 106.1 CE), y la efectividad que se predica del derecho a la tutela judicial

(art. 24.1 CE) impiden que puedan existir comportamientos de la Administración Pública —positivos o negativos— inmunes al control judicial» (STC 3/2001; también SSTC 136/1995 y 294/1994).

En términos de alcance general para todo tipo de actividades de la Administración, la STC 197/1988 afirma lo siguiente: «El art. 24.1 de la Constitución establece una doble garantía para «todas las personas» en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, pues no sólo proscribire que los Jueces y Tribunales cierren arbitrariamente los cauces judiciales legalmente previstos a quienes, estando legitimados para ello, pretenden defender sus propios derechos e intereses, sino que también **prohíbe al legislador que**, con normas excluyentes de la vía jurisdiccional, **les impida el acceso al proceso**, prohibición esta última que se refuerza por lo prevenido en el art. 106.1 de la CE, cuando se trata de impartir justicia frente a la actuación de las Administraciones Públicas [...]».

Esta doctrina general ha sido objeto de aplicación a supuestos concretos. Así, por ejemplo, en lo que atañe a la potestad sancionadora de la Administración, la STC 202/2002 señala que la «imposibilidad de que el sancionado someta al juicio de los Tribunales la adecuación a Derecho de la actuación administrativa (impuesta en el art. 103.1 CE) que le sanciona por una infracción leve choca frontalmente con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión reconocida en el art. 24.1 CE, así como, eventualmente, con el contenido del art. 106.1 CE, que atribuye a los Tribunales el control de la actividad administrativa». Los preceptos legales en cuestión (de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, procesal militar) «configuran un régimen jurídico que deja un sector de actividad administrativa sancionatoria fuera del control judicial, lo que resulta contrario al art. 106.1 CE [...]».

En el ámbito de la Administración Electoral, la STC 149/2000 declara la inconstitucionalidad

dad y consiguiente nulidad del antiguo art. 21.2 LOREG «en cuanto excluye de manera indiscriminada y absoluta la posibilidad de todo recurso judicial contra las resoluciones de las Juntas Electorales que contempla».

La Administración tributaria recibe el mismo tratamiento cuando el Tribunal Constitucional advierte que «una norma legal que establezca un requisito que imposibilite u obstaculice el acceso a la jurisdicción de los obligados tributarios y, por ende, impida el control de la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican (art. 106.1 CE), es lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos (art. 24.1 CE)» (SSTC 111/2006 y 113/2006; en igual sentido, SSTC 197/1988 y 18/1994).

Y en lo tocante a la tutela judicial de los extranjeros, la STC 95/2003 declara parcialmente inconstitucional la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, en la medida en que dicha ley no reconoce el derecho a la asistencia jurídica gratuita al extranjero que carezca legalmente de la condición de residente en España, y ello porque «si el extranjero no residente en España no dispone de recursos suficientes para procurarse Abogado que le defienda y Procurador que le represente, verá cerrado su acceso a la jurisdicción y no podrá someter al control de ésta la legalidad de la actuación administrativa (art. 106.1 CE) en un aspecto que le concierne directamente, como es su estatus de extranjero (permisos de residencia, trabajo, exenciones de visado, etc.), y que puede desembocar en su expulsión del territorio nacional».

La jurisprudencia constitucional ha entendido que el art. 106.1 no sólo **prohíbe** al legislador impedir en términos absolutos el acceso de los particulares al proceso, sino **también obstaculizar dicho acceso con la exigencia de requisitos o presupuestos procesales irrazonables o desproporcionados** (STC 111/2006), pues «el derecho reconocido en el art. 24.1 CE puede verse conculcado por

aquellas normas que impongan requisitos impositivos u obstaculizadores del acceso a la jurisdicción, si tales trabas resultan innecesarias, excesivas y carecen de razonabilidad o proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir al legislador» (STC 11/2006; también, SSTC 158/1987, 60/1989, 32/1991, 114/1992 y 273/2005).

C) *El principio pro actione*

El control judicial sin excepciones de la actividad de la Administración Pública obliga a los Jueces a interpretar las normas procesales en el sentido más favorable al acceso de los interesados a la jurisdicción. Ello explica que el Alto Tribunal haya insistido «en que el control por parte del Tribunal Constitucional sobre la selección de la norma aplicada podrá tener lugar, entre otras causas, si se ha desconocido o no se ha tenido en cuenta por el Juez la ordenación constitucional o legal de los controles normativos (art. 106.1 CE), o si de dicha selección o intermediación se ha seguido daño para algunos de los derechos procesales constitucionalmente garantizados por el propio art. 24 CE, como es en este caso el derecho de acceso a la jurisdicción» (STC 18/1994; en sentido análogo, SSTC 24/1990, 26/1990 y 90/1990). Todo lo cual abunda en la operatividad del **principio pro actione** a la hora de proteger el derecho de acceso a la jurisdicción, «dada la diferente trascendencia que cabe otorgar —desde la perspectiva constitucional— a los requisitos de acceso al proceso, en tanto pueden obstaculizar o eliminar el derecho de los ciudadanos a someter el caso al conocimiento y pronunciamiento de un Juez y por tanto causar indefensión, y a los requisitos de inadmisión de los recursos legalmente establecidos, en que se pretende la revisión de la respuesta judicial ya contenida en la Sentencia de instancia previamente dictada, que ya habría satisfecho el núcleo de su derecho fundamental (STC 255/1993, FJ 3.º) a una tutela judicial efectiva sin indefensión». En el caso de autos, el Tribunal entiende que «no puede estimarse que la Sentencia que ha

acordado la inadmisión de recurso contencioso-administrativo por extemporáneo sea producto de una interpretación y aplicación de la legalidad ordinaria ajustada a las exigencias [...] del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE y del principio *pro actione* favorable a la efectividad del derecho fundamental. Y no puede considerarse razonable, desde la perspectiva constitucional, una decisión del órgano judicial que de manera arbitraria desconoce y niega los efectos jurídicos que se derivan de las propias reglas generales sobre los recursos administrativos establecidos en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa [de 1956] (art. 53) y de la Ley de Procedimiento Administrativo [de 1958] (art. 126), con la consecuencia de privar al demandante de amparo del acceso a la jurisdicción contenciosa al que, con arreglo a la ley, tenía derecho» (STC 55/1995).

En definitiva, la necesidad de que los órganos jurisdiccionales apliquen las normas procesales en el sentido más propicio a la apertura del proceso entronca con el principio general de interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento jurídico, pues sólo así es posible un pronunciamiento sobre el fondo del asunto que, «al proyectarse sobre los actos de la Administración, integra más específicamente el derecho de los administrados a que el Juez enjuicie los actos administrativos que les afectan (art. 24.1 CE), controlando la legalidad de la actuación administrativa (art. 106.1 CE), esto es, su sometimiento pleno a la Ley y al Derecho (art. 103.1 CE), lo que constituye la culminación del sistema de derechos y garantías característico del Estado de Derecho (STC 294/1994)» (STC 89/1996). De ahí que, a juicio del Tribunal Constitucional, quebranta el principio *pro actione* la declaración de incompetencia de un órgano judicial para revisar las actuaciones de la Administración penitenciaria en la tramitación de un procedimiento de indulto, «pues ni la competencia de la Administración para la adopción de una decisión excluye por sí misma la posibilidad de control posterior por un órgano judicial, ya que el art. 106.1 CE

establece que los «Tribunales controlan [...] la legalidad de la actuación administrativa», ni ciertamente, puede calificarse de razonable la declaración de incompetencia del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria para la revisión del ejercicio realizado por la Administración penitenciaria de sus competencias en materia de tramitación del indulto particular, a la luz de la legislación penitenciaria» (STC 63/2002).

II. TRIBUNALES Y JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

1. Autotutela administrativa y control judicial

El art. 106.1 CE encomienda el control judicial de la actividad de la Administración a los «Tribunales» en general, sin destacar en dicho control ningún orden jurisdiccional concreto. El mandato constitucional es acertado, pues en rigor los Jueces y Tribunales de **todos los órdenes jurisdiccionales** pueden ejercer funciones de fiscalización en pleitos o causas en que son parte la Administración Pública o sus agentes. La competencia de cada orden jurisdiccional para llevar a cabo su respectiva labor fiscalizadora se deduce de las reglas generales de reparto material establecidas en la LOPJ (art. 9), y en las correspondientes leyes procesales y sectoriales.

Ello no significa, claro está, que la Constitución olvide o no tenga en cuenta el destacado (y centenario) lugar que en esa función constitucional de control judicial de la Administración ocupa **la jurisdicción contencioso-administrativa**. Ese lugar preeminente es recordado en el art. 159 c) de la propia norma suprema cuando atribuye *expressis verbis* a la jurisdicción contencioso-administrativa el control de la actividad y de las normas reglamentarias de los órganos de las Comunidades Autónomas. Lo que obviamente significa que para el constituyente ese mismo control contencioso-administrativo se ejerce en todas las demás esferas de la organización administrativa.

En la noción constitucional de los «Tribunales» que controlan a la Administración Pública no se incluye, obviamente, al propio Tribunal Constitucional. Así lo ha señalado éste en algunas de sus primeras resoluciones, que conviene ahora recordar: STC 83/1984: «no es objeto propio de la competencia de este Tribunal el pronunciamiento sobre la validez de todas estas disposiciones de rango infralegal, cuyo control de legalidad y constitucionalidad corresponde a los órganos del Poder Judicial y en especial a los del orden contencioso-administrativo en los términos que dicen el art. 106.1 de la Constitución y la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa»; ATC 453/1984: no es «a este Tribunal al que corresponde el control (según la expresión del art. 106.1 de la Constitución) de los actos administrativos, salvo cuando lesionen derechos fundamentales»; y ATC 739/1984: «aquel enjuiciamiento, tal y como se plantea a todo lo largo de la demanda [...] no incumbe a este Tribunal, pues somos un Tribunal de garantías constitucionales y no un Tribunal que extienda su jurisdicción al control de la Administración en los términos que señala el art. 106.1 de la Constitución».

Sin perjuicio de las competencias que las leyes atribuyen a los órdenes jurisdiccional penal, civil, social y militar en el enjuiciamiento de los entes administrativos y de sus agentes, es el contencioso-administrativo el orden jurisdiccional especializado (desde hace más de siglo y medio y plenamente judicializado desde 1904) en el control de legalidad de la Administración. Su norma reguladora vigente es la Ley 29/1998, de 13 julio. Cuando la organización administrativa actúa como poder público revestida de *imperium* y ejercitar sus potestades y prerrogativas exorbitantes desde una posición de supremacía, aprobando normas reglamentarias y dictando actos administrativos unilaterales regulados por su Derecho propio —el Derecho Administrativo—, es la jurisdicción contencioso-administrativa la encargada de velar por el ajuste de esa actuación imperativa a la legalidad: «son los órganos de la jurisdicción contencioso-ad-

ministrativa los competentes para controlar la legalidad de la actuación administrativa (art. 106.1 de l CE)» (ATC 604/1986).

La Constitución no ha alterado el tradicional **privilegio de autotutela** de que goza la Administración en defensa de sus potestades y derechos, en virtud del cual la ley le autoriza a imponer unilateralmente sus propias decisiones y hacerlas cumplir ejecutoriamente sin acudir al auxilio judicial. El Tribunal Constitucional así lo ha reconocido desde sus primeras resoluciones con apoyo en el **principio de eficacia** (art. 103.1) que la Administración ha de atender en el servicio objetivo de los intereses generales y que la ley puede instrumentar y modular a través de diferentes medios y técnicas. La STC 22/1984 inauguró una línea doctrinal que se ha mantenido inalterada hasta hoy al declarar lo siguiente:

«La potestad de la Administración de autoejecución de las resoluciones y actos declarados por ella se encuentra en nuestro Derecho positivo vigente legalmente reconocida y no puede considerarse que sea contraria a la Constitución. Es verdad que el art. 117.3 de la Constitución atribuye el monopolio de la potestad jurisdiccional consistente en ejecutar lo decidido a los Jueces y Tribunales establecidos en las Leyes, pero no es menos cierto que el art. 103 reconoce, como uno de los principios a los que la Administración Pública ha de atenerse, el de eficacia «con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho». Significa ello una remisión a la decisión del legislador ordinario respecto de aquellas normas, medios e instrumentos en que se concrete la consagración de la eficacia. Entre ellas, *no cabe duda de que se puede encontrar la potestad de autotutela* o de autoejecución practicable genéricamente por cualquier Administración Pública con arreglo al art. 103 de la Constitución [...].»

En idéntico sentido se pronuncian, entre otras, las SSTC 238/1992 («esa ejecutividad, manifestación de autotutela administrativa, no pugna, en sí misma, con regla o principio alguno de la Constitución»), 148/1993 («el privilegio de autotutela [...] no es contrario a la Constitución, sino que engarza con el principio de eficacia enunciado en el art. 103 de la CE»), 78/1996, 199/1998 y ATC 48/2004.

Como se ha advertido por la doctrina, es justamente este privilegio de autotutela, exigido por la mejor y más eficaz gestión del interés público, «el que explica toda la peculiaridad de la justicia contencioso-administrativa respecto de la que se presta por los demás órdenes jurisdiccionales» (E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.-R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, Thomson-Civitas, 10.ª edición, Madrid 2006, pág. 591). La justicia administrativa **actúa ex post**, atiende las **impugnaciones** que los interesados le dirigen frente a las actuaciones imperativas y ejecutorias (o en trance de ejecución) que la Administración ha llevado a cabo previamente para satisfacer los intereses generales; en definitiva, como dice el art. 106.1, **controla a posteriori** la adecuación a la legalidad de aquellas actuaciones administrativas.

2. Control pleno: medidas cautelares y ejecución de sentencias

El art. 106.1 contiene «un diseño constitucional de control máximo de la actividad administrativa», lo que explica que, aunque la Constitución no señala los mecanismos procesales inherentes a ese control jurisdiccional, la jurisprudencia constitucional haya venido insistiendo en «la necesidad de que dichos mecanismos han de articularse de tal modo que aseguren, sin inmunidades de poder, una fiscalización plena del ejercicio de las atribuciones administrativas» (STC 34/1995; también, AATC 34/1984, 731/1985 y STC 238/1992).

Por ello, el Tribunal Constitucional ha declarado desde tempranas fechas que el control

judicial que el art. 106.1 consagra no persigue una simple revisión de la legalidad vulnerada por la Administración que sólo permita expulsar del orden jurídico las actuaciones administrativas ilegales, sino que, dada su inseparable conexión con el art. 24.1, la fiscalización judicial ha de dar **plena satisfacción** también a **las pretensiones** que los particulares formulen para restablecer sus derechos subjetivos e intereses legítimos, en los casos en que estos hayan sido lesionados por la Administración al infringir el ordenamiento jurídico. Ese control no ha de ser menor o más débil que el que impone el art. 24.1 a los demás órdenes jurisdiccionales en la impartición de la tutela judicial. La esencia del control revisor que la jurisdicción contencioso-administrativa debe ejercer consiste, por tanto, en tutelar las posiciones jurídicas de los particulares al menos con la misma eficacia (art. 24.1) con que la Administración tutela por sí misma sus potestades y sus actos.

La doctrina constitucional ha sostenido en tal sentido que «el orden de lo contencioso-administrativo [...] ya no puede ser concebido como un cauce jurisdiccional para la protección de la sola legalidad objetiva o, si se prefiere, como un proceso al acto, sino, fundamentalmente, como una vía jurisdiccional para la efectiva tutela de los derechos e intereses legítimos de la Administración y de los administrados» (STC 14/2006; en el mismo sentido, SSTC 86/1998 y 136/1995). Esa efectiva tutela subjetiva que el orden contencioso-administrativo ha de prestar exige que los Jueces y Tribunales que lo integran puedan paralizar la ejecutividad o eficacia de la actividad administrativa impugnada, anular las normas y actos ilegales, condenar a la Administración al pleno restablecimiento de las situaciones jurídicas conculcadas, incluido el resarcimiento patrimonial, y ejecutar por sí mismos sus propias resoluciones desfavorables a la Administración, venciendo la resistencia que ésta pueda oponer a su cumplimiento.

Dentro de este modelo de fiscalización judicial plena, el Tribunal Constitucional ha insistido de manera especial en las **medidas cau-**

telares y en la **ejecución de sentencias** como instrumentos indispensables para la efectividad de la tutela y del control judicial. En cuanto a las primeras, el Tribunal ha afirmado con toda energía que «la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso» (STC 14/1992). En efecto, la necesidad de que la impugnación pueda alcanzar su finalidad legítima (art. 103.1 LJCA), así como, desde otro ángulo pero en el mismo sentido, el aseguramiento de la efectividad de las sentencias (art. 129.1 LJCA) estimatorias de las pretensiones de los particulares, impiden que el legislador pueda «eliminar de manera absoluta la posibilidad de adoptar medidas cautelares [...], pues con ello se vendría a privar a los justiciables de una garantía que, por equilibrar y ponderar la incidencia de aquellas prerrogativas [de autotutela], se configura como contenido del derecho a la tutela judicial efectiva. Para que ésta se considere satisfecha es, pues, preciso que se facilite que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal, y que éste, con la información y contradicción que resulte menester, pueda resolver sobre su eventual suspensión» (STC 238/1992; asimismo, STC 66/1984). Dicho de otro modo, «la prerrogativa de la ejecutividad no puede desplegarse libre de todo control jurisdiccional y por ello el legislador debe articular, en uso de su libertad de configuración, las medidas cautelares que hagan posible el control que la Constitución exige» (STC 238/1992), porque «la fiscalización plena, sin inmunidades de poder, de la actuación administrativa impuesta por el art. 106.1 de la CE, comporta que el control judicial se extienda también al carácter inmediatamente ejecutivo de sus actos» (STC 148/1993; en el mismo sentido SSTC 341/1991, 78/1996 y 199/1998; y AATC 265/1988, 458/1988, 116/1995, 95/2000 y 48/2004).

En lo que concierne al cumplimiento y **ejecución de las sentencias desfavorables para la Administración**, desde la STC 32/1982 es constante la jurisprudencia constitucional

que, conforme a lo dispuesto en el art. 118 de la Constitución («Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto»), afirma que la Administración tiene el deber de cumplir las sentencias judiciales y a los Tribunales compete forzar la ejecución en caso de incumplimiento, en cuanto que es una exigencia indeclinable del derecho a la tutela judicial (art. 24.1), de un lado, y del ejercicio de la función jurisdiccional (art. 117.1), de otro.

La mencionada STC 32/1982 dio el primer paso para superar el obstáculo opuesto por la Administración a la ejecución de sentencias de condena al pago de cantidad líquida, tan frecuente bajo la vigencia de la ley jurisdiccional de 1956 (el principio de legalidad presupuestaria y la inexistencia de partida presupuestaria destinada a esa finalidad), declarando a este propósito que el principio de legalidad presupuestaria, por atendible e importante que sea, no puede dejar «sin contenido un derecho que la Constitución reconoce y garantiza, pues [...] el cumplimiento de las sentencias forma parte de la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales consagrado en el art. 24. Del mismo modo, dicho principio no puede obstaculizar el control jurisdiccional de la ejecución de las Sentencias exigidas también constitucionalmente» (STC 32/1982; en el mismo sentido, STC 294/1994).

El siguiente y más significativo paso lo dio la STC 67/1984 al declarar en términos rotundos que «la ejecución de las sentencias —en sí misma considerada— es una cuestión de capital importancia para la efectividad del Estado social y democrático de Derecho [...]», dado que «difícilmente puede hablarse de la existencia de un Estado de Derecho cuando no se cumplen las Sentencias y resoluciones firmes». Por ello, cuando la Administración no cumple voluntariamente las sentencias que le son adversas se produce «un grave atentado al Estado de Derecho» que inevitablemente

comporta también una grave violación del derecho a la tutela judicial *ex* art. 24.1 si el órgano judicial no hace frente a ese incumplimiento con la adopción de «las medidas pertinentes para hacer ejecutar lo juzgado», medidas que la vigente Ley 29/1998, LJCA (arts. 103 a 113) ha fortalecido y diversificado hasta el punto de hacer virtualmente imposibles, si hay voluntad judicial de impedirlos, los eventuales incumplimientos administrativos.

En la STC 167/1987 el Tribunal ha prestado especial atención a los llamados **incumplimientos disimulados o indirectos**, aquellos «donde se ocultan los mayores riesgos tanto para el sistema jurídico en general, como para los derechos de los particulares», y que por ello requieren una singular vigilancia por parte de los Jueces, advirtiendo a tal efecto que «el derecho a la ejecución de las Sentencias [...] no se satisface sólo [...] con la remoción inicial de los obstáculos [...], sino que postula, además, que los propios órganos judiciales reaccionen frente a ulteriores actuaciones o comportamientos enervantes del contenido material de sus decisiones, y que lo hagan, esto es lo esencial, en el propio procedimiento incidental de ejecución [...]. Sólo así se garantiza la eficacia real de las resoluciones judiciales firmes y, por ende, del control jurisdiccional sobre la Administración [...]».

III. LA ACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN OBJETO DE CONTROL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

1. Los Reglamentos

Al fijar el alcance del control judicial de la legalidad administrativa, el art. 106.1 establece una distinción acertada entre la potestad reglamentaria, de una parte, y la actuación administrativa, de otra. Tanto las normas reglamentarias como las decisiones singulares son manifestaciones de potestades que la ley atribuye a la Administración para la mejor satisfacción del interés general; ambas son, en sentido amplio, «actividad administrativa». Pero entre regla-

mentos y actos hay diferencias tan señaladas de naturaleza y de régimen jurídico que justifican la distinción constitucional. Los reglamentos son, ante todo, normas jurídicas de rango infralegal, forman parte del ordenamiento, vinculan y obligan a todos los sujetos jurídicos (art. 9.1 de la Constitución), incluida la propia Administración, y no agotan su eficacia por el hecho de su cumplimiento, sino que la conservan intacta en tanto no se produzca su derogación; los actos administrativos, en cambio, son simples actos ordenados cuyo cumplimiento agota o consume sus efectos y en relación con los cuales la Administración ostenta determinadas facultades de disposición.

Es obvio, por tanto, que el control de la legalidad de los reglamentos tenga una importancia muy superior que la que ofrece la fiscalización de la validez o invalidez de los actos administrativos. Ello explica que la LOPJ encomiende el juicio de validez de los reglamentos a los Jueces y Tribunales de todos los órdenes jurisdiccionales, ordenándoles su inaplicación cuando resulten «contrarios a la Constitución, a la Ley o al principio de jerarquía normativa» (art. 6), reservando, en cambio, el control de anulación, previa impugnación de los interesados, a la jurisdicción contencioso-administrativa, control de anulación que la LOPJ (art. 9.4) y la LJCA (art. 1.1) extienden asimismo a los *ultra vires* de los Decretos legislativos. Por las razones apuntadas, este control impugnatorio presenta algunos rasgos peculiares, en contraste con la impugnación de actos. Sin ánimo de exhaustividad, valgan como ejemplo: la posibilidad de interponer con entera independencia tanto un recurso directo contra el reglamento como un recurso indirecto contra los actos de aplicación, fundado este último en que el reglamento del que traen causa no es conforme a Derecho (art. 26.1 LRJCA); la facultad de los Tribunales de extender el enjuiciamiento de los preceptos impugnados a otros conexos del mismo reglamento (art. 33.3 LRJCA); la eficacia *erga omnes* de las sentencias firmes que anulen el reglamento impugnado (art. 72.2 LRJCA), etcétera.

2. La actividad administrativa singular

Toda la actuación administrativa singular sujeta al Derecho administrativo es objeto de control de legalidad por la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 9.4 LOPJ y art. 1.1 LJCA). El concepto de «actuación administrativa» que la Constitución utiliza debe ser entendido en su sentido más amplio, incluyéndose en el mismo tanto los actos administrativos, sean reglados o discrecionales, expresos o tácitos, como la inactividad y las omisiones y hasta la simple vía de hecho. El precepto constitucional ha querido destacar «**los fines**» que justifican la actuación administrativa como parámetro del control judicial de legalidad, y cuya inobservancia por la Administración da lugar al vicio de desviación de poder (art. 63.1 LRJPAC y art. 70.2 LRJCA). Aunque ese recordatorio constitucional no sea estrictamente necesario, pues no hay duda alguna de que el elemento teleológico es siempre un elemento reglado que integra la legalidad de todo acto administrativo (así lo exige el art. 53.2 LRJPAC: «el contenido de los actos [...] será [...] adecuado a los *fin*es de aquéllos»), parece que el constituyente haya querido destacar con ello la posición vicarial de la Administración y su estricta adherencia a los fines públicos concretos marcados por el legislador, que son los que en cada caso justifican la actuación de la Administración.

Como quiera que la determinación del concepto constitucional de «actuación administrativa» es materia de legalidad ordinaria, reservada en exclusiva su interpretación y aplicación a los órganos del Poder Judicial, son escasas las resoluciones del Tribunal Constitucional que aporten alguna luz sobre el significado y alcance de dicho concepto. Entre ellas, y siempre desde la conexión inseparable entre el art. 106.1 y el art. 24.1, cabe recordar la doctrina que incluye dentro de la noción de «actuación administrativa» no sólo los actos administrativos expresos sino también las omisiones, la inactividad y los actos tácitos o presuntos producidos por silencio negativo. Así, en la STC 294/1994 el Tribunal afirmó que «de ningún

modo puede excluirse que el comportamiento inactivo u omisivo de la Administración Pública pueda incurrir en ilegalidad y afectar a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos» (en el mismo sentido SSTC 136/1995 y 228/2006), sin que esa inactividad controlable por los Jueces haya de corresponderse en todos los casos con la técnica del silencio administrativo: la inactividad puede consistir también en la no realización de un acto al que la Administración viene legalmente obligada, pasividad que legitima al particular afectado a reaccionar frente a ella ante la jurisdicción contencioso-administrativa (STC 136/1995).

En relación con los comportamientos omisivos formalizados mediante la técnica del silencio administrativo, el Tribunal ha rechazado sistemáticamente que el incumplimiento del deber de dictar resolución expresa coloque a la Administración incumplidora en una posición de ventaja procesal que a la postre impida el acceso de los interesados a la vía judicial. En este sentido ha venido declarando, en sintonía con una posición ampliamente mayoritaria en la doctrina científica, que «el silencio administrativo de carácter negativo es una ficción legal que responde a la finalidad de que el administrado pueda, previos los recursos pertinentes, llegar a la vía judicial superando los efectos de inactividad de la Administración, de manera que en estos casos no puede calificarse de razonable aquella interpretación de los preceptos legales que prima la inactividad de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido su deber de resolver» (STC 220/2003; en igual sentido, SSTC 6/1986, 204/1987, 180/1991, 294/1994, 86/1998, 3/2001, 71/2001, 179/2003, 188/2003 y 184/2004). En definitiva, si se aceptara como lícita esa posición procesal de ventaja, derivada del incumplimiento de la Administración de pronunciarse de modo expreso sobre las solicitudes que los particulares le formulen, se estaría permitiendo que, «pese a la persistente negativa o resistencia a tal deber por parte del ente público, éste quede inmune al control jurisdiccional plenario que viene exigido por el art. 106.1 de la Constitución» (STC 14/2006).

BIBLIOGRAFÍA

BARNÉS VÁZQUEZ, J. (Coord.), *La justicia administrativa en el Derecho comparado*, Civitas, Madrid, 1993.

CHINCHILLA MARÍN, C., *La tutela cautelar en la nueva jurisdicción administrativa*, Civitas, 2.ª edición, Madrid, 1999.

PAREJO ALFONSO, L., *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Tecnos, Madrid, 1993.

VV. AA., «Comentarios a la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998», *REDA*, núm. 100, Madrid, 1998.

ACTUALIZACIÓN ARTÍCULO 106.1

EL CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Sumario: I. Nuevas tendencias en la elusión del control judicial de la Administración y doctrina del Tribunal Constitucional sobre la inconstitucionalidad de ciertas leyes singulares y autoaplicativas. II. La relevancia de la ejecución de las sentencias contencioso-administrativas y la inconstitucionalidad de las leyes autonómicas que persiguen suspender o eludir la misma. III. El control del silencio administrativo y la reiteración de la doctrina previa sobre la ausencia de plazo para su impugnación.

EVA DESDENTADO DAROCA

CATEDRÁTICA DE DERECHO ADMINISTRATIVO
UNIVERSIDAD DE ALCALÁ
EXLETRADA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. NUEVAS TENDENCIAS EN LA ELUSIÓN DEL CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN Y DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE CIERTAS LEYES SINGULARES Y AUTOAPLICATIVAS

El control judicial de la actividad administrativa y, en particular, de la discrecionalidad administrativa ha ido avanzando con intensidad, pero en la inacabable «lucha contra las inmunidades del poder» han ido apareciendo nuevos intentos de eludir el mismo. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la aprobación de proyectos o de ordenaciones urbanísticas o medioambientales utilizando el instrumento de la ley en lugar de las técnicas administrativas habituales (licencias, autorizaciones, planes). Es indudable que el recurso a la ley, en estos casos, tiene el efecto de «blindar» esas decisiones sustrayéndolas del control por los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Pues bien, esto es precisamente lo que ocurrió en los conocidos casos de la llamada «Ciudad del Medio Am-

biente», «Complejo de Ocio y Aventura Mese-ta Ski», «Fuentes Carrionas y Fuente Cobre-Montaña Palentina» y «Santovenia de Pisuerga», resueltos por el Tribunal Constitucional en sus SSTC 203/2013, de 5 de diciembre, 162/2014, de 7 de octubre, 50/2015, de 5 de marzo, y 129/2013, de 4 de junio, respectivamente. En la impugnación de estas leyes se adujo, además de la vulneración del principio de igualdad (art. 14 CE), la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) y del control judicial de la actividad administrativa (art. 106.1 CE)... La doctrina sentada por el Tribunal en estos asuntos presenta un gran interés dogmático. En primer lugar, en relación con las leyes que se adentran en la ordenación urbanística o de los recursos naturales, el Tribunal sigue manteniendo su doctrina clásica conforme a la cual no cabe deducir de la Constitución una reserva de reglamento, por lo que al legislador no le está vedada la incursión en la planificación urbanística o medioambiental. No obstante, considera que se trata de leyes singulares que, por tanto, están sujetas a los límites de este tipo de regulaciones, que han de responder a una situación excepcional que no pueda abordar-

se por las vías de actuación ordinarias, ya que la ley singular no constituye un ejercicio normal de la potestad legislativa. Es decir, resulta necesario justificar el recurso al instrumento de la ley. En el caso de la «Ciudad del Medio Ambiente», el Tribunal afirma que «el legislador no ha explicado las razones por las que entiende que la utilización de la ley es una medida razonable y proporcionada, aún a sabiendas de que, tal y como se puso de manifiesto en el debate legislativo, la utilización de la ley eliminaba el control de la jurisdicción contencioso-administrativa» (STC 203/2013, de 5 de diciembre). En consecuencia, entiende que «la utilización de la ley no es una medida razonable ni proporcionada a la situación excepcional que ha justificado su aprobación» y, en consecuencia, afirma que se vulnera el art. 24 CE al «haber impedido el acceso al control judicial de derechos e intereses legítimos» y «eliminar la posibilidad de un control judicial de la misma intensidad que hubieran podido realizar los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa». Y a las mismas conclusiones llega el Tribunal en la STC 50/2015, de 5 de marzo, sobre la modificación de la Ley 4/2000, del parque natural de Fuentes Carrionas y Fuente Cobre-Montaña Palentina, en la que señala, al igual que en el caso de la Ciudad del Medio Ambiente, que la Ley impone un sacrificio desproporcionado especialmente cuando además se vulnera el art.24 CE por la reproducción casi mimética de una regulación reglamentaria previamente anulada en vía contencioso-administrativa, impidiendo que esta alcanzara la efectividad que le correspondía y sacrificando el derecho a la ejecución de la sentencia en sus propios términos.

Otra vía de huida del control de la jurisdicción contencioso-administrativa es la ordenación por ley procediendo a llevar a cabo en la propia ley la subsunción del supuesto de hecho concreto en el supuesto de hecho abstracto o remitiendo a otra futura ley la subsunción de otros supuestos de hecho, eludiendo, así, el otorgamiento de la licencia o autorización correspondiente, como ocu-

rió en el caso del proyecto regional de Santovenia de Pisuerga (cuyas licencias de obras y de actividad habían sido previamente anuladas por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa). El Tribunal Constitucional ha afirmado, en su STC 129/2013, de 4 de junio, que este tipo de regulaciones son contrarias al texto fundamental: tanto la reserva formal de ley (regulación general que remite a leyes autoaplicativas) como las propias regulaciones autoaplicativas. La inconstitucionalidad responde a que «la reserva al legislador de la aplicación de la legalidad existente al caso concreto, con exclusión de la actividad que ordinariamente realiza la Administración, impide un control de la misma intensidad que el que correspondería realizar a los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, si la actividad de ejecución se hubiera llevado a cabo por la Administración».

II. LA RELEVANCIA DE LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVAS Y LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES AUTONÓMICAS QUE PERSIGUEN SUSPENDER O ELUDIR LA MISMA

Como señaló el Profesor LEGUINA en su comentario al art. 106.1 CE, el Tribunal Constitucional siempre ha insistido en la relevancia de la ejecución de sentencias como mecanismo esencial para la efectividad del control judicial y ha prestado especial atención a los incumplimientos disimulados o indirectos. En los últimos años, en el ámbito urbanístico, el cumplimiento de las sentencias ha resultado especialmente controvertido cuando se ha traducido en la necesaria demolición de inmuebles contruidos irregularmente. La presión de los terceros adquirentes de buena fe y las propias reticencias de las Administraciones a la ejecución de las sentencias ha llevado a buscar la vía de eludir o condicionar su cumplimiento por ley. En este sentido, le-

gislaron las Comunidades Autónomas de Cantabria y Galicia. La Ley cántabra 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación Territorial y del Régimen Urbanístico del Suelo, y la Ley gallega 8/2012, de 29 de junio, de Vivienda, condicionaron la demolición de los inmuebles a la finalización del correspondiente procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración y a la determinación y pago de la indemnización a los afectados. El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de declarar la inconstitucionalidad de ambas normas en la medida en que se refieran a demoliciones ordenadas en vía judicial, si bien sobre la base de la vulneración de la distribución constitucional de competencias, al tratarse de legislación procesal de competencia exclusiva del Estado y no existir especialidad sustantiva alguna en el Derecho autonómico en cuestión que justifique la singularidad procesal (SSTC 92/2013 y 82/2014). Tras la STC 92/2013, la Comunidad de Cantabria buscó una nueva vía de solución de la cuestión —seguida posteriormente por Navarra (Ley foral 4/2005)— mediante la introducción de la controvertida figura de una autorización provisional de edificaciones o actuaciones declaradas ilegales y sobre las que penden órdenes de demolición, que se otorga cuando comienza el procedimiento de elaboración, modificación o revisión de los planes urbanísticos u otros instrumentos de planeamiento que contemplaran la incorporación de esas edificaciones o actuaciones. El Tribunal Constitucional en su STC 154/2015, de 9 de julio, declara también inconstitucional este intento adicional de eludir o suspender la ejecución de las demoliciones ordenadas por vía judicial y extiende a esta nueva regulación la doctrina establecida en las SSTC 92/2013 y 82/2014.

III. EL CONTROL DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO Y LA REITERACIÓN DE LA DOCTRINA PREVIA SOBRE LA AUSENCIA DE PLAZO PARA SU IMPUGNACIÓN

El Tribunal Constitucional —como ya dijo el Profesor LEGUINA— ha rechazado siempre que el incumplimiento del deber de dictar resolución expresa coloque a la Administración en una posición procesal de ventaja procesal y perjudique el adecuado acceso de los interesados a la vía judicial. Por ello precisamente, ha afirmado reiteradamente que, en caso de silencio administrativo, la situación ha de ser la misma que cuando no se produce notificación o esta se realiza defectuosamente, entendiendo, por tanto, que no comienzan a correr los plazos de impugnación. En este sentido, se ha pronunciado el Tribunal, entre otras, en las SSTC 39/2006, 175/2006, 27/2007 y 32/2007. El art. 46.1 de la LJCA dispone que si el acto no fuera expreso, el plazo para la interposición del recurso contencioso-administrativo será de seis meses. Planteada cuestión de inconstitucionalidad por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en relación con esta regulación, el Tribunal Constitucional, en su STC 52/2014, de 10 de abril, sostiene, en línea con el Tribunal Supremo (STS de 23 de enero de 2004), que las impugnaciones de las desestimaciones por silencio no están sujetas al plazo de caducidad previsto en el art. 46.2 LJCA en la medida en que, a diferencia de lo que ocurría con la regulación de la Ley 30/1992, a partir de la reforma de la misma por la Ley 4/1999, en caso de silencio negativo no existe un acto administrativo finalizador del procedimiento, ni un «acto presunto», por lo que la Administración sigue estando obligada a resolver de forma expresa.

ARTÍCULO 106.2

LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Sumario: I. Introducción. II. Caracteres del sistema de responsabilidad patrimonial de la administración. 1. Sistema unitario: la remisión al legislador estatal. 2. Responsabilidad extracontractual. 3. Responsabilidad directa. III. Fundamento del sistema. 1. La reparación de daños injustificados: calificación del sistema como objetivo. 2. Responsabilidad por culpa (hecho ilícito) y responsabilidad sin culpa (hecho lícito). IV. La imputación de daños. 1. La cláusula general: el funcionamiento de los servicios públicos. 2. Los actos políticos del Gobierno. 3. La actividad privada de la Administración. V. Ámbito subjetivo de la responsabilidad. 1. Sujeto activo: el perjudicado, titular del derecho a la indemnización. 2. Sujeto pasivo: la organización pública autora del daño, titular del deber de indemnizar. A) Las Administraciones Públicas. B) Otros organismos públicos. VI. Ámbito objetivo: los requisitos del daño.

JESÚS LEGUINA VILLA

CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

UNIVERSIDAD DE ALCALÁ

MAGISTRADO EMÉRITO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. INTRODUCCIÓN

En el Estado de Derecho, la indemnización expropiatoria y el resarcimiento de daños son los institutos jurídicos básicos que garantizan **la integridad patrimonial de los particulares** frente a los poderes públicos. Ambos institutos comparten la función de dejar indemnes los patrimonios privados que sean sacrificados o que resulten lesionados por la acción de los poderes públicos, y dentro de éstos, de modo destacado, por las actividades que en aras de los intereses generales llevan a cabo las Administraciones Públicas. Así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional al declarar que «es evidente el paralelismo que guarda esta figura (art. 106.2) con la expropiatoria (art. 33.3 CE), ambas recogidas a efectos competenciales en el art. 149.1.18.^a, y modalidades de un mismo género: la garantía patrimonial del ciudadano» (STC 61/1997).

La integridad patrimonial de los particulares no sería, en efecto, completa si el Estado se

limitara a compensar los despojos directos de los bienes y derechos privados, dejando fuera de la cobertura indemnizatoria los quebrantos patrimoniales que cause el ejercicio de sus múltiples funciones y servicios. Estando prohibida la confiscación, tan exigible es en un Estado limitado por el Derecho que los particulares sean indemnizados cuando el daño patrimonial consista en una ablación imperativa de sus legítimos derechos e intereses como que lo sean cuando ese mismo daño patrimonial tenga su causa, no en el ejercicio de la potestad expropiatoria, sino en cualesquiera otras potestades, funciones o actividades, a través de las cuales la Administración cuida de los intereses generales. De ahí que el reconocimiento de la responsabilidad civil o extracontractual de la Administración haya sido calificada como «la máxima conquista en la configuración del moderno Estado de Derecho» (STS 16 de noviembre 1983).

Sin embargo, a diferencia de la indemnización expropiatoria, el resarcimiento de los

daños administrativos ha sido un fruto tardío del Estado de Derecho. Durante buena parte del siglo XIX, y en bastantes países hasta bien entrado el siglo XX, la Administración no ha estado obligada a indemnizar los daños causados a terceros. Esta situación de **inmunidad patrimonial** fue general en Europa: sólo se indemnizaban las expropiaciones y algunos daños excepcionales previstos en leyes especiales; todos los demás daños corrían a cargo del perjudicado o se imputaban, en su caso, a los funcionarios y agentes públicos cuya conducta culpable los hubiera causado.

Dejando el examen de algunos precedentes —en el ámbito local— que marcaron el camino a seguir, la situación de irresponsabilidad —de la Administración del Estado— se prolongó en España hasta la aprobación de la LEF en el año 1954. Fue, en efecto, esta Ley la que dio el paso definitivo en el reconocimiento de un principio general de responsabilidad patrimonial de todos los entes públicos. Con ello se trataba de poner fin, en palabras de su Exposición de Motivos, al «**injustificado privilegio de exoneración**» del Estado frente a los daños patrimoniales causados no por despojo directo sino como resultado involuntario o inevitable de la actividad administrativa. No había razón para limitar la garantía indemnizatoria del Estado a las lesiones expropiatorias, dejando sin cobertura directa «la inevitable secuela accidental de daños residuales» causados por la acción de la Administración, pues tanto en un caso como en otro, «al margen de un estrecho dogmatismo académico, cabe apreciar siempre el mismo fenómeno de lesión de un interés patrimonial privado que, aun cuando resulte obligada por exigencias de interés o del orden público, no es justo que sea soportada a sus solas expensas por el titular del bien jurídico dañado».

Todo ello condujo a incluir en el texto de la LEF una **cláusula general de responsabilidad patrimonial por daños administrativos** que venía a romper definitivamente

con una larga tradición de inmunidad. El principio fue recogido en el art. 121.1 con el siguiente texto: «Dará también lugar a indemnización [...] toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere, siempre que aquélla sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, o de la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa, sin perjuicio de la responsabilidad que la Administración pueda exigir de sus funcionarios con tal motivo».

Con esta sencilla fórmula el legislador acertó a incorporar al Derecho de daños administrativos novedades de gran calado que cambiaron por completo el oscuro panorama anterior en el que la irresponsabilidad de los sujetos públicos (salvo en la esfera local) era la regla. Tales novedades «obedecían a un deseo de aproximación de las instituciones expropiatoria e indemnizatoria, basado en el designio de asegurar la integridad patrimonial de los administrados frente a la actuación pública» (STS 5 junio 1979 y 4 febrero 1983).

Y tres años más tarde el nuevo sistema de responsabilidad fue incorporado a una ley básica de la organización administrativa, la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 26 de julio de 1957. Pero la implantación efectiva del nuevo sistema legal de responsabilidad, que venía a romper abruptamente con la tradicional inmunidad patrimonial de la Administración, tardó algún tiempo en consolidarse. Hasta finales de los años 60, tanto la Administración como los Tribunales se mostraron reacios a aceptar el giro operado en nuestro ordenamiento por una escueta cláusula general de responsabilidad administrativa que, además de declarar responsables directos a los entes públicos (y no a los funcionarios), extendía la cobertura indemnizatoria de los daños causados a los particulares más allá de los confines de la culpabilidad.

II. CARACTERES DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

1. Sistema unitario: la remisión al legislador estatal

Entre los principios generales del Estado social y democrático de Derecho, la Constitución recoge en el art. 9.3 el principio de responsabilidad de los poderes públicos. En un Estado de Derecho ningún poder público es irresponsable cuando se aparta de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, a cuyos mandatos todos los poderes públicos están sujetos (art. 9.1 CE). La propia Constitución señala las diferentes modalidades que puede revestir el principio de responsabilidad en su aplicación concreta a cada uno de los poderes públicos. Entre esas modalidades se encuentra, dentro del Título V relativo al Gobierno y a la Administración, la responsabilidad patrimonial del poder ejecutivo por los daños causados a los particulares en el desempeño de sus funciones (ATC 96/1980). Responsabilidad que consagra el art. 106.2 en los términos siguientes: «Los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos».

Por su parte, el art. 149.1.18.^a reserva a la competencia legislativa exclusiva del Estado «el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones», lo que impide a los Parlamentos autonómicos la creación de regímenes diferentes de responsabilidad administrativa. Pero el precepto constitucional no excluye que, «además de esa normativa común que representa el sistema de responsabilidad para todo el territorio, las Comunidades Autónomas puedan establecer otros supuestos indemnizatorios en concepto de responsabilidad administrativa, siempre que, naturalmente, respeten aquellas normas estatales con las que en todo caso habrán de cohones-

tarse y sirvan al desarrollo de una política sectorial determinada» (STC 61/1997, de 20 de marzo).

La Constitución ha elevado al más alto rango normativo la garantía patrimonial de los particulares frente a los daños administrativos. No parece dudoso que, al tomar esa decisión fundamental, el constituyente tuvo muy en cuenta el régimen de responsabilidad implantado en nuestro ordenamiento a partir de la LEF de 1954, y ya entonces, en 1978, plenamente consolidado, tanto en la doctrina especializada como en la práctica judicial. La fórmula utilizada está inspirada en el sistema de cláusula general de responsabilidad vigente en ese momento. Pero ello no significa que se haya constitucionalizado en toda su extensión el sistema legal del que trae causa; se ha constitucionalizado, sí, la garantía patrimonial, pero no las normas concretas que la regulan y configuran. La Constitución garantiza a los particulares el derecho a ser indemnizados por los daños administrativos, pero lo hace «en los términos establecidos por la Ley». Es, por tanto, un **derecho de configuración legal** (STC 325/1994), como también lo es el derecho a la indemnización expropiatoria, que sólo puede ejercerse «de conformidad con lo dispuesto por las leyes». Como ha recordado en reiteradas ocasiones el Tribunal Supremo, el derecho a la indemnización de daños administrativos no es un derecho «que derive directamente de la Constitución, sino que exige la interposición de una Ley, y es exigible no en los términos abstractos establecidos en la Constitución, sino en los términos concretos en que figure en la Ley ordinaria que lo regule».

La remisión de la Constitución a la ley no es una norma en blanco. La ley no puede suprimir el derecho a la indemnización de daños administrativos no expropiatorios, ni desfigurarlo hasta hacerlo irreconocible (excluyendo, por ejemplo, de la cláusula general sectores enteros de la actividad administrativa), pero la garantía constitucional de su existencia no sólo no impide sino que obliga al legis-

lador (en eso consiste la reserva de Ley) a definir el contenido del derecho, regular los elementos de los hechos dañosos que permitan su imputación a la Administración, fijar distintas modalidades de reparación del daño o establecer, en su caso, reglas especiales de resarcimiento para determinados tipos de daños administrativos. Lo que la ley no puede es, con palabras del Tribunal Constitucional, «excluir radicalmente la posibilidad de que se produzcan lesiones indemnizables como consecuencia del funcionamiento de algún servicio público» (STC 116/2006).

Esa configuración legal se contiene hoy en el Título X de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero LRJPAC). Esta ley ha venido a confirmar el sistema unitario de responsabilidad administrativa vigente en nuestro ordenamiento desde los años cincuenta, mediante una cláusula general sustancialmente idéntica a la que ya conocemos. El art. 139.1 dispone, en efecto que:

«Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos».

Por su parte, el art. 141.1 concreta el alcance del principio general al señalar que:

«Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la

técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos».

Este sistema unitario de responsabilidad, aplicable con carácter universal a todas las Administraciones Públicas, garantiza, por tanto, a los particulares el resarcimiento de las lesiones patrimoniales sufridas por el funcionamiento de los servicios públicos que aquéllos no estén obligados a soportar.

2. Responsabilidad extracontractual

El sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración se aplica a los daños causados a los particulares sin que medie vínculo jurídico alguno entre éstos y aquélla y que tengan su causa en el funcionamiento de los servicios públicos. De ello se sigue que no procede encauzar una reclamación de indemnización por la vía de la responsabilidad extracontractual de la Administración cuando el supuesto de hecho causante y la correspondiente reparación del daño tienen otra vía procedimental específica, prevista en el ordenamiento jurídico. Sólo así se consigue evitar «una indeseable duplicidad de vías resarcitorias» (DCE 3144/1981; 3917/1998 y 3332/2000, entre otros muchos). El sistema general de responsabilidad de la Administración es **supletorio** de cualquier otro régimen específico de cobertura. Pero puede ser también **complementario** de dicho régimen específico si éste no alcanza a cubrir la totalidad de la reparación exigible.

De su ámbito de cobertura quedan fuera, en primer lugar, las obligaciones **ex contractu** generadas por los daños causados en el seno de alguna relación contractual, administrativa o privada (STS 7 diciembre 1999, 23 mayo 2001); y, en segundo lugar, las obligaciones **ex lege** u obligaciones autónomas que surgen directa y exclusivamente por hechos o situaciones reguladas por una Ley. El incumplimiento

de ambos tipos de obligaciones patrimoniales cuentan con específicos regímenes de reparación y a ellos debe remitirse el perjudicado.

El sistema de responsabilidad administrativa tampoco es aplicable a los **daños expropiatorios**, entendiéndose por tales «los perjuicios directamente vinculados a la actuación expropiatoria» de la Administración, perjuicios que «deben ser objeto de valoración en el expediente de justiprecio» (STS 19 abril 2001, FJ 2). Ese no es el caso, sin embargo, de aquellos perjuicios que, aunque conectados con un expediente expropiatorio, tengan su origen en el funcionamiento de la obra pública o del servicio público que motivó la expropiación, perjuicios éstos separables de los puramente expropiatorios y reparables, por tanto, por la vía de la responsabilidad extracontractual (STS 11 octubre 2000, FJ 3).

Tampoco pueden considerarse daños administrativos extracontractuales los producidos dentro de la relación estatutaria o de servicios profesionales que vincula a la Administración con sus funcionarios o agentes (p. ej., lesiones o fallecimiento de agentes de las fuerzas de seguridad pública por accidentes en actos de servicio). Tales daños tienen sus propios instrumentos de reparación a través del sistema de clases pasivas o por medio de coberturas propias de aseguramiento concertadas por la Administración. No obstante, dado el carácter supletorio y complementario del sistema general, cabe acudir a él cuando los daños sufridos por los agentes públicos e imputables a la Administración carecen por completo de un régimen específico de reparación o si la cobertura que ofrece dicho régimen es insuficiente y no alcanza a cubrir la indemnización de todos los daños.

3. Responsabilidad directa

La Administración responde directamente ante terceros por los daños que causen los agentes públicos que forman parte de su organización, cualquiera que sea la naturaleza ju-

rídica del vínculo que les una, ya se trate, por tanto, de autoridades públicas, funcionarios o empleados laborales, ya sean sujetos que de forma ocasional desempeñen funciones públicas (SSTS 11 noviembre 1998 y 23 diciembre 1998). La relación orgánica y de servicio identifica a los funcionarios y agentes públicos con la Administración y obliga a imputar a aquélla los daños causados por éstos.

No se trata, por tanto, de una simple responsabilidad indirecta por hecho de tercero o, menos aún, subsidiaria de una previa responsabilidad personal de sus agentes. La víctima del daño no está obligada a identificar al empleado público cuya conducta haya causado el daño, sino que puede y **debe dirigir su reclamación directamente a la Administración** (art. 145 LRJPAC), como también puede y debe hacerlo en los casos en que el daño se deba al funcionamiento impersonal o anónimo de los servicios públicos.

Con excepción de los daños causados por conductas estrictamente privadas y ajenas por completo a los servicios públicos, el funcionario queda al margen de toda responsabilidad directa frente al perjudicado. Hasta la Ley 4/1999 de reforma parcial de la LRJPAC, el dañado podía optar entre reclamar directamente la indemnización a la Administración o ejercer la acción de resarcimiento frente al funcionario culpable ante los Tribunales civiles. Pero la citada Ley ha suprimido esta última posibilidad, por lo que la responsabilidad personal del funcionario queda limitada a la que, en vía administrativa de regreso, pueda exigirle la Administración que hubiese indemnizado directamente a los lesionados (art. 145.2).

La responsabilidad directa de la Administración tiene una sola excepción en nuestro ordenamiento: que la lesión patrimonial se haya producido por **hechos delictivos** de los agentes públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones. En tal caso, si la víctima acumula a la acción penal la acción civil de resarcimiento de daños y perjuicios, el art. 121 CP

dispone que el responsable directo es el agente público y la Administración sólo responde subsidiariamente.

No obstante, la excepción no es absoluta, pues el ejercicio de la acción penal contra el funcionario no impide al perjudicado reclamar directamente a la Administración la indemnización correspondiente «conforme a las normas de procedimiento administrativo», reclamación cuya tramitación no se suspende por el ejercicio de la acción penal contra el funcionario, «salvo que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial» (art. 146.2 LRJPAC).

III. FUNDAMENTO DEL SISTEMA

1. La reparación de daños injustificados: calificación del sistema como objetivo

Como ya se ha señalado, el fundamento del principio de responsabilidad patrimonial de la Administración, consagrado en el art. 106.2 CE y desarrollado en los arts. 139.1 y 141 LRJPAC, es la garantía del patrimonio de los particulares frente a los daños administrativos injustificados. La Constitución y la ley reconocen el derecho al resarcimiento de toda lesión administrativa que el perjudicado no esté obligado a soportar. La antijuridicidad o ilicitud del daño que convierte a éste en lesión indemnizable no es, en principio, un factor subjetivo y reprochable de la conducta dañosa sino un elemento objetivo del quebranto patrimonial sufrido por la víctima, si bien la génesis de ese elemento objetivo del daño indemnizable puede estar estrechamente asociada en la mayor parte de los casos a la ilicitud o anormalidad de la conducta administrativa.

El sistema de responsabilidad administrativa gravita, pues, sobre **el dato objetivo de la lesión patrimonial antijurídica**, no sobre la culpa de la persona física autora del daño. El perjudicado no está obligado a señalar al agen-

te público causante del daño, ni a probar que en la actividad administrativa «hubo comportamiento voluntario, doloso o culposo, de la persona o personas que encarnan el Organismo Administrativo que lo produjo» (STS 27 marzo 1980). En consecuencia, «en el sistema español la responsabilidad de la Administración hay que calificarla como objetiva, al venir dada **no tanto por una conducta culpable** que hay que sancionar sino más bien por un quebranto patrimonial que hay que reparar».

La cláusula general incluye ante todo la **anormalidad en el funcionamiento de los servicios públicos**. Pero «anormalidad» del servicio público no es equivalente a conducta culpable de algún agente físico concreto. El funcionamiento anormal incluye, ciertamente, los daños causados por comportamientos ilícitos (dolosos o culposos) de los agentes públicos en el ejercicio de sus funciones, pero no está ligado en todos los casos a tales conductas ilícitas. La anormalidad comprende también, y sobre todo, el funcionamiento ilegal, irregular, anómalo, o si se prefiere, el funcionamiento objetivamente culpable del servicio público, aquél que se sitúa por debajo de los niveles legal o socialmente exigibles, culpabilidad ésta que puede presumirse en los casos más graves de ilegalidad o irregularidad desplazando a la Administración la carga de la prueba en contrario.

Se trata, por tanto, de una anormalidad objetiva u *objetivada*, de un funcionamiento objetivamente ilícito, que puede darse aun cuando no haya habido culpa subjetiva alguna reprochable a los agentes administrativos: «el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración —se afirma en la STS 28 marzo 2000— determina que la anormalidad en el servicio no debe necesariamente estar conectada a la existencia de una infracción subjetiva de los deberes de los funcionarios, sino que **basta con demostrar que objetivamente existió una deficiencia**, aun cuando fuera aislada [...]». Pero, claro está, el carácter objetivo del sistema de responsabilidad, así entendido y aplicado, ni excluye ni con-

vierte en indiferente la anormalidad del servicio a los efectos de la imputación de daños a la Administración.

El sistema contiene un segundo criterio general de imputación, éste sí rigurosamente objetivo: **el funcionamiento normal de los servicios públicos**. Según este título de imputación, es posible poner también a cargo de la Administración los daños injustos causados a los particulares por dos tipos muy concretos de actividades administrativas lícitas: las actividades peligrosas que por exigencias del interés general crean riesgos de daños accidentales o fortuitos y las actividades cuasi expropiatorias que causan sacrificios especiales en el patrimonio de los particulares.

La concurrencia de todos estos factores configuradores de nuestro sistema de responsabilidad extracontractual de la Administración (a saber: antijuridicidad objetiva del daño, responsabilidad por anormalidad objetiva del servicio público, sin conexión necesaria con culpa subjetiva alguna, y responsabilidad por riesgo fortuito o por sacrificio especial en ciertos supuestos dañosos lícitos o normales) permite calificarlo con naturalidad como un sistema de responsabilidad objetiva. Y así ha venido haciéndolo la doctrina y la jurisprudencia desde hace medio siglo hasta nuestros días.

En resumidas cuentas, si la culpa subjetiva de un agente físico no es el eje gravitatorio de la responsabilidad de la Administración (como sigue siéndolo, aunque con muchos matices y excepciones, en el ámbito del Derecho privado), está justificado calificar el sistema legal como objetivo.

2. Responsabilidad por culpa (hecho ilícito) y responsabilidad sin culpa (hecho lícito)

Ahora bien, que el sistema sea objetivo no significa que la culpa haya desaparecido del

campo de la responsabilidad extracontractual de la Administración. Tampoco quiere decir que al valorar el daño sufrido por el perjudicado en cada caso concreto sea indiferente que la actuación administrativa haya sido lícita o ilícita. Ni menos aún que los criterios normativos de imputación englobados en la cláusula general —ilegalidad, culpa subjetiva, culpa objetiva, anormalidad, riesgo y sacrificio especial— puedan ser utilizados indistintamente, para trasladar la carga de la indemnización a la Administración.

Cada criterio normativo de imputación cumple su propia función y tiene su propio ámbito de aplicación, según cuál sea la actividad llevada a cabo o la situación creada por la Administración. Responsabilidad objetiva no es ni ha sido nunca responsabilidad indiferente a la culpa en todos los casos. Si lo fuera, el sistema de responsabilidad de daños administrativos se habría convertido en una gigantesca maquinaria de aseguramiento social frente a todo tipo de daños directos o indirectamente conectados a una actuación administrativa, en vez de ser sólo un mecanismo de imputación de los efectos patrimoniales de daños injustos a la Administración que los ha causado.

IV. LA IMPUTACIÓN DE DAÑOS

1. La cláusula general: el funcionamiento de los servicios públicos

El deber de resarcimiento por parte de la Administración se extiende a todos los daños que tengan su origen en el funcionamiento de los servicios públicos: «sin tal funcionamiento previo —afirma el Tribunal Constitucional— no puede existir responsabilidad patrimonial, pues ésta se deriva de aquél» (ATC 169/2001). El significado de esta cláusula general de responsabilidad es equivalente al de «actuación administrativa». La expresión «servicios públicos» no se refiere a un modo o tipo concreto de la acción administrativa,

distinto de la policía, el fomento, el planeamiento, la actividad arbitral, la intervención, la regulación o la supervisión, sino que abarca el conjunto de todas las actividades desarrolladas por los entes públicos en el ejercicio de sus potestades administrativas, cualesquiera que éstas sean. Funcionamiento de los servicios públicos es tanto como decir funcionamiento de la Administración como poder público en cualquiera de sus múltiples manifestaciones. Hay una correspondencia semántica entre la «actuación administrativa» cuya legalidad controlan los Tribunales de Justicia, según el apartado 1 del art. 106 CE (los del orden contencioso-administrativo, conforme al art. 9.4 LOPJ), y el «funcionamiento de los servicios públicos» cuyos daños son imputables a la Administración, según el apartado 2 del citado precepto constitucional.

Este sentido amplio ha sido constante en la interpretación jurisprudencial. «La frase *servicios públicos* está empleada en el sentido de hacer y actuar de la Administración como acto de gestión pública y refiriéndose a cualquier actividad de la Administración con tal carácter en donde pueda surgir la figura del daño injustificado para el particular y para aquélla la obligación de indemnizar» (STS 2 febrero 1968). La expresión *funcionamiento de los servicios públicos* es equivalente a «gestión administrativa en general» o «repetida actuación de la Administración Pública como tal» (STS 14 noviembre 1969), «giro o tráfico administrativo» o «situación de hecho administrativa» (STS 28 enero 1972). Como se recuerda en la STS 23 diciembre 1998, «la jurisprudencia ha homologado como servicio público toda actuación, gestión o actividad, o tareas propias de la función administrativa, que se ejerce incluso por omisión o pasividad con resultado lesivo, volviendo a conectar [...] la idea de Administración Pública con actividad administrativa, y todo ello con la idea de servicio público». Un ejemplo de eventual responsabilidad por omisión es el señalado en la STC 140/1995 en la que el Tribunal Constitucional afirma que «si los poderes públicos no adop-

taron las medidas adecuadas para proteger los derechos e intereses del particular, por ejemplo, no ejerciendo la protección diplomática cuando la misma sea procedente (STC 107/1992, Fundamento Jurídico 3.º), pese a haberla solicitado, éste podrá eventualmente ejercitar una petición indemnizatoria ante los Juzgados y Tribunales españoles por la lesión sufrida en sus bienes y derechos (art. 106.2 CE)».

La cláusula general no incluye, obviamente, la actividad legislativa desarrollada por las Cámaras parlamentarias o excepcionalmente por el Gobierno, puesto que tal actividad en ningún caso puede entenderse como un servicio prestado por la Administración. Así lo ha declarado en reiteradas ocasiones el Tribunal Constitucional: «La actividad legislativa queda fuera de las previsiones del citado artículo constitucional [art. 106.2] referentes al funcionamiento de los servicios públicos, concepto éste en que no cabe comprender la función del legislador» (STC 129/1987; también, SSTC 134/1987, 70/1988, 65/1990, 66/1990, 67/1990 y 112/2006). En esta última Sentencia constitucional 112/2006, dictada en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley 21/1997, reguladora de las emisiones y retransmisiones deportivas, el Tribunal no ha dudado en sostener que «las Cortes Generales pueden acordar, en todo caso, la exclusión de la responsabilidad del legislador en la compensación de los perjuicios causados por la aplicación de la Ley 21/1997 [...] sin que a ello se oponga la regla prevista en el art. 106.2 CE, porque **este precepto no se refiere en ningún caso a las normas con rango de ley**, sin que pueda deducir del mismo la inconstitucionalidad de unas actividades que no pueden considerarse comprendidas en la categoría de «funcionamiento de los servicios públicos» (último inciso del citado artículo), *categoría que se refiere*, examinando el contexto en el que se formula, a los servicios administrativos, quedando excluido, con toda evidencia, el Parlamento mientras ejerza la potestad legislativa».

Por el contrario, dentro del concepto «servicios públicos» hay que entender incluida también la actividad materialmente administrativa, sujeta al Derecho administrativo que, de modo instrumental en el ejercicio de sus propias funciones públicas, desarrollan otras organizaciones que no son Administraciones Públicas en sentido subjetivo (órganos constitucionales y estatutarios, órganos de gobierno del Poder Judicial, Corporaciones de Derecho público) cuyo control judicial corresponde asimismo a la jurisdicción contencioso-administrativa [arts. 1.3 y 2 c) LJCA].

2. Los actos políticos del Gobierno

Los daños indemnizables pueden tener su origen también en actuaciones que el Gobierno puede adoptar en cumplimiento de sus funciones constitucionales. Desde la vieja Ley Santamaría de Paredes de 1888, la actividad política del Gobierno, que éste ejerce como órgano constitucional y no como órgano supremo de la Administración, cumpliendo, por tanto, funciones constitucionales de naturaleza distinta a las funciones administrativas de que también es titular, ha estado exenta de controles judiciales, sin perjuicio, no obstante, de las indemnizaciones derivadas de los daños causados por dicha actividad política, indemnizaciones nunca cuestionadas y cuya determinación tanto aquella ley como la LJCA de 1956 atribuían a la jurisdicción contencioso-administrativa.

El art. 2.º a) de la vigente LJCA de 1998 admite una fiscalización parcial de los actos de gobierno, limitada a los elementos reglados y a la protección de derechos fundamentales, manteniendo la regla tradicional de indemnizar los daños que tales actos gubernamentales puedan causar a los particulares y cuya determinación sigue correspondiendo al orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

3. La actividad privada de la Administración

En la legislación anterior a la Ley 30/1992, los daños causados por la actividad extracontractual de la Administración sujeta al Derecho privado —esto es, cuando la Administración hubiese actuado, en palabras de la STS 7 junio 1967, «como persona jurídica privada, igual que cualquier particular, sin hallarse revestida [...] de la prerrogativa o atributo de poder»—, quedaban excluidos del sistema general de responsabilidad administrativa, siendo exigible la responsabilidad por tales daños ante la jurisdicción civil con arreglo a las normas comunes del Código civil. Pero la vigente LRJPAC, sobre todo desde la redacción dada al art. 144 por la Ley 4/1999, ha venido a eliminar dicha dualidad de regímenes jurídicos y de vías de reclamación según que el daño fuese causado por uno u otro tipo de actividad extracontractual —pública o privada— de la Administración, unificando el resarcimiento de *todos* los daños causados por la Administración dentro del sistema general de responsabilidad administrativa.

Se ha producido, por tanto, una completa unificación del sistema de daños causados por la actividad de la Administración, sea cual sea la naturaleza, pública o privada, de la relación o de la situación jurídica extracontractual en cuyo seno se haya producido la lesión indemnizable. La unidad del sistema alcanza tanto a la vía administrativa de reclamación y a la competencia exclusiva de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de las pretensiones de resarcimiento [exclusividad ratificada por el art. 9.4 LOPJ y el art. 2 e) LJCA], como al régimen jurídico aplicable a los daños indemnizables. Para el legislador, el dato relevante que justifica la unidad del sistema de reparación de daños administrativos es la lesión patrimonial antijurídica sufrida por el perjudicado, no la naturaleza pública o privada de la relación o situación extracontractual determinante del daño (STS 8 febrero 2001).

V. ÁMBITO SUBJETIVO DE LA RESPONSABILIDAD

1. Sujeto activo: el perjudicado, titular del derecho a la indemnización

El art. 106.2 CE y el art. 139.1 LRJPAC reconocen el derecho de indemnización a «los particulares» es decir, a **toda persona física o jurídica privada** que sufra una lesión administrativa en sus intereses patrimoniales. Pero la condición de «perjudicado» alcanza también a otros sujetos jurídicos que, en rigor, no cabe calificar estrictamente de «particulares», como pueden ser los funcionarios públicos o incluso los propios entes públicos que sufren un daño causado por otra Administración Pública.

En cuanto a **los funcionarios públicos**, sólo pueden acogerse a las indemnizaciones del sistema de responsabilidad extracontractual si no cuentan con un régimen específico de indemnización o éste no alcanza a cubrir la completa reparación del daño administrativo sufrido.

Por lo que respecta a la consideración de **las Administraciones Públicas** como sujetos indemnizables cuando el daño sufrido procede de otra Administración Pública, el Tribunal Supremo ha sostenido que el término «particulares» debe ser objeto de una interpretación integradora que colme la que, a su juicio, es una laguna de nuestro ordenamiento, de modo que permita entender comprendidos dentro de dicho término legal no sólo a los sujetos privados sino también «a las distintas Administraciones Públicas, cuando una de ellas sufre una lesión en sus bienes o derechos que es consecuencia, en una relación directa de causa a efecto, del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos prestados por otra Administración Pública». Si la razón que justifica el resarcimiento de los particulares consiste en proteger sus patrimonios frente a los daños administrativos injustos «la misma razón debe impedir que tal resultado dañoso haya de ser soportado por una Administración Pública, que tiene su patrimonio propio, cuando el

daño procede del funcionamiento de los servicios de otra Administración Pública, que es titular de un patrimonio distinto del de la Administración lesionada. El deber de indemnizar se basa en el mismo fundamento de justicia: evitar que una persona (pública o privada) haya de soportar la lesión o daño antijurídico producido por el funcionamiento de los servicios de una determinada Administración Pública» (STS 14 octubre 1994).

2. Sujeto pasivo: la organización pública autora del daño, titular del deber de indemnizar

A) Las Administraciones Públicas

Como ya se ha señalado, el sistema legal de responsabilidad administrativa es unitario y general y se aplica, por tanto, a todas las Administraciones Públicas, sean territoriales (Administración General del Estado, Administraciones autonómicas y Administraciones locales), sean instrumentales, dependientes o independientes, es decir, a todas las Entidades de Derecho Público que integran la organización administrativa conforme a lo dispuesto en el art. 2.2 de la LRJPAC. La personalidad jurídico-pública del ente que comporta su integración en la organización administrativa es el dato básico que determina la aplicación del régimen público de responsabilidad patrimonial.

Ningún problema plantea la aplicación del sistema legal de responsabilidad extracontractual a los organismos públicos instrumentales, adscritos a alguna Administración territorial, que sean titulares de la actividad o servicio causante del daño. Tampoco es discutible la sujeción a dicho sistema legal de las llamadas Administraciones independientes. Así lo ha declarado el Consejo de Estado en lo que concierne al Banco de España, el cual, cuando ejerce potestades administrativas, está sujeto a la LRJPAC, según disponen el art. 1.2 de su Ley de Autonomía (Ley 13/1994) y el art. 2.4 de su Reglamento Interno, de 28 de marzo de 2000.

Por el contrario, quedan obviamente fuera del ámbito subjetivo de la Administración **las actividades de sujetos privados que cuentan con una previa autorización administrativa**. Y ello porque, como ha recordado la STC 206/1997, «la actividad autorizante es un mecanismo apto para levantar trabas que se oponen al obrar privado en función de la salvaguardia de los intereses generales y mal puede considerarse que exista una vinculación posterior de la Administración con una actividad sustancialmente privada, ni que la autorización concedida vincule al órgano autorizante con la actuación desarrollada por los particulares, que es y sigue siendo independiente de un control administrativo sustancialmente externo a ella».

B) Otros organismos públicos

El sistema legal es también aplicable a **los órganos constitucionales y estatutarios** que desempeñan actividades administrativas instrumentales cuyo control corresponde, según el art. 1.3 LJCA, a la jurisdicción contencioso-administrativa. Dicho control no se limita a la simple anulación de actos y disposiciones sino que permite formular también pretensiones de indemnización y dictar sentencias de condena al resarcimiento de daños y perjuicios [arts. 31.1 y 71.1.d) LJCA].

Otro tanto cabe decir de **las Corporaciones de Derecho Público**, que no forman parte de la organización administrativa (no son Administraciones Públicas *stricto sensu*, según los arts. 2 de la LRJPAC y 1.2 de la LJCA) pero cuyos actos y disposiciones adoptados en el ejercicio de funciones públicas pueden ser plenamente controlados por los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa [art. 2 letra c) de la LJCA], control que incluye también la condena al resarcimiento de los daños causados en el desempeño de tales funciones públicas.

Más problemática es, en cambio, la aplicación del sistema de responsabilidad adminis-

trativa a los daños causados por **los concesionarios y contratistas de obras y servicios públicos**. El dato de su no integración en la organización administrativa lleva, en principio, a excluirlos de dicho sistema, salvo en los casos en que los daños deriven de cláusulas o medidas impuestas por la Administración concedente. Tal es la doctrina dominante del Tribunal Supremo. Así, por ejemplo, entre las resoluciones judiciales más recientes, la STS de 12 de febrero de 2000: «en los servicios públicos concedidos la indemnización corre a cargo del concesionario»; o la STS de 5 junio 2001: «producida la lesión en la prestación de un servicio público, mediante concesión, deviene de todo punto inexcusable la particular imputación al concesionario [...]».

VI. ÁMBITO OBJETIVO: LOS REQUISITOS DEL DAÑO

El daño indemnizable ha de reunir algunos requisitos: la Ley dispone que en todo caso «el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas» (art. 139.2 LRJPAC).

Daño efectivo equivale a daño cierto ya producido. El daño es efectivo cuando se ha producido una minoración del patrimonio de un sujeto, lo que impide el ejercicio anticipado de la acción de resarcimiento sobre daños potenciales o futuros de cuya realización no hay certeza ni previsión razonable. La efectividad del quebranto patrimonial puede darse, sin embargo, no sólo en el daño emergente sino también en el lucro cesante o pérdida cierta y probada de beneficios comerciales, no así, en cambio, sobre las ganancias posibles «pero inseguras, dudosas o contingentes, por estar desprovistas de certidumbre y carácter de prueba rigurosa» (STS 18 octubre 1993; STS 12 junio 2001).

El requisito de la evaluabilidad económica concurre cuando el quebranto patrimonial su-

frido por el particular es susceptible de ser cuantificado en términos económicos o monetarios, lo que deja fuera del ámbito de cobertura las simples incomodidades o los perjuicios puramente subjetivos, sin trascendencia económica apreciable, que a los particulares inevitablemente puede causar la acción de los poderes públicos.

Mayor problema plantea el resarcimiento de **los daños morales** (*pretium doloris*), aquellos que se traducen en un sufrimiento o dolor íntimo (muerte de un familiar, pérdida de prestigio profesional, desmerecimiento de la opinión pública, lesión de la dignidad personal, lesión del poder de autodeterminación personal, etc.) que no guarda relación en sentido estricto con bienes o derechos de contenido patrimonial y que, por ello mismo, no es susceptible de estimación en el tráfico jurídico-económico. Junto a tales daños morales puros, sin conexión con lesiones de intereses patrimoniales, es frecuente que la acción administrativa dañosa afecte simultáneamente y de modo indistinto (o de difícil deslinde) a elementos patrimoniales y a bienes inmateriales o afectivos de naturaleza no económica.

Superada una primera etapa de rechazo, influida por la jurisdicción civil y por exigencias del principio de equidad, la jurisprudencia contencioso-administrativa ha venido admitiendo la indemnización de ambos tipos de daños morales como categoría propia e independiente de los demás perjuicios. Se advierte, no obstante, la dificultad de su cuantificación en cada caso concreto por carecer de módulos objetivos para valorar el *pretium doloris*, cuya operación «comporta la conversión de circunstancias complejas y subjetivas en una suma dineraria» (STS febrero 2000), por lo que tal valoración debe dejarse al prudente arbitrio del Tribunal de instancia.

El último requisito del daño consiste en su incidencia sobre patrimonios concretos y singularizados de una persona o de un grupo determinado de personas. Se excluyen así **las cargas generales** que la Administración im-

pone al conjunto de los ciudadanos o a grupos indeterminados o indefinidos de personas al organizar libremente las obras y servicios públicos. Tales cargas generales, aun cuando sus efectos patrimoniales puedan dejarse sentir de modo desigual sobre unas u otras personas, no son quebrantos patrimoniales individualizados, sino exigencias derivadas de la vida en común que todos están obligados a soportar. La generalidad de la carga elimina la ilicitud del perjuicio y equipara este supuesto no indemnizable al de las limitaciones establecidas por normas generales que la Administración debe concretar en cada caso.

Puede no ser fácil, sin embargo, deslindar la carga social o colectiva del perjuicio patrimonial concreto e individualizado. Una medida administrativa puede conllevar, en efecto, una carga general para el conjunto de los ciudadanos y, por tanto, no ser indemnizable, pero también puede suponer un daño individualizable en el patrimonio de alguna persona concreta o de algún grupo concreto de personas. El problema se ha planteado singularmente en relación con **la situación de los titulares de inmuebles colindantes a las vías públicas** cuyo trazado es modificado por la Administración. El Tribunal Supremo sostiene que las incomodidades o molestias generales no son indemnizables pero sí lo es la privación del acceso a las fincas colindantes como consecuencia de las variaciones introducidas en las vías públicas, puesto que tal privación de acceso equivale a «la pérdida de un derecho que implica la reducción del patrimonio» de su titular (STS 8 junio 1982).

La Constitución y la ley protegen a los particulares frente a todo quebranto patrimonial que la Administración cause a éstos en cualquiera de sus «bienes y derechos». La referencia indistinta a los bienes y derechos significa que la protección alcanza no tanto a derechos subjetivos o intereses legítimos concretos, cuanto al conjunto de situaciones jurídicas de ventaja que integran el patrimonio de cada sujeto. Se garantiza la integridad del patrimonio

y se protege el derecho a la integridad patrimonial de cada persona, cualquiera que sea el bien o derecho que haya resultado menoscabado por la acción administrativa (incluidos los bienes afectivos). Por no formar parte de dicho patrimonio, se excluyen de la garantía indemnizatoria las simples expectativas, los intereses aleatorios derivados del riesgo del mercado o las situaciones de ventaja *uti universi* que toda persona disfruta como ciudadano o como usuario de los servicios públicos.

Sin embargo, no todo quebranto patrimonial es indemnizable, no todo daño individualizado, efectivo y económicamente evaluable es merecedor de resarcimiento. Para ello es preciso además que el daño administrativo carezca de justificación legal. Desde el ángulo del perjudicado, el daño no está justificado y se convierte en lesión patrimonial indemnizable siempre que aquél no tenga el deber jurídico de soportarlo (art. 141.1 LRJPAC); desde el ángulo de la Administración, el daño es antijurídico si no concurre algún título o causa de justificación que le autorice a causarlo o le exima de su reparación.

La antijuridicidad es, pues, un elemento objetivo del daño indemnizable. El perjudicado sufre una lesión injusta si el ordenamiento no le impone el deber de soportarla, en cuyo caso la Administración autora de tal lesión patrimonial viene obligada a repararla; por el contrario, si la norma que habilita a la Administración para actuar legítima al propio tiempo el sacrificio patrimonial que acompaña a la acción administrativa, el daño no es antijurídico, no es una lesión patrimonial de la que aquélla haya de responder. No hay antijuridicidad del daño cuando la ley o «el grupo normativo de ella derivado» justifican el quebranto patrimonial «de un modo explícito o implícito» (STS 25 febrero 1998). Deber jurídico de soportar el daño y deber de indemnizar son, pues, conceptos antitéticos. Si hay deber de soportar el daño porque la ley imputa al perjudicado las consecuencias lesivas de la actividad administrativa, no hay derecho al

resarcimiento y, correlativamente, no hay deber de la Administración de reparar el daño.

Ahora bien, en los supuestos de daños causados por el funcionamiento anormal de los servicios públicos, la inexistencia del deber de soportar el daño viene determinada por la ilegalidad o anormalidad de la actividad administrativa. Los particulares no están obligados a sufrir efectos dañosos de comportamientos administrativos que vulneren la legalidad o que infrinjan los estándares de funcionamiento legal o socialmente exigibles. Por ello, aun en el caso de que la Administración contara con un título jurídico que justificaría inicialmente el daño causado, éste le sería también imputable siempre que su actividad estuviera viciada de ilegalidad o anormalidad. No es extraño por ello que el Tribunal Supremo haya sostenido que «el carácter objetivo de la responsabilidad no excluye que el carácter antijurídico del daño pueda inferirse de factores subjetivos de culpabilidad o del incumplimiento objetivo de normas o deberes» (STS 16 diciembre 1997, y 23 febrero 1999). En tal caso la antijuridicidad de la conducta administrativa neutraliza y deja sin efecto exoneratorio la causa o el título que ampararía la producción del daño patrimonial, convirtiendo a éste en lesión indemnizable que obliga a la Administración a asumir la carga de su reparación.

No obstante, las afirmaciones anteriores deben ser matizadas en los casos en que el funcionamiento anormal de la Administración se proyecte sobre decisiones económicas de los particulares que implican riesgos aleatorios libremente asumidos dentro de las reglas del mercado y cuyos resultados, positivos o negativos, dependen de tales decisiones y no del mejor o peor funcionamiento de los entes administrativos de regulación, supervisión o vigilancia del mercado en que tales decisiones son tomadas. La libre asunción del riesgo económico (empresarial, de inversión o de ahorro) genera el derecho a disfrutar de las ganancias, pero impone también en contrapartida el deber de soportar las pérdidas derivadas de las propias decisiones económicas

adoptadas, haya o no ejercido correctamente la Administración las funciones de control o supervisión del mercado en el que tales decisiones se hayan producido.

En los casos de daños producidos por el funcionamiento normal de los servicios públicos, la antijuridicidad depende exclusivamente de la ausencia de alguna causa legal que justifique tales daños. La causa de justificación puede consistir ante todo en un título jurídico, previsto en alguna norma legal o reglamentaria que imponga al particular «la obligación de soportar la carga» (STS 3 enero 1979) o «el perjuicio contemplado» (STS 13 enero 2000), como puede ser, por ejemplo, la existencia de un contrato incumplido, la ejecución forzosa de actos administrativos o de resoluciones judiciales firmes (STS 13 enero 2000), la prohibición o la sanción de actividades ilegales, la orden de cumplimiento de deberes legales o la concreción de limitaciones de derechos privados previstas legalmente con carácter general (STS 27 abril 2001), porque tales limitaciones «deben ser soportadas, en principio, por cada uno de los individuos que integran el grupo de afectados, en aras de interés público» (STS 25 febrero 1998).

En los casos de actividades que comportan riesgo o peligro de daños potenciales para los particulares, es también causa de justificación, que elimina la antijuridicidad del daño, el desplazamiento de dicho riesgo desde la Administración causante del daño al propio perjudicado. Tal desplazamiento del riesgo tiene lugar al menos en tres supuestos: 1) asunción voluntaria del riesgo por el perjudicado; 2) aceptación implícita del riesgo y de sus efectos dañosos por la conducta ilegal o culposa de la víctima, y 3) ignorancia invencible del riesgo por la Administración.

En cuanto a este último supuesto, el art. 141.1 LRJPAC contiene un segundo párrafo (añadi-

do por la Ley 4/1999, de 13 de enero) que excluye la indemnización de «los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquellos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos». El precepto legal hace referencia a aquellos daños que se deriven de situaciones de riesgo que la propia Administración crea pero ignorando de modo invencible o excusable que el peligro de daño pueda producirse a la luz de los datos suministrados por los conocimientos científicos o técnicos. Son los llamados «riesgos del progreso» que surgen de modo singular en el campo de los tratamientos médicos, con ocasión de la aplicación de nuevas terapias más avanzadas y eficaces para alcanzar los resultados sanitarios perseguidos pero con desconocimiento de eventuales consecuencias o secuelas perjudiciales, inexistentes hasta ese momento, o con fracaso inexplicable del resultado perseguido por el acto médico. Hay aquí también desplazamiento del riesgo hacia el perjudicado porque éste puede exigir información previa de los riesgos conocidos, pero no de los desconocidos; puede exigir el empleo de los medios necesarios conocidos para prevenir, evitar o limitar el daño, pero no tiene derecho a exigir el uso de medios preventivos frente a riesgos ignorados. Así lo ha entendido la jurisprudencia de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo a partir de la importante Sentencia de 31 de mayo de 1999, en la que se declara que «los daños derivados de una legítima actuación administrativa, que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquellos, son un riesgo que el perjudicado debe soportar».

BIBLIOGRAFÍA

BELADIEZ ROJO, M., *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, Tecnos, Madrid, 1997.

BLASCO ESTEVE, A., *La responsabilidad de la Administración por actos administrativos*, 2.^a ed., Civitas, Madrid, 1985.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, 3.^a ed., Civitas, Madrid, 2007.

— *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el Derecho español*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005.

LÓPEZ MENUDO, F., GUICHOT REINA, E. y CARRILLO DONAIRE, J. A., *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*, Lex Nova, Valladolid, 2005.

MARTÍN REBOLLO, L., *La responsabilidad patrimonial de las entidades locales*, Iustel, Madrid, 2005.

MEDINA ALCOZ, L., *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005.

ACTUALIZACIÓN ARTÍCULO 106.2

LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Sumario: I. Los cambios normativos. II. Unidad de régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial. III. Ámbito subjetivo de la responsabilidad. IV. Presupuestos para la responsabilidad administrativa. V. Procedimiento. VI. Responsabilidad por actos legislativos, leyes inconstitucionales o contrarias al Derecho de la Unión Europea. VII. Responsabilidad del Poder Judicial o del Tribunal Constitucional.

MARTÍN MARÍA RAZQUIN LIZARRAGA
CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO
UNIVERSIDAD PÚBLICA DE NAVARRA

I. LOS CAMBIOS NORMATIVOS

El punto de partida de la responsabilidad patrimonial es el art. 106.2 CE. La principal novedad consiste en que ahora su regulación se encuentra dividida en dos textos legales: a) la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP), y b) la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LPAC). La primera contiene la regulación material de la responsabilidad, y la segunda el procedimiento de su exigencia. Esta división, perturbadora, ha sido objeto de crítica tanto doctrinal como del Consejo de Estado.

La nueva regulación en ambos textos legales no difiere de forma relevante de la contenida en la Ley 30/1992, de 26 de diciembre (en adelante, LRJPAC), cuyo contenido aparece separado en una u otra Ley. Asimismo, se han incorporado muchos de los preceptos del Reglamento de la LRJPAC (Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo), que reciben carácter legal, habiéndose derogado tanto la Ley de 1992 como su Reglamento.

II. UNIDAD DE RÉGIMEN JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

La regulación contenida en las Leyes 39 y 40/2015 tiene carácter pleno, como competencia exclusiva del Estado *ex* art. 149.1.18.^a CE. Se trata de una responsabilidad extracontractual porque las relaciones contractuales entre la Administración y el contratista se rigen por lo dispuesto en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (art. 32.9 LRJSP). Las SSTC 82/2011 y 92/2013 han examinado el caso de la incidencia de la regulación autonómica sobre responsabilidad patrimonial en caso de demolición de viviendas sobre la legislación procesal.

En cualquier caso, sigue la unidad de régimen jurídico en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. También cuando se trate de una responsabilidad de Derecho privado (art. 35 LRJSP) o cuando se concurre con sujetos privados, hay una unicidad tanto de Derecho material (LRJSP), como procedimental (LPAC) y de sometimiento a la jurisdicción contencioso-administrativa y no a la civil o laboral

(Ley 29/1988, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

La responsabilidad, cuyos principios se recogen en el art. 32 LRJSP, se caracteriza por ser:

— Total: alcanza no solo a las Administraciones públicas, sino también a todos los poderes públicos (Legislativo, Judicial, Tribunal Constitucional).

— Directa: debe exigirse directamente a la Administración y no puede dirigirse hacia los empleados públicos. Solo la Administración tendrá, después, la acción de repetición frente a estos.

— Objetiva: significa que no se precisa culpa, siendo el elemento más importante que el particular no tenga el deber jurídico de soportar el daño. Ello no significa que la responsabilidad administrativa sea universal u opere como un seguro a todo riesgo (Dictamen Consejo de Estado, en adelante DCE, 419/2017).

— Garantía de la víctima: el particular afectado deber ser indemnizado de todos los daños y perjuicios que haya sufrido.

Dado que la responsabilidad patrimonial es siempre directa, la exigencia de responsabilidades a los empleados públicos es de repetición, puesto que solo puede ser exigida por la Administración que efectivamente abone indemnización por un daño (art. 36 LRJSP). Apenas cambia la regulación anterior de esta responsabilidad indirecta. Un ejemplo de esta doble posición puede verse en la STC 15/2016. Asimismo, se prevé la responsabilidad civil derivada de delitos en un proceso penal (art. 37 LRJSP).

III. ÁMBITO SUBJETIVO DE LA RESPONSABILIDAD

El sujeto activo es el perjudicado, titular del derecho a indemnización, en suma, los particulares, aunque también pueden serlo otras Administraciones Públicas. Los funcionarios y empleados públicos asimismo pueden exi-

gir responsabilidad, aunque aquí se plantea el problema de las profesiones de riesgo y su cobertura por otros sistemas de previsión.

El sujeto pasivo es, en principio, la Administración Pública, lo que se extiende también a todas las entidades de Derecho público, que incluye asimismo a las denominadas Administraciones independientes como el Banco de España o la Comisión Nacional de Mercados y de la Competencia.

También se extiende a los actos políticos del Gobierno [art. 2.a) LJCA]. Y alcanza a los órganos constitucionales. Incluso la LRJSP ha previsto de forma expresa la responsabilidad del Poder Legislativo por leyes inconstitucionales, e incluso constitucionales, por leyes contrarias al Derecho de la Unión Europea, por actos o disposiciones del Gobierno contrarias al Derecho de la Unión Europea y también por actos del Poder Judicial o del Tribunal Constitucional (art. 32).

En cuanto a la responsabilidad concurrente, el art. 33 LRJSP persigue el objetivo de reconducirla a un único procedimiento, oyendo a todas las Administraciones Públicas afectadas. Se prevé la solidaridad en caso de fórmulas conjuntas de actuación (ap. 1), o en otros casos su determinación en función de la competencia y, si no, la solidaridad (ap. 2). La competencia procedimental (aps. 3 y 4) será la que esté establecida o, en su defecto, corresponderá a la Administración con mayor participación en la financiación del servicio. Y finalmente, la Administración Pública que abone la indemnización, podrá repetir contra las demás Administraciones concurrentes.

IV. PRESUPUESTOS PARA LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

Los presupuestos para la responsabilidad administrativa son los siguientes:

a) Lesión antijurídica: Debe ser una lesión patrimonial y resarcible. La antijurídi-

cidad (art. 34.1 LRJSP) no es subjetiva del autor (dolo o culpa). En cambio, sí es subjetiva del sujeto pasivo, puesto que este no debe tener la obligación de soportar el daño. Cobra gran importancia en este punto la exigencia de la *lex artis ad hoc* y del consentimiento informado, así como la pérdida de oportunidad (retraso en diagnóstico o atención) como puede verse en la STS 21 de diciembre de 2015. Como señalan el Tribunal Supremo y el Consejo de Estado «lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión» (STS 31 de mayo de 2017 y DCE 553/2017).

b) Imputación: La acción u omisión debe ser imputable a la Administración. Ello significa que los servicios públicos deben ser de titularidad de la Administración Pública, y que su funcionamiento normal o anormal haya producido el daño. No importa el modo de gestión del servicio público, pero sí en cambio cada vez más se tienen en cuenta los estándares de rendimiento del servicio o de seguridad (DCE 240/2017, sobre supuesto de accidente por hielo en la carretera). El causante del daño debe estar integrado en la organización administrativa, más aún el daño ha debido ser producido en el ejercicio de sus funciones. Ello excluye a los colaboradores externos de la Administración. También se incluye la culpa *in vigilando* en el caso de las actividades de control o como garante de las Administraciones Públicas, bien por falta, insuficiencia o defectos del control realizado, como ocurre en el DCE 403/2017 relativo al Banco de España respecto del Banco Madrid. Y también se acepta como causa el enriquecimiento sin causa de la Administración. En el caso de los daños con motivo de la asistencia sanitaria se exige una mala praxis médica, es decir, la vulneración de *lex artis ad hoc*, con lo que ello supone de volver a la idea de culpa. Aunque también en algún caso se puede extender la indemnización por aplicación de la doctrina del «daño desproporcionado» o «resultado clamoroso» (STS 19 de mayo de 2016).

c) Causalidad: Existen diversas teorías para establecer la relación de causalidad entre la actuación administrativa y el daño causado, siendo las más utilizadas las de la equivalencia de condiciones y la de causalidad adecuada. El nexo causal puede romperse por una causa extraña (DCE 27/2017 y DCE 36/2017). En el caso de culpa de la víctima, los Tribunales no suelen aceptar una exoneración total de responsabilidad, sino más bien una reducción. Y lo mismo ocurre en el supuesto de afectación al nexo causal por hecho de tercero. La causalidad tiene relación inmediata con el otro extremo, que es el deber de soportar el daño. Y este debe ser soportado por los particulares en caso de imposición de deberes legales, o cargas generales, o de consentimiento informado en caso de asistencia sanitaria. Pero en todo caso el particular deberá demostrar los hechos causantes del daño, puesto que en otro caso no será indemnizado como ocurre en la STC 150/2011 (las mediciones del ruido). Y además no debe concurrir fuerza mayor, que se caracteriza por su imprevisibilidad y exterioridad frente al caso fortuito, donde la causa es desconocida, pero de carácter interno.

d) El daño: No importa el origen del daño, que puede ser causado por una ley, un reglamento, un acto administrativo, una actuación material o la vía de hecho. Lo relevante es que el daño sea efectivo, actual y real, y evaluable económicamente. Y debe ser individualizado de forma particular o con un grupo de personas. Así, no toda generación de riesgos es daño indemnizable, como ocurre en el riesgo regulatorio (primas de energías renovables), riesgos en asistencia sanitaria (obligación de medios no de resultados) o en los riesgos profesionales (pilotos, agentes de salvamento, etc.). Se incluyen los daños morales (el denominado *pretium doloris*), y así se admiten los daños psíquicos y los derivados de la muerte de padres, hijos u otros familiares. El problema de los daños morales es el de su cuantificación.

e) Indemnización: Se fundamenta en el principio de reparación total e integral o prin-

cipio de la plena indemnidad del dañado, por lo que alcanza al daño emergente (perjuicios) y al lucro cesante (beneficios dejados de percibir). Ahora se precisa el momento de la valoración, que es el día de la lesión (art. 34 LRJSP). No obstante, su cuantía debe ser actualizada conforme al Índice de Garantía de la Competitividad y genera asimismo intereses de demora. Cabe, también, el pago en especie o los pagos periódicos, para lo que se exige el acuerdo del interesado. La novedad legal más relevante es la remisión para el cálculo indemnizatorio por daños corporales a la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, que recoge el baremo por accidentes de circulación.

f) Responsabilidad por anulación de actos o disposiciones administrativas: En el caso de exigirse la responsabilidad de forma independiente el plazo es de un año desde la anulación conforme al principio de *actio nata* (arts. 32 LRJSP y 67.1 LPAC). La jurisprudencia va reduciendo, no obstante, las indemnizaciones a los actos reglados, como puede verse en la STS 25 abril 2017, donde se expone la teoría del margen de tolerancia. Por otra parte, se ponen severos límites a los supuestos de exigencia por confianza legítima (STS 2 de noviembre de 2016). También cabe en el caso de revisión de oficio que anula un acto nulo de pleno derecho (art. 106.4 LPAC).

V. PROCEDIMIENTO

Su regulación se contiene en la LPAC, cuya principal novedad es que el procedimiento de exigencia de responsabilidad patrimonial ya no es un procedimiento especial, sino que ha quedado limitado a las especialidades del procedimiento administrativo común. Ello significa que a lo largo de toda la regulación de este procedimiento aparecen normas específicas dedicadas a la responsabilidad. No obstante, se mantienen las líneas generales anteriores: se regula con precisión el plazo de prescripción de un año y su cómputo, se exige dictamen del Consejo de Estado (u órgano consultivo autonómico equivalente) para las

reclamaciones de importe superior a 50.00 euros, se permite su terminación convencional, sigue el silencio administrativo negativo, la resolución pone fin a la vía administrativa y se prevé un procedimiento simplificado.

VI. RESPONSABILIDAD POR ACTOS LEGISLATIVOS, LEYES INCONSTITUCIONALES O CONTRARIAS AL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

Las novedades de la LRJSP están centradas fundamentales en la exigencia de responsabilidad del Estado legislador por actos legislativos o por leyes inconstitucionales o contrarias al Derecho de la Unión Europea (art. 32 LRJSP).

En cuanto a las leyes no expropiatorias, la LRJSP exige que el particular no tenga el deber jurídico de soportar el daño y además que exista una previsión expresa en la Ley, de modo que la indemnización será en los términos fijados en ella (art. 32.3 LRJSP).

En el caso de normas inconstitucionales [art. 32.3.a) y 4 LRJSP], se requiere su previa declaración de inconstitucionalidad y publicación en *BOE* (ap. 6). Además, debe haberse interpuesto recurso contra la actuación administrativa y existir sentencia firme desestimatoria, con alegación de la inconstitucionalidad de la norma legal. El plazo para exigirla es de un año desde la publicación Sentencia del Tribunal Constitucional en el *BOE* (art. 67.1 LPAC) y solo alcanza a los daños de los cinco años anteriores a la publicación de la Sentencia (art. 34.1 párr. 2.º LRJSP).

La regulación de la responsabilidad por normas declaradas contrarias al Derecho de la Unión Europea [art. 32, aps. 3.b), 5 y 6 LRJSP] recoge la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sus requisitos son la previa declaración por el Tribunal Europeo de la contrariedad con el Derecho de la Unión y la publicación de su sentencia en el *DOUE* (ap. 6), y que el interesado haya interpuesto recurso contra la actuación administrativa

con alegación de la infracción del Derecho de la Unión Europea en el que se haya dictado sentencia firme desestimatoria. Y además se exigen las condiciones de que la norma confiera derechos a los particulares, que el incumplimiento sea suficientemente caracterizado y que exista causalidad directa. El plazo es de un año desde la publicación de la Sentencia del Tribunal de Justicia en el *DOUE* (art. 67.1 LPAC). Se limita también a los daños de los cinco años anteriores a la publicación de la Sentencia (art. 34.1 párr. 2.º LRJSP). En este punto se ha producido un requerimiento a España por parte de la Unión Europea por entender que la LPAC no da satisfacción plena al principio de equivalencia en la determinación de la responsabilidad.

VII. RESPONSABILIDAD DEL PODER JUDICIAL O DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La responsabilidad Administración de Justicia (art. 32.7 LRJSP) constituye una remisión a lo dispuesto en los arts. 292-296 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

También se regula la posible exigencia de responsabilidad por actuaciones del Tribunal Constitucional (art. 32.8 LRJSP), ya prevista en el art. 139.5 LRJPAC tras su adición por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre. Respecto de ella pueden verse la STS de 26 de noviembre de 2009 y los AATC 88/2015, 109/2015 y 18/2016.

Artículo 107

El Consejo de Estado es el supremo órgano consultivo del Gobierno. Una ley orgánica regulará su composición y competencia.

EL CONSEJO DE ESTADO

Sumario: I. Contenido del artículo 107. La constitucionalización del Consejo de Estado. II. La remisión a la ley orgánica de la regulación de su composición y competencia. La función consultiva con relevancia constitucional como norma básica del régimen jurídico de las Administraciones públicas o parte del procedimiento administrativo común (art. 149.1.18.^a de la Constitución). III. La función consultiva conforme a la reforma de 2004 de la Ley Orgánica de desarrollo del artículo 107. IV. El Consejo de Estado y las Comunidades Autónomas. V. Corporaciones locales. VI. La consulta por autoridades independientes. VII. Los planes o programas. VIII. La consulta sobre normas de rango legal: los interna corporis de las leyes. IX. El Consejo de Estado y el Derecho supranacional de la Unión Europea. X. Breve excursus acerca del control de oportunidad y acerca de la tecnificación de las Administraciones y el nuevo Derecho de la regulación de mercados y servicios.

ENRIQUE ALONSO GARCÍA

CONSEJERO PERMANENTE DE ESTADO

I. CONTENIDO DEL ARTÍCULO 107. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO

La Constitución se refiere al Consejo de Estado en dos artículos. El principal es el 107, encuadrado en el Título IV (Del Gobierno y de la Administración): «El Consejo de Estado es el supremo órgano consultivo del Gobierno. Una ley orgánica regulará su composición y competencia», pero al menos una de sus competencias, no utilizada hasta la fecha, está predeterminada también con la cita expresa del Consejo de Estado por la Constitución posteriormente en el art. 153.b): «El control de la actividad de los órganos de las Comunidades Autónomas se ejercerá [...] b) Por el Gobierno, previo dictamen del Conse-

jo de Estado, el ejercicio de funciones delegadas a que se refiere el ap. 2 del art. 150», control que debe entenderse como adicional a los que potencialmente puede incluir cada ley concreta de delegación como recuerda el propio art. 150.2 *in fine*.

Se trata, pues, de un órgano del Estado, encuadrado en la Administración General del Estado pero con autonomía orgánica y funcional —art. 1.2 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado—, conforme a la **tradición del Derecho público español desde Carlos I**, e incluso hasta cierto punto con autonomía financiera (según se interprete el alcance de los arts. 25 y 26 de la citada Ley Orgánica 3/1980), obediendo su mención en la Constitución a la

«vigencia de una tradición que arranca de la Constitución de 1812» (GÁLVEZ MONTES, J., «Art. 107: El Consejo de Estado», en *Comentarios a la Constitución española*, Tomo VIII. Arts. 97 a 112 de la Constitución Española de 1978, enero 1998, vLex-339212, pág. 608), dado que en sus arts. 231 a 241, que constituían el Capítulo VII (Del Consejo de Estado) del Título IV (Del Rey), se preveía la existencia de un Consejo de Estado cuyos miembros eran nombrados por el Rey a propuesta de las Cortes, que asesoraban al Rey con dictámenes no vinculantes, pero que, a diferencia del texto del Estatuto de Bayona, no tenía función jurisdiccional.

Esta naturaleza del Consejo como **órgano de relevancia constitucional** ha sido consagrada, más allá de los comentarios doctrinales (*vid.* RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, J., «Ley Orgánica del Consejo de Estado», *Cuadernos de Documentación del Instituto Nacional de Prospectiva*, núm. 7, 1980), por el Tribunal Constitucional en el FJ 37 de la **STC 56/1990, de 29 de marzo**, del Pleno del Tribunal Constitucional: «el Consejo de Estado, pese a la dicción literal del art. 107 de la CE, que se refiere a él como supremo órgano consultivo del Gobierno, tiene en realidad el carácter de órgano del Estado con relevancia constitucional al servicio de la concepción del Estado que la propia Constitución establece». Ello explica que su función trascienda la de mero órgano consultivo del Gobierno, de manera que es constitucional que ejerza la función consultiva también para las Comunidades Autónomas como se verá más adelante (ap. IV), explicando esa especial naturaleza de puesta al servicio del Estado que algunos de sus miembros —tres Consejeros permanentes, juntamente con el Presidente y dos magistrados del Tribunal Supremo—, como confirmó el Tribunal Constitucional en la citada STC, FJ 37, puedan ejercer una función cuasi-constitucional como lo es en gran parte la de componer el Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales (art. 38 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y Ley Orgánica 2/1987, de Conflictos Jurisdiccionales).

II. LA REMISIÓN A LA LEY ORGÁNICA DE LA REGULACIÓN DE SU COMPOSICIÓN Y COMPETENCIA. LA FUNCIÓN CONSULTIVA CON RELEVANCIA CONSTITUCIONAL COMO NORMA BÁSICA DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS O PARTE DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN (ART. 149.1.18.^a DE LA CONSTITUCIÓN)

Gran parte de esta función constitucional está delimitada por la ya citada Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, a que remite el art. 107, ley que fue de las primeras aprobadas en desarrollo directo de la Constitución y cuyo texto se ha mantenido formalmente en vigor sin modificaciones expresas hasta la más reciente Ley Orgánica 3/2004, de 28 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado.

El hecho de que el ámbito de esta Ley Orgánica sea relativamente detallado [incluye, por ejemplo, la consagración con este rango o naturaleza para aspectos tales como el lugar físico de su sede o la pervivencia de «los honores» —lo que abunda en la necesidad de contar con la tradición histórica en la interpretación de la relevancia constitucional del Consejo, tradición a la que expresamente remite el art. 1.3 de la Ley Orgánica 3/1980—] ha servido para entender que el legislador puede entrar en aspectos regulatorios de su composición y competencias apartándose del sistema de fuentes establecido en la Constitución para la regulación de aspectos organizativos de la Administración General del Estado que normalmente se realizan por ley ordinaria. Así, en particular, según la **STC 99/1987, de 11 de junio**, tiene tal rango o naturaleza de ley orgánica el estatuto básico de los Letrados del Consejo de Estado a los que en la Ley Orgánica 3/1980 se les atribuye función de integrar uno de los órganos del Consejo (las Secciones) y la función material, integrante de la consultiva, de desempeñar fun-

ciones de estudio, preparación y redacción —a diferencia de otros Letrados de órganos constitucionales o de relevancia constitucional— de los proyectos de dictamen sobre los asuntos sometidos a consulta del Consejo, lo que llevó a la anulación, por infracción del art. 81 de la Constitución, de la modificación indirecta que, por refundición del cuerpo con otros de la Administración del Estado, se había hecho por ley ordinaria (disposición adicional novena, ap. 4, de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública).

Naturalmente, ello no implica que todo el contenido potencialmente incluíble, por su conexión con el Consejo de Estado, en el texto de la citada ley orgánica de desarrollo del art. 107 de la Constitución esté cubierto por la reserva de ley orgánica del art. 81 de la Constitución, ya que, como el Tribunal Constitucional ha puesto también claramente de relieve, «la remisión que el art. 107 CE opera en favor de la Ley Orgánica reguladora del Consejo de Estado no es ni puede ser una remisión incondicionada o ilimitada. Antes bien, es obvio que el contenido de esa Ley Orgánica está limitado por los principios y preceptos constitucionales» (FJ 3 de la **STC 204/1992, de 26 de noviembre**, que examinó la supuesta inconstitucionalidad del art. 23.2 de la Ley Orgánica 3/1980, del Consejo de Estado, en relación con el art. 22.3 de la misma Ley Orgánica).

La Ley Orgánica 3/1980, sin embargo, también ha regulado la función consultiva en sí misma, no solo en sus aspectos procedimentales y orgánicos, sino también en los sustantivos, siendo de destacar que se extiende no solo a la opinión acerca de la legalidad o ilegalidad de la propuesta sometida a consulta, sino también a valorar «los aspectos de oportunidad y conveniencia cuando lo exijan la índole del asunto o lo solicite expresamente la autoridad consultante, así como la mayor eficacia de la Administración en el cumplimiento de sus fines» (art. 2.1 de la Ley Orgánica 3/1980), función esta que hasta ahora no ha sido obje-

to de interpretación constitucional, aunque el hecho de que muchas de las Comunidades Autónomas no hayan establecido este contenido como parte de la función consultiva en hipótesis podría ser cuestionable si se lleva a sus últimas consecuencias la doctrina del Tribunal Constitucional, sentada en la misma **STC 204/1992**, que estableció la consulta preceptiva al Consejo de Estado por las Comunidades Autónomas, mientras estas no crearan órganos similares, como una garantía procedimental con carácter de legislación del procedimiento administrativo común del art. 149.1.18.^a de la Constitución.

Efectivamente, el Tribunal Constitucional atribuye a la función consultiva del Consejo de Estado carácter de instituto que también debe respetarse en el Ordenamiento autonómico porque esta función consultiva «característica del Consejo de Estado», tal y como la interpreta el Tribunal Constitucional, es una «intervención preceptiva [...], sea o no vinculante, [que] supone en determinados casos una importantísima garantía del interés general y de la legalidad objetiva y, a consecuencia de ello, de los derechos y legítimos intereses de quienes son parte de un determinado procedimiento administrativo. En razón de los asuntos sobre los que recae y de la naturaleza del propio órgano, se trata de una función muy cualificada que permite al legislador elevar su intervención preceptiva, en determinados procedimientos sean de la competencia estatal o de la autonómica, a la categoría de norma básica del régimen jurídico de las Administraciones públicas o parte del procedimiento administrativo común (art. 149.1.18.^a CE)».

Si esta referencia a la salvaguarda del interés general incluyera una remisión tácita a la competencia de dictamen que necesariamente incluyera la valoración de la oportunidad de la medida, propuesta de acto o norma, sometida a consulta, solo si las Comunidades Autónomas atribuyeran a sus consejos o comisiones asesoras esas características estarían respetando la naturaleza de desarrollo

del art. 149.1.18.^a que tiene la Ley Orgánica 3/1980 (o al menos su art. 23.2, art. 24.2 en la actualidad). Si por el contrario se interpreta que la esencia de la función consultiva del Consejo de Estado consiste en la valoración de la legalidad de la propuesta, se cumpliría también la esencia de la función consultiva por órganos equivalentes autonómicos aunque a estos no se les permita valorar la oportunidad de la medida.

La manera en que la **STC 204/1992** describe la esencia de la función consultiva parece pues limitarse a la de la consulta jurídica en términos estrictos de sujeción o no de la propuesta o proyecto al Ordenamiento Jurídico. **No parece, pues, que el Tribunal Constitucional haya incluido como elemento esencial de la función consultiva en los procedimientos administrativos la valoración de la oportunidad.** De hecho, la función consultiva con valoración de la oportunidad, acerca de la cual todavía está por articularse una teoría jurídica consistente (*vid.*, como primer intento, RODRÍGUEZ-PINERO Y BRAVO-FERRER, M., «La Función Consultiva en la España Actual», Ponencia presentada en las *Jornadas sobre la Función Consultiva* organizadas en Madrid en octubre 2007), no parece formar parte del sistema garantístico de los intereses de los administrados en el sentido que al dictamen del Consejo de Estado —y correspondientes de los órganos consultivos autonómicos— atribuye la citada **STC 204/1992**.

Parece, pues, deducirse de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional **una diferencia clara entre las distintas variantes de la función consultiva**, de manera que la referida al control de legalidad, función básica que al Consejo atribuye la doctrina (*vid.* por todos PARADA VÁZQUEZ, R., «El Consejo de Estado», *Documentación Administrativa*, núm. 22, 1991), sería la que configura la esencia de la función a que se refiere el art. 107 de la Constitución.

Aun así, no toda manifestación de la función consultiva de valoración de la legalidad tiene

tal relevancia constitucional. Efectivamente, la Ley Orgánica 3/1980 no ha limitado esta función consultiva del Consejo de Estado al examen de la legalidad de actos o reglamentos, respecto de los cuales sí puede fijar condicionantes procedimentales y sustantivos la ley (sea la propia Ley Orgánica del Consejo de Estado, sean otras leyes —*vid.* art. 22.19 de la Ley Orgánica 3/1980— que tendrían automáticamente el carácter de normas del procedimiento administrativo común del art. 149.1.18.^a de la Constitución, en la medida en que regularan procedimientos con tal carácter e impusieran la consulta a órganos consultivos).

Por el contrario, la Ley Orgánica 3/1980 ha extendido la función consultiva del Consejo de Estado al preceptivo control de la legalidad también del Derecho de la Unión Europea y de la legalidad internacional de los actos, reglamentos e incluso de los proyectos de Ley. También ha añadido funciones indirectas que implican la valoración de la validez o invalidez jurídica de los propios tratados o leyes. Cuál es la relevancia constitucional de estas competencias es una cuestión que indirectamente ha sido también analizada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Efectivamente, el art. 22 de la Ley Orgánica 3/1980 lista, como competencias de la Comisión permanente del Consejo de Estado, ser consultada, entre otros, en los siguientes asuntos: «1. En todos los Tratados o Convenios Internacionales sobre la necesidad de autorización de las Cortes Generales con carácter previo a la prestación de consentimiento del Estado; [...] 4. Anteproyectos de Ley Orgánica de transferencias o delegación de competencias estatales a las Comunidades Autónomas; [...] 6. Impugnación de las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas ante el Tribunal Constitucional, con carácter previo a la interposición del recurso; [...] 14. Concesión de créditos extraordinarios o suplementos de crédito; [...] 17. Concesión de monopolios y servicios públicos monopolizados; [...]».

A su vez, el art. 21 de la Ley Orgánica 3/1980 lista como competencias del Pleno del Consejo de Estado ser consultado en asuntos tales como, entre otros, los siguientes: «1. Anteproyectos de reforma constitucional, cuando la propuesta no haya sido elaborada por el propio Consejo de Estado; 2. Anteproyectos de leyes que hayan de dictarse en ejecución, cumplimiento o desarrollo de tratados, convenios o acuerdos internacionales y del derecho comunitario europeo; [...] 4. Dudas y discrepancias que surjan en la interpretación o cumplimiento de tratados, convenios o acuerdos internacionales en los que España sea parte; 5. Problemas jurídicos que suscite la interpretación o cumplimiento de los actos y resoluciones emanadas de organizaciones internacionales o supranacionales; 6. Reclamaciones que se formalicen como consecuencia del ejercicio de la protección diplomática y las cuestiones de Estado que revistan el carácter de controversia jurídica internacional; 7. Anteproyectos de Ley o proyectos de disposiciones administrativas, cualquiera que fuere su rango y objeto, que afecten a la organización, competencia o funcionamiento del Consejo de Estado; 8. Transacciones judiciales y extrajudiciales sobre los derechos de la Hacienda Pública y sometimiento o arbitraje de las contiendas que se susciten respecto de los mismos [...]».

Por consiguiente, hay toda una serie de actos, en sentido genérico, que o bien tienen —o van a tener después de la consulta— rango o naturaleza equivalente a la ley (o de tratado internacional) —o incluso rango constitucional— o bien pueden tenerlo en función del caso concreto (caso de las monopolizaciones o de los créditos extraordinarios o suplementos de crédito; o de las consecuencias de reclamaciones internacionales; o en supuestos excepcionales de transacciones); o bien, también, de actos cuyo examen conlleva un juicio acerca de la validez jurídica de su contenido [o de la existencia de dudas acerca de dicha validez jurídica, como ocurre con la impugnación de disposiciones autonómicas ante el Tribunal Constitucional o en el examen de los

mecanismos adecuados para el proceso de ratificación de tratados], en los que el dictamen del Consejo de Estado no tiene por función examinar la sujeción a Derecho en sentido estricto de la actividad de la Administración Pública o del Gobierno, sino incluso la del legislador. Así pues, en muchos supuestos la función consultiva del Consejo de Estado afecta directa o indirectamente al juicio que acerca de la sujeción a Derecho de sus actos tiene que realizar el legislador y por ello no es de extrañar que el Tribunal Constitucional se haya tenido que pronunciar, más o menos directa o indirectamente, acerca de la relevancia constitucional de la función consultiva del Consejo de Estado también en estos casos. A ello se dedican los apartados siguientes. Antes, sin embargo, es necesario dar cuenta de la relevante reforma del Consejo operada en 2004 que ha añadido otro contenido nuevo a la función consultiva.

III. LA FUNCIÓN CONSULTIVA CONFORME A LA REFORMA DE 2004 DE LA LEY ORGÁNICA DE DESARROLLO DEL ARTÍCULO 107

La reforma de la Ley Orgánica 3/1980 por la Ley Orgánica 3/2004, de 28 de diciembre, ha reconfigurado la función consultiva, añadiendo a la clásica de emisión de dictámenes (con valoración de legalidad o/y oportunidad; sobre actos y normas reglamentarias o de rango superior) otro contenido que, si bien otros órganos consultivos habían venido adquiriendo progresivamente en Derecho comparado, estaba totalmente inédito en España, donde el Consejo de Estado, después de abandonar las funciones jurisdiccionales en la Ley Maura de 1904, no había visto esencialmente modificada la naturaleza de sus funciones, basadas en el control previo de legalidad y oportunidad de normas y actos reglamentarios (seguridad jurídica previa al contencioso-administrativo y control objetivo de la Administración) y excepcionalmente de normas de rango superior. Pero la reforma en 2004 de la Ley Orgánica de 1980 —previando el marco supra-

nacional (Derecho de la Unión Europea) e internacional en el que tendría que moverse la España democrática—, añadió la función de elaboración de proyectos de Ley o de reforma de la Constitución, así como de estudios o informes.

Así pues, junto a la emisión de dictámenes del art. 2.2 [«El Consejo de Estado emitirá dictamen sobre cuantos asuntos sometan a su consulta el Gobierno o sus miembros (...)», la que habría que añadir las consultas de las Comunidades Autónomas del art. 23], figura ahora la del art. 2.3: «El Consejo de Estado realizará por sí o bajo su dirección los estudios, informes o memorias que el Gobierno le solicite y elaborará las propuestas legislativas o de reforma constitucional que el Gobierno le encomiende. Podrá llevar a cabo igualmente los estudios, informes o memorias que juzgue oportuno para el mejor desempeño de sus funciones. En la elaboración de las propuestas legislativas o de reforma constitucional atenderá los objetivos, criterios y límites de la reforma constitucional señalados por el Gobierno, y también podrá hacer las observaciones que estime pertinentes acerca de ellos».

Normalmente la función de elaboración de las propuestas legislativas o de reforma constitucional hasta la fecha se ha integrado en el proceso de elaboración de memorias (en sentido diferente a la elaboración de la Memoria Anual de Actividades), estudios o informes, función esta que sí ha venido ejerciéndose con cierta normalidad desde el año 2005 (*vid.*, respecto a los informes emitidos, la página web del Consejo de Estado —www.consejo-estado.es— en el apartado relativo a «Comisión de Estudios», que ha abarcado cuestiones tan dispares como, por ejemplo, la reforma de la Constitución Española, la protección de hábitats y especies marinas, la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español y la regulación de las garantías de su cumplimiento tanto por el Estado como por otros entes territoriales, la modificación del Régimen Electoral General, la adaptación del ordenamiento jurídico espa-

ñol y europeo contra la pesca ilegal, la regulación de la titularidad compartida de las explotaciones agrarias o la libertad de expresión y la regulación de la publicidad de las ofertas de prostitución).

Esta nueva función no ha sido objeto de análisis por el Tribunal Constitucional, aunque tarde o temprano tendrá que enfrentarse a ella debido a que, a la larga, las recomendaciones y conclusiones de los informes y estudios, pueden acabar incorporándose a actos o normas que son impugnados ante el Tribunal Constitucional. Así, por ejemplo, las recomendaciones del Informe del Consejo de Estado sobre la protección de hábitats y especies marinas, de 19 de julio de 2006, en parte han sido plasmadas a lo largo del articulado de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad y en la Ley 5/2007, de 3 de abril, de la Red de Parques Nacionales, y en la Ley 41/2010, de 29 de diciembre, de Protección del Medio Marino, así como en algunos Estatutos de Autonomía, Leyes y Estatutos que, al haber sido impugnados y encontrarse pendientes de recurso de inconstitucionalidad, es probable que fuercen al Tribunal Constitucional a analizar los problemas que, desde las perspectivas más amplias que las estrictas de legalidad u oportunidad, se plasmaron en aquel Informe. Lo mismo podría ocurrir si se plasman en actos o normas las recomendaciones que se contienen en los Informes de la Comisión de Estudios del Consejo de Estado acerca de la reforma constitucional, de fecha de 16 de febrero de 2006, o la reorganización de la Administración del Estado de cara a su operatividad en el marco de una Unión Europea más integrada y de una jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos cada vez más incisiva en el control de la actividad nacional restrictiva de derechos fundamentales, de fecha 14 de febrero de 2008.

La praxis en la elaboración de los estudios e informes ha puesto de relieve que esta nueva función permite **un marco más amplio de diálogo constitucional** al acometer el análisis

sis de doctrina y jurisprudencia desde una perspectiva innovadora y atendiendo a criterios prospectivos de exigencias actuales de cumplimiento de funciones constitucionales por todos los poderes del Estado, en el sentido más amplio posible del término, en una sociedad democrática avanzada y que debe funcionar en un marco mucho más integrado y globalizado de los que pudieron haber previsto los constituyentes de 1977-78.

En resumen, si bien el Tribunal Constitucional, al menos hasta la fecha, no ha confrontado, en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, esta nueva función del Consejo de Estado, ello es probablemente cuestión de tiempo. En cierto modo, la elaboración de estudios e informes proporcionará al debate constitucional, en sentido amplio, nuevos parámetros, lo cual será provechoso dado el estrechísimo marco que el debate constitucional tiene en España, al estar tan limitada la legitimación procesal para intervenir ante el Tribunal Constitucional en los litigios de gran impacto social y dada la inexistencia de instituciones procesales (tipo *amicus curiae* o similares) que permiten en general a los Tribunales constitucionales en Derecho comparado —que no en España— no vivir en una bola de cristal limitada a un debate de partes que no representan a todos los interesados.

IV. EL CONSEJO DE ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Como ya se ha apuntado con anterioridad, la constitucionalización del Consejo de Estado a través del art. 107 ha permitido al Tribunal Constitucional adentrarse en varias sentencias en la esencia de la función consultiva de legalidad y en cómo la misma afecta a la estructura territorial del Estado.

La ya citada **STC 204/1992, de 26 de noviembre**, que examinó la supuesta inconstitucionalidad del art. 23.2 de la Ley Orgánica 3/1980, del Consejo de Estado, en relación con el art. 22.3 de la misma Ley, fue y sigue

siendo la que sentó la doctrina aplicable a la función consultiva de las Comunidades Autónomas. En ella se resolvió la cuestión de inconstitucionalidad núm. 2414/1991, planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en dos recursos acumulados, ya que la citada Sala dudaba de que la intervención del Consejo de Estado, con carácter preceptivo, en relación con el ejercicio de funciones que corresponden a la Administración de las Comunidades Autónomas, fuera conforme con la autonomía de estas constitucionalmente regulada (arts. 2, 137, 148.1.1.^a y 153 CE) y a la propia configuración constitucional del Consejo de Estado (art. 107 CE).

Reconociendo en el FJ 2 que la interpretación de la definición por el art. 107 de la Constitución del Consejo de Estado como «supremo órgano consultivo del Gobierno [...] no es pacífica» y que «está claro que ese inciso del art. 107 CE se está refiriendo a la función consultiva que el Consejo de Estado desarrolla para el Gobierno de la Nación en concreto», y que, «por tanto, del primer inciso de este artículo no se puede deducir que la Constitución imponga la intervención consultiva del Consejo de Estado en relación con la actuación de los Gobiernos y Administraciones de las Comunidades Autónomas», señala el Alto Tribunal que ello «no quiere decir que ese órgano haya de quedar confinado al ejercicio de esa específica función y que no pueda extenderse el alcance de su intervención consultiva. En realidad, el ámbito de actuación del Consejo de Estado es mucho más amplio, y se ha venido configurando históricamente como órgano consultivo de las Administraciones públicas. [Sigue a continuación la afirmación de la autonomía del Consejo como expresión de su naturaleza de órgano de relevancia constitucional, lo que constituye una] garantía de objetividad e independencia, y le habilitan para el cumplimiento de esa tarea, más allá de su condición esencial de órgano consultivo del Gobierno, en relación también con otros órganos gubernativos y con Administra-

ciones públicas distintas de la del Estado, en los términos que las Leyes dispongan, conforme a la Constitución. [Cita a continuación algunas leyes y Estatutos de Autonomía donde se ha reconocido la naturaleza del Consejo como órgano consultivo de las Comunidades Autónomas, para concluir lo siguiente:] Dicho en otros términos, el art. 107 CE no ha dispuesto que el Consejo de Estado sea el órgano superior consultivo de los Gobiernos de las Comunidades Autónomas y de sus respectivas Administraciones, pero tampoco impide que desempeñe esa función, incluso emitiendo dictámenes con carácter preceptivo, en su caso. [Tras recordar la jurisprudencia previa, ya vista en el ap. II, sentada en el FJ 37 de la **STC 56/1990** en el sentido de que el Consejo es un órgano consultivo con relevancia constitucional «al servicio de la concepción del Estado que la propia Constitución establece», concluye que no merma su intervención en materias autonómicas la autonomía de estas, ni su potestad de autoorganización del art. 148.1.1.^a de la Constitución:] Su actuación no supone, pues, dependencia alguna del Gobierno y la Administración autonómica respecto del Gobierno y la Administración del Estado, y ello aunque se trate de un órgano centralizado, con competencia sobre todo el territorio nacional».

Tras dedicar el FJ 3, siempre de la **STC 204/1992**, a fijar los límites al contenido potencial de la Ley Orgánica reguladora de su composición y competencias en los términos ya examinados en los anteriores apartados, recuerda, en el FJ 4, como también se examinó anteriormente, los argumentos del Abogado del Estado en el sentido de que «en muchos de los procedimientos para los que los arts. 21 y 22 de la LO [3/1980, del Consejo de Estado] exigen dictamen preceptivo del Consejo de Estado, esta intervención se justifica en cuanto constituye un aspecto básico del régimen jurídico de las Administraciones públicas o del procedimiento administrativo común, en garantía de los administrados y de su tratamiento común por las distintas Administraciones públicas, que es competencia exclu-

siva del Estado (art. 149.1.18.^a CE)» y de que, «al imponer el informe preceptivo del Consejo de Estado a las Comunidades Autónomas en los mismos supuestos en que se impone al Gobierno y a la Administración del Estado (y a otras Administraciones públicas), el art. 23 párr. 2.º de la Ley Orgánica del Consejo de Estado no estaría sino concretando dicha normativa básica o procedimental común, de inexcusable observancia por las Comunidades Autónomas».

El Tribunal Constitucional, como ya se vio, hace suya en gran medida esta interpretación del Abogado del Estado sobre la base de que la intervención del Consejo objetivamente responde al interés general y es una garantía de los administrados: «se trata de una función muy cualificada que permite al legislador elevar su intervención preceptiva, en determinados procedimientos sean de la competencia estatal o de la autonómica, a la categoría de norma básica del régimen jurídico de las Administraciones públicas o parte del procedimiento administrativo común (art. 149.1.18.^a CE)».

Sin embargo, al igual que el contenido potencial de la Ley Orgánica de desarrollo del art. 107 tiene límites, también lo tiene esta función del Consejo como garantizador de la legalidad de los procedimientos y del interés general y de los intereses y derechos de los administrados. Efectivamente, el FJ 4 concluye señalando lo siguiente: «(...) esta garantía procedimental debe cohererarse con las competencias que las Comunidades Autónomas han asumido para regular la organización de sus instituciones de autogobierno (art. 148.1.1.^a CE), de modo que esa garantía procedimental debe respetar al mismo tiempo las posibilidades de organización propia de las Comunidades Autónomas que se derivan del principio de autonomía organizativa [arts. 147.2.c) y 148.1.1.^a CE]. Ningún precepto constitucional, y menos aún el que se refiere al Consejo de Estado, impide que en el ejercicio de esa autonomía organizativa las Comunidades Autónomas puedan establecer, en su propio ámbito, órganos consultivos

equivalentes al Consejo de Estado en cuanto a su organización y competencias, siempre que estas se ciñan a la esfera de atribuciones y actividades de los respectivos Gobiernos y Administraciones autonómicas», para dedicar el FJ 5 a examinar «si como aspecto básico del régimen jurídico de las Administraciones públicas o del procedimiento administrativo común, ha de entenderse también que sea precisamente el Consejo de Estado el órgano que emita el dictamen o consulta preceptiva».

La conclusión casi cae por sí sola: «si una Comunidad Autónoma, en virtud de su potestad de autoorganización (148.1.1.^a CE), crea un órgano superior consultivo semejante, no cabe duda de que puede dotarlo, en relación con las actuaciones del Gobierno y la Administración autonómica, de las mismas facultades que la Ley Orgánica 3/1980 atribuye al Consejo de Estado, salvo que el Estatuto de Autonomía establezca otra cosa, y naturalmente sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 153.b), en relación con el 150.2 de la CE», sin que sea necesario, además, el dictamen —adicional al del órgano consultivo autonómico— del Consejo de Estado, que sería duplicativo y contrario al art. 148.1.1.^a: «la intervención del órgano consultivo autonómico excluye la del Consejo de Estado, salvo que la Constitución, los Estatutos de Autonomía, o la Ley Autonómica, establezcan lo contrario para supuestos determinados [como hacían ya entonces numerosas leyes incluidas las de Ley de Bases del Régimen Local o la propia Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común]».

Ello implica que, *a sensu contrario*, «en donde o en tanto semejantes órganos consultivos autonómicos, dotados de las características de organización y funcionamiento que aseguren su independencia, objetividad y rigurosa cualificación técnica, no existan, es decir, en aquellas Comunidades Autónomas que no cuenten con esta especialidad derivada de su organización propia, las garantías procedimentales mencionadas exigen mantener la intervención preceptiva del Consejo de Esta-

do, en tanto que órgano al servicio de la concepción global del Estado que la Constitución establece».

La generalización de la institucionalización función consultiva a nivel autonómico ha sido, pues, en parte voluntad autonómica y en parte consecuencia lógica de esta doctrina del Tribunal Constitucional que obliga a ejercer la función consultiva a las Comunidades Autónomas, bien a través del Consejo de Estado bien a través de sus propios órganos consultivos, doctrina esta, por lo demás, coherente con la sentada anteriormente por el mismo Alto Tribunal respecto a la diferenciación entre los Entes Preautonómicos y las Comunidades Autónomas, cuando estableció en la **STC 214/1989, de 21 de octubre**, que los Presidentes de las Comunidades Autónomas debían ser los órganos formalmente consultantes (y no el Ministerio de Administraciones Públicas) en las cuestiones sometidas a consulta preceptiva del Consejo de Estado por las entidades locales (dicha STC anuló, como es sabido, el art. 48 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local).

Ello no obsta a que en la Ley Orgánica, con independencia de que cuenten con su propio Consejo o Comisión, se haya mantenido incólume la posibilidad de que potestativamente cualquier Presidente de una Comunidad Autónoma pueda solicitar dictamen en el art. 24.1 de la Ley Orgánica 3/1980: «Las Comunidades Autónomas podrán, por conducto de sus Presidentes, solicitar dictamen del Consejo de Estado, bien en Pleno o en Comisión Permanente, en aquellos asuntos en que, por la especial competencia o experiencia del mismo, lo estimen conveniente».

Pero, ciertamente, asentada la doctrina constitucional acerca de quién ejerce la función de garantía preventiva del Estado de Derecho, hubo que modificar la Ley Orgánica para recoger la doctrina del Tribunal Constitucional, por lo que se aprovechó la reforma de 2004 para introducir en dicho artículo una modificación en su párrafo segundo para limitar la compe-

tencia de consulta preceptiva a los casos de carencia de órgano consultivo propio: «El dictamen será preceptivo para las Comunidades Autónomas que carezcan de órgano consultivo propio en los mismos casos previstos por esta ley orgánica para el Estado, cuando hayan asumido las competencias correspondientes».

De esta manera los Presidentes de las Comunidades Autónomas pueden ser «autoridad consultante» bien potestativamente (véase, por ejemplo, el dictamen núm. 252/2018 emitido por el Consejo de Estado a consulta, con este carácter, del Presidente de la Junta de Extremadura, acerca de si determinados intermediarios que consuetudinariamente intervienen en los mercados agrícolas regulados por su Decreto 171/2016, de 18 de octubre, están sometidos a las normas y controles de la producción agrícola primaria o, por el contrario, son establecimientos sometidos a las normas y controles de las autoridades sanitarias en materia de seguridad alimentaria) bien preceptivamente, y en este caso, bien cuando no tengan el órgano equivalente en su estructura institucional autónoma (solo **Cantabria** no ha tenido nunca consejo consultivo, comisión asesora o institución equivalente, siendo el Consejo de Estado su supremo órgano consultivo) bien cuando, aunque lo tengan, solo le atribuyen parte de las competencias, estableciendo en sus leyes la competencia del Consejo de Estado para otras cuestiones, normalmente las más relevantes, como ha ocurrido recientemente, con las reformas de la función consultiva de la Comunidad Autónoma de **Extremadura** y de la Comunidad de **Madrid** (véanse, respectivamente, la Ley 19/2015, de 23 de diciembre, por la que se deroga la Ley 16/2001, de 14 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo de Extremadura, y la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, de Supresión del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid), y desde entonces se viene ejerciendo parcialmente la función consultiva en determinadas cuestiones por el Consejo de Estado.

El resto de las Comunidades Autónomas canalizan la función consultiva íntegramente a

través de sus órganos e instituciones consultivas, cuyo alcance varía entre las distintas Comunidades Autónomas, siendo de destacar la ausencia de valoración de oportunidad que algunas Comunidades han establecido, de manera que la función consultiva queda limitada, en esas Comunidades, a cuestiones de legalidad. Igualmente, tampoco es necesariamente común uno de los refuerzos que a la opinión del Consejo de Estado se otorga en su regulación por la Ley Orgánica 3/1980 [adicional a la «fuerza de la publicidad» que supone el que tenga que constar expresamente la discrepancia o acuerdo con la opinión del Consejo de Estado («Las disposiciones y resoluciones sobre asuntos informados por el Consejo expresarán si se acuerdan conforme con el dictamen del Consejo de Estado o se apartan de él. En el primer caso, se usará la fórmula *de acuerdo con el Consejo de Estado*; en el segundo, la de *oído el Consejo de Estado*»; art. 2.1, último párrafo, de la Ley Orgánica 4/1980)]. Esta fuerza adicional, que es en realidad un incentivo para que el órgano consultante no se aparte, aunque puede hacerlo, de las conclusiones del dictamen, consiste en la pérdida de la competencia de la autoridad consultante por excelencia, el Ministro, en favor del Consejo de Ministros que establece el art. 2.1, párr. 3.º, de la Ley Orgánica 4/1980: «Corresponderá en todo caso al Consejo de Ministros resolver en aquellos asuntos en que, siendo preceptiva la consulta al Consejo de Estado, el Ministro consultante disienta del parecer del Consejo».

Por lo demás, es claro que el Consejo de Estado —y no los órganos consultivos autonómicos— sigue siendo de obligatoria consulta en el supuesto, hoy por hoy inédito, del art. 153.b) de la Constitución (en relación con el control del ejercicio de funciones delegadas a que se refiere el ap. 2 del art. 150 de la propia Constitución) o directamente por las Comunidades Autónomas en otros supuestos cuya lógica escapa a toda duda, como es el caso del dictamen preceptivo del propio Consejo de Estado en los supuestos de separación del servicio de funcionarios autonómicos procedentes origi-

nariamente del Estado que hayan sido transferidas a las Comunidades Autónomas en los correspondientes Reales Decretos (véase, por todos, el reciente dictamen del Consejo de Estado número 2420/2007/195/2007, de 24 de enero de 2008).

Todo ello no obsta para que la noción de Estado en sentido pleno siga siendo un componente esencial de la función del Consejo de Estado como lo prueba la última reforma de la composición del Pleno: «De entre los diez Consejeros electivos, dos deberán haber desempeñado el cargo de Presidente del Consejo Ejecutivo de Comunidad Autónoma por un período mínimo de ocho años. Su mandato será de ocho años» (art. 9.2 de la Ley Orgánica 3/1980, en la redacción dada al mismo por la Ley Orgánica 3/2004, de 28 de diciembre).

Más dudosa es la eficacia en este sentido integrador de todos los aparatos del Estado de la competencia establecida en el art. 22.6 de la Ley Orgánica 3/1980 («impugnación de las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas ante el Tribunal Constitucional, con carácter previo a la interposición del recurso»). Y ello, en primer lugar, por el valor que en sí mismo pudiera tener el dictamen del Consejo de Estado en estos casos en que, al menos antes de la reforma de 2004, el Tribunal Constitucional se ocupó de vaciar de contenido en la **STC 192/2000, de 13 de julio**. Señala esta STC en el FJ 3, *in fine*, lo siguiente: «De manera que, contrariamente a otras circunstancias o trámites previos, la consulta al Consejo de Estado contemplada en la LO [3/1980, del Consejo de Estado] no afecta a la interposición misma del conflicto de competencia o del recurso de inconstitucionalidad desde el punto de vista de su admisibilidad procesal. Por ello, la existencia o no de la consulta o su recepción por el Gobierno de la Nación no vician, en lo que hace a la citada fase procesal, la decisión del Gobierno de la Nación de interponer el conflicto y solicitar su tramitación en la forma prevista para el recurso de

inconstitucionalidad». Pero también, en segundo lugar, porque el dictamen en este caso se emite solo acerca de si existen motivos razonables para interponer el recurso, pero no hay dictamen de fondo acerca de si, a juicio del Consejo de Estado, realmente tiene o no el Estado o la Comunidad Autónoma la competencia y cuál debería ser exactamente el resultado del recurso. Es, pues, un dictamen acerca solo de si la interposición del recurso contra la norma autonómica no es arbitrario, aunque a veces el dictamen del Consejo va más allá de este juicio de razonabilidad sustantivo-procesal (puede verse, a modo de ejemplo, el dictamen del Consejo de Estado núm. 1119/2008, de 3 de julio, acerca del recurso de inconstitucionalidad a interponer por el Presidente del Gobierno contra la Ley del Parlamento Vasco 9/2008, de 27 de junio, «de convocatoria y regulación de una consulta popular al objeto de recabar la opinión ciudadana en la Comunidad Autónoma del País Vasco sobre la apertura de un proceso de negociación para alcanzar la paz y la normalización política», resuelto en sentido prácticamente idéntico por el Tribunal Constitucional en su sentencia de 11 de septiembre de 2008, en el recurso de inconstitucionalidad núm. 5707/2008).

Ello no obstante, pese a esta jurisprudencia del Tribunal Constitucional que coincide con su excesiva doctrina acerca de los incumplimientos incluso graves por las Cortes o los Parlamentos autonómicos de las reglas de procedimiento [solo recientemente, en relación con la leyes de presupuestos y los reales decretos leyes, ha empezado el Tribunal a aplicar el ordenamiento vigente regulador de los *interna corporis*, es decir, de los procedimientos de toma de decisiones por esos órganos, que tan importantes son en los Estados democráticos de Derecho, pese a la cierta dejación que históricamente ha hecho el Tribunal, pero ello es una cuestión general que trasciende a este comentario al art. 107 del Texto Fundamental], lo cierto es que el Gobierno sistemáticamente, en especial cuando busca la suspensión automática inicial de seis

meses —por la mera admisión a trámite por el Tribunal Constitucional (o incluso para solicitar medidas cautelares sin que el mismo haya admitido los recursos a trámite)—, de dichas leyes, reglamentos o actos autonómicos mediante la aplicación del art. 161.2 cuida mucho de no omitir nunca, a veces incluso solicitando la emisión del dictamen con solo un plazo de horas en materias urgentes, de respetar rigurosamente la aplicación del este art. 22.6 de la Ley Orgánica.

Esta función de control previo de los recursos de inconstitucionalidad y otros actos o disposiciones de las Comunidades Autónomas resulta pues de gran trascendencia, siendo curioso que también dictamina el Consejo de Estado la existencia de fundamentos suficientes para impugnar leyes estatales cuando la Comunidad Autónoma (Cantabria, Extremadura o Comunidad de Madrid) son quienes cuestionan su constitucionalidad, y a veces ese dictamen se solicita sobre leyes estatales cuyos anteproyectos de Ley bien potestativamente, bien preceptivamente (cuando son de desarrollo en España de Derecho internacional o de la Unión) ya había emitido el Consejo de Estado un dictamen anterior a solicitud de Gobierno. Esta situación, inédita constitucionalmente, ya ha sido planteada ocasionalmente (o a la inversa, solicitud de dictamen por el Gobierno para la impugnación ante el Tribunal Constitucional de leyes autonómicas cuyos anteproyectos que habían sido sometidos a dictamen del Consejo por el Presidente de la Comunidad Autónoma).

V. CORPORACIONES LOCALES

Ciertamente los reglamentos y actos de las dos ciudades con Estatuto de Autonomía (Ceuta y Melilla) forman parte de la labor cotidiana del Consejo de Estado, siendo sus Presidentes «autoridad consultante» al carecer de consejo consultivo, comisión asesora o institución equivalente» por lo que hacen uso obligado del Consejo de Estado.

Sin embargo, esa no fue la solución adoptada por el legislador cuando en 1999 (Ley Orgánica 7/1999, de 21 de abril) incorporó un nuevo art. 75 ter a la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, para permitir a los Ayuntamientos la defensa de la autonomía local constitucionalmente garantizada a los municipios. Establece el ap. 3 de dicho artículo que: «De manera previa a la formalización del conflicto deberá solicitarse dictamen, con carácter preceptivo pero no vinculante, del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma, según que el ámbito territorial al que pertenezcan las Corporaciones Locales corresponda a una o varias Comunidades Autónomas. En las Comunidades Autónomas que no dispongan de órgano consultivo, el dictamen corresponderá al Consejo de Estado».

Ahora bien, no por ello tienen los Alcaldes naturaleza de «autoridad consultante», sino que siguiendo la tradición que desde la doctrina del Tribunal Constitucional antes vista obligaba a canalizar las consultas a través de la Presidencia de la Comunidad Autónoma si carecen de Consejo, o, antes de la existencia de las Comunidades Autónomas, su tramitación a través del Ministerio competente en materia de Administraciones Territoriales, en el único caso en que se ha hecho uso de esa potestad (por el Alcalde de Barcelona y 2.302 Ayuntamientos más, en defensa de la autonomía local que Municipios de toda España pretenden plantear en relación con la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local) la consulta se canalizó a través del entonces Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas (véase el dictamen núm. 338/2014, de 22 de mayo, en recurso posteriormente resuelto por la STC 107/2017, de 21 de septiembre).

VI. LA CONSULTA POR AUTORIDADES INDEPENDIENTES

Dada la previsible, en 1978, futura entrada de España en las entonces Comunidades Euro-

peas (hoy Unión Europea), el art. 93 de la Constitución Española previó un mecanismo para permitir la «convivencia» entre el ordenamiento de la Unión y el español. Pues bien, aquel ha ido sufriendo su propia evolución e integración (impensable también en 1978). Y una de las cuestiones que ha sufrido más cambios es la institucionalización, en la propia Unión Europea, de las figuras de las agencias o autoridades independientes; es decir, de organismos que formando parte del poder ejecutivo, sin embargo, en garantía de la objetividad de su función, son dotados, normalmente por el derecho de la Unión, de gran autonomía, hasta el extremo de que su función no puede ser controlada por los Gobiernos. Han surgido así, en la segunda década del presente siglo XXI autoridades independientes, tales como la **Autoridad Independiente** de Responsabilidad **Fiscal** española (AIReF), o se ha dotado de un estatuto independiente, por exigencia del Derecho de la Unión, a órganos preexistentes como la Comisión del Mercado de Valores, el Banco de España, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) —creada en 2013 a partir de la integración de estos seis organismos: Comisión Nacional de la Competencia, Comisión Nacional de Energía, Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, Comisión Nacional del Sector Postal, Consejo Estatal de Medios Audiovisuales y Comité de Regulación Ferroviaria y Aeroportuaria—, o la Agencia Española de Protección de Datos. Incluso durante una época reciente se multiplicaron en España las agencias independientes (por la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos) que existieron en España hasta su reciente supresión por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público o que en 2013 (Ley 19/2013, de 9 de diciembre) se creó el *Consejo de Transparencia y Buen Gobierno* como organismo independiente.

Pero, ya antes, órganos de relevancia constitucional, como el Consejo General del Poder Judicial (art. 122 CE), o el Tribunal de Cuen-

tas (art. 136 CE), a veces creados por Ley (Junta Electoral Central, regulada por la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General), las propias Cortes Generales o sus Cámaras en cuanto que dictan actos administrativos sometidos al control de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), u órganos administrativos de adjudicación (Tribunal Económico-Administrativo o de Contratación o de Deportes...), u órganos de la sociedad civil que ejercen funciones públicas (Colegios, Cámaras, etc.) también planteaban problemas al no tenerse claro si su autonomía o independencia llegaba hasta reconocérselles carácter de «autoridad consultante» o tendrían que canalizar sus consultas a través del Ministerio de tutela o en el que se encuadraran orgánica o funcionalmente, si es que existía tal «encuadramiento».

La cuestión se ha ido resolviendo caso por caso por la praxis, en especial en los últimos años. y no sin cuidadosos análisis del alcance de su autonomía o independencia y, sobre todo, en función de si alcanza la misma a ostentar la potestad reglamentaria, típicamente mediante Circulares (que en teoría, según la Constitución, solo corresponde al Gobierno *ex art. 97 CE*) y con especial cuidado cuando esas normas transponen Derecho de la Unión o son ejecución del mismo o del Derecho internacional en España. Dada la necesidad de resumir este comentario al art. 107 CE, baste: a) con recordar que la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (artículo 642.1, antiguo 142.1) señala que: «En todo cuanto no se hallare previsto en esta Ley Orgánica y en los Reglamentos del Consejo General del Poder Judicial, se observarán, en materia de procedimiento, recursos y forma de los actos del Consejo General del Poder Judicial, en cuanto sean aplicables, las disposiciones de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sin que, en ningún caso, sea necesaria la intervención del Consejo de Estado», pese a que sí corresponde al Consejo determinar la responsabilidad por anormal funcionamiento de la Adminis-

tración de Justicia o por error judicial (previa sentencia del TS confirmatoria de que existe tal error en este último caso); y b) que ha sido reconocida la cualidad de «autoridad consultante» en diversas ocasiones al Banco de España, Tribunal de Cuentas, Junta Electoral Central o el Consejo de Seguridad Nuclear.

VII. LOS PLANES O PROGRAMAS

Otro área donde la integración de la Unión Europea ha contribuido a modernizar las Administraciones de los Estados miembros es la de la obligación de planificar las actuaciones. Así, por mencionar algunos, las Directivas Marco del Agua de las Estrategias Marinas obligan a planificar las respectivas demarcaciones hidrológicas o marinas, o la Ley 30/2014, de 3 de diciembre, regula los planes directores de la Red de Parques Nacionales... y esos planes tienen contenido normativo. Tal y como ha señalado la Memoria del Consejo de Estado de 2016, haciéndose eco de numerosos dictámenes, cuando los planes o programas tienen contenido normativo (fuerza vinculante) son como reglamentos y, por tanto, están igualmente sometidos al control del Consejo de Estado.

VIII. LA CONSULTA SOBRE NORMAS DE RANGO LEGAL: LOS INTERNA CORPORIS DE LAS LEYES

Como se indicaba en el ap. II previo en la descripción de la función consultiva en los términos precisados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el Consejo de Estado se pronuncia con relativa frecuencia acerca de proyectos de leyes o de tratados. Pero, ¿cuál es el alcance real de la función?

Ciertamente en los tratados, el dictamen del Consejo puede resultar determinante de la fórmula de prestación por el Estado del consentimiento para obligarse internacionalmente (Ley Orgánica, autorización de las Cortes Generales, autorización del Gobierno con co-

municación al Congreso y al Senado: arts. 93 y 94 de la Constitución). Ello consiste en una competencia parecida a la recién examinada del 22.6 toda vez que la función consultiva se limita a opinar sobre la necesidad o no de autorización de las Cortes Generales con carácter previo a la prestación de consentimiento del Estado en todos los Tratados o Convenios Internacionales (art. 22.1 de la Ley Orgánica 3/1980), sin entrar a examinar el contenido mismo del tratado o convenio internacional de que se trate. Ello no obstante, a veces la función del Consejo inevitablemente, cuando lo requiere el expediente, se adentra en avanzar su opinión acerca de temas colaterales que afectan a la validez de leyes vigentes potencialmente en contradicción con el texto del tratado (*vid.*, por todos, el Dictamen núm. 1375/2007, de 19 de julio, acerca de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, hecha en Nueva York el 20 de diciembre de 2006), constituyendo una especie de anuncio de la necesidad, o recomendación, de que se ponga en marcha la iniciativa legislativa.

Sin embargo, a los efectos de **la interrelación de la doctrina del Consejo de Estado con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional**, lo más relevante es que, dada la posibilidad constitucional de que el Gobierno pueda activar el recurso previo cuando haya dudas acerca de la constitucionalidad del contenido de un tratado (art. 95.2 de la Constitución), eventualmente el Consejo de Estado tiene y ejerce la función de activar los controles que sobre la constitucionalidad de los tratados tiene atribuidos el Tribunal Constitucional (naturalmente, siempre que la decisión al respecto del Gobierno concuerde con la opinión del Consejo). Ello ha posibilitado el diálogo entre ambas instituciones en cuestiones tan cruciales como la fórmula a seguir en el proceso de ratificación de los tratados de integración de la Unión Europea (dictámenes del Consejo de Estado núms. 850/1991, de 20 de junio; 421/1992, de 9 de abril; 2544/2004, de 21 de octubre; y 24/2008, de 13 de marzo; De-

claraciones del Tribunal Constitucional núms. 1/1992, de 1 de julio; y 1/2004, de 13 de diciembre). Véase, por todos, el Informe del Consejo de Estado sobre la Reforma Constitucional, de 16 de febrero de 2006, especialmente su ap. III.3.2.1.

Respecto de los dictámenes acerca de proyectos de Ley (voluntariamente sometidos al Consejo de Estado para consulta por el Gobierno), o preceptivamente remitidos a su consulta debido a alguna de las cláusulas competenciales de los arts. 21 y 22 más arriba transcritas —es decir, cuando una ley desarrolla en España un tratado o una normal del derecho de la Unión Europea—, la función consultiva no es aparentemente de relevancia constitucional, habida cuenta de que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional acerca de los vicios en el procedimiento legislativo (véanse, por todas, la **STC 108/1986, de 26 de julio**, y otras) pone de relieve que, no estando expresamente en la Constitución misma la competencia del Consejo para emitir su dictamen, la autonomía de las Cámaras de las Cortes Generales en la determinación de la formación de su voluntad hace difícil dar relevancia constitucional a la función consultiva (véase, por todos, indirectamente, BIGLINO CAMPOS, P., *Los vicios en el procedimiento legislativo*, Centro de Estudios Constitucionales, 1991).

Sin embargo, con independencia de que *de facto* en muchos supuestos el contenido del dictamen, tanto en sus pronunciamientos de oportunidad como de compatibilidad de la Ley con la Constitución u otros Ordenamientos que prevalecen sobre la Ley, tiene relevancia en la formación de la voluntad del legislador (véase OLLERO, A., «El Consejo de Estado desde la Perspectiva Parlamentaria», en la *Revista de las Cortes Generales*, núm. 66, 2005, págs. 137 y ss.), lo cierto es que, dada la laxitud con que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional aprecia la compatibilidad entre leyes y tratados y, especialmente, la renuncia expresa que a partir de la **STC 28/1991, de 14 de febrero**, hizo el Tribunal

Constitucional de toda competencia para examinar la sujeción de leyes españolas al Ordenamiento comunitario europeo, la función del Consejo de Estado tiene un papel esencial en el control de la validez y/o sometimiento de las mismas a la prevalencia de dicho Derecho de la Unión. Es cierto que jamás se ha planteado la posibilidad de que el Consejo de Estado plantee cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, lo que sin duda es una cuestión como mínimo muy discutible si no abiertamente contraria al Derecho de la Unión Europea, pero lo cierto es que, dada la relevancia del Derecho supranacional y el nivel de globalización que en numerosos campos alcanza el Derecho internacional convencional, esta es sin duda un área donde la función consultiva del Consejo de Estado tiene mucha más relevancia constitucional, lo que nos lleva al siguiente epígrafe.

IX. EL CONSEJO DE ESTADO Y EL DERECHO SUPRANACIONAL DE LA UNIÓN EUROPEA

La función del Consejo de Estado como garante de la «legalidad» supra e internacional abarca tanto a las leyes como a los reglamentos y actos. Desde la integración misma en las entonces Comunidades Europeas en su fase final (segunda parte del año 1985) en la que el Consejo de Estado jugó un papel esencial al recurrirse a la figura de los reales decretos legislativos para incorporar el acervo comunitario al Derecho español (a través de la Ley 47/1985, de 27 de diciembre, de Bases de Delegación al Gobierno para la Aplicación del Derecho de las Comunidades Europeas con motivo de la incorporación de España a las entonces Comunidades Europeas), este papel ha adquirido una importancia capital: ello es así porque, pese a que, como antes se ha dicho, el Consejo de Estado no pueda plantear cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia, este último no duda en cuestionar si el Reino de España cumple o no con el Derecho de la Unión a partir de lo que dicen los

propios dictámenes del Consejo de Estado. Como ejemplo muy significativo puede verse la STJUE (Sala Quinta) de 24 de octubre de 2013, en el asunto C151/12 *Comisión c. España*, en cuyo FJ 34 se afirma, lisa y llanamente que «Procede asimismo añadir que, apoyándose en un informe del Consejo de Estado de 15 de diciembre de 2010, la Comisión constata, sin que el Reino de España haya rebatido este extremo, la existencia de incertidumbre, en el estado actual del Derecho constitucional español, respecto al alcance de la cláusula de supletoriedad como instrumento de garantía del cumplimiento del Derecho de la Unión», para invalidar a continuación la aplicación obligatoria de partes muy importantes de la Directiva Marco del Agua del año 2000 en toda España a través del 149.3 cuando era obvio que tenía que haberse hecho a través de legislación estatal básica, condenando a España por incumplir claramente el Derecho de la Unión en el proceso de planificación hidrológica.

El propio Consejo de Estado ha tenido ocasión de examinar hasta qué punto el moderno Derecho de la Unión Europea exige reformas estructurales profundas del Ordenamiento español al producirse cambios cuasi-constitucionales (por no decir constitucionales, abiertamente) en ese Derecho prevalente del nacional, cambios que al tener tan elevado rango en el Derecho comunitario impregnan, en sus principios estructurales, no ya todo el Derecho derivado europeo (Reglamentos, Decisiones o Directivas), sino también todo el Derecho nacional con él relacionado, incluso el propio Derecho constitucional español. Y esta constatación se ha llevado a cabo en los dictámenes como en los estudios e informes del Consejo de Estado. Como ejemplo de ello pueden verse los Dictámenes núm. 913/2007, de 17 de mayo, sobre el anteproyecto de Ley del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad; núm. 1607/2007, de 22 de noviembre, acerca del anteproyecto de Ley para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones que impongan sanciones pecuniarias y anteproyecto de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica

del Poder Judicial, complementaria de la anterior; o el Dictamen núm. 2135/2006, de 23 de noviembre, relativo al anteproyecto de Ley de Protección de los Animales de Producción y de los utilizados para experimentación y otros fines científicos, dado que los principios básicos relativos a la protección de la biodiversidad, a la integración de las actuaciones de los Tribunales y del derecho del bienestar animal tienen rango constitucional en el Derecho comunitario europeo.

A fecha de hoy, sin embargo, esta función de asegurar la legalidad supra e internacional de normas españolas, y de trasladar los principios estructuralmente constitucionales en el sistema europeo a los entresijos de las leyes, reglamentos y actos de Derecho internos lógicamente conectados a aquellos, incluida, en su caso, la interpretación de propio texto de la Constitución Española, es todavía en gran parte un reto más que una función; reto para el que puede que se necesiten cambios estructurales en el seno del propio Consejo. Pero no deja de ser cierto que esta función, en especial a través del marco más flexible que ofrece la función consultiva a través de informes y estudios, está llamada a facilitar un diálogo más amplio sobre la relevancia constitucional de nuevos grupos normativos en el que también intervendrá, eventualmente, el Tribunal Constitucional.

X. BREVE EXCURSUS ACERCA DEL CONTROL DE OPORTUNIDAD Y ACERCA DE LA TECNIFICACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES Y EL NUEVO DERECHO DE LA REGULACIÓN DE MERCADOS Y SERVICIOS

La vivencia cotidiana de la Constitución y en especial los principios de eficacia de la acción administrativa (art. 103 de la Constitución), y la participación ciudadana (art. 105 de la Constitución), unidos a cambios sociales globales (igualdad de la mujer; regulación y control de los mercados; integración del *big data* en los

servicios públicos, transaccionalidad en el análisis de situaciones de desigualdad discriminatoria, utilización de sistemas de información geográfica,...) hacen que elementos estructuralmente constitucionales, en cuanto que meramente atisbados (o incluso inimaginables) por el constituyente de 1978, cobren mayor fuerza en los albores del siglo XXI.

La concreción de esos principios constitucionales exige unas técnicas de control de la legalidad y oportunidad para los que la función consultiva está muy dudosamente preparada, pero lo está mejor que otras instituciones del Estado. Técnicas transversales tales como las de análisis coste-beneficio, de control de la participación ciudadana efectiva en la toma de decisiones, el control de impactos de género, el control de indicadores de sostenibilidad, de equilibrio entre la autorregulación-regulación, de análisis y evaluación/gestión de riesgos, de imputación económica de responsabilidades, de las implicaciones del mundo virtual digital en la sociedad civil y en los servicios públicos, etc., o se van introduciendo poco a poco, caso a caso, especialmente en proyectos de normas o de planes o programas o es difícil que lleguen a modernizar el Ordenamiento español (puede verse al respecto ALONSO GARCÍA, E., «Técnicas Normativas de EE. UU.», en el libro colectivo *La técnica normativa: una necesidad democrática*, pendiente de publicación por la Comunidad de Madrid). Por ello indirectamente la función del Consejo de Estado, prudente pero decidida, permite que vayan adquiriendo cada vez un peso mayor en el control de la objetividad y eficacia de normas y actos, generales e individuales, de las Administraciones Públicas y se convierten en ele-

mentos para dar contenido a cláusulas constitucionales que hasta la fecha no han pasado de ser principios abstractos sin mordiente jurídico constitucional.

Más tarde o más temprano estas técnicas se convierten en parámetros de contraste de la constitucionalidad de aquellas normas constitucionales abstractas. No corresponde al Tribunal Constitucional, probablemente, acometer esta función, tanto por el carácter revisor, judicial y por tanto *a posteriori*, de su actividad como porque en España muchas de estas nuevas técnicas jurídicas vendrán indirectamente impuestas por avances generados por el Derecho supra e internacional.

La duda está en si la función consultiva de relevancia constitucional del Consejo de Estado podrá cumplir esa función de introducción paulatina y de contraste de dichas técnicas y en si ello será o no recibido posteriormente por el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia, añadiendo estas técnicas al arsenal metodológico de interpretación de la Constitución creado en sus primeros cuarenta años de vigencia (pueden verse también, a modo de ejemplo, ALONSO GARCÍA E., «Interoperabilidad legal» y otros problemas jurídicos derivados del manejo de “datos científicos” como “big data” por servicios web e infraestructuras de la economía del conocimiento: el ejemplo de los datos sobre diversidad biológica», en *Revista de Privacidad y Derecho Digital*, núm. 3, abril 2016; o «El marco constitucional de las políticas públicas inimaginables en 1978: realidad virtual, recursos genéticos y sentiencia de los animales», en *Cuarenta años de Constitución Española*, Centro de Estudios Constitucionales, en prensa).

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR FERNÁNDEZ-HONTORIA, J., «Una aproximación a la redefinición de las relaciones Consejo de Estado-Corporaciones locales en el nuevo marco constitucional», *Revista de la Administración Pública*, núm. 105, septiembre-diciembre 1984.

ALONSO GARCÍA, E., «Técnicas Normativas de EE. UU.», en el libro colectivo *La técnica normativa: una necesidad democrática*, pendiente de publicación por la Comunidad de Madrid.

ALONSO GARCÍA, R., «La inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español (Informe del Consejo de Estado de 14 de febrero de 2008)», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 29, 2008, págs. 7 a 17.

ALZAGA VILLAAMIL, O., *Comentario sistemático a la Constitución Española de 1978*, Madrid, 1978, págs. 656 a 659.

AROZAMENA SIERRA, J., «La función consultiva del Consejo de Estado», *Documentación Administrativa*, núm. 226, abril-junio 1991.

BARRIOBERO, *Los Consejos de Estado*, Madrid, 1927.

BARRIOS, *El Consejo de Estado de la Monarquía española (1521-1812)*, Madrid, 1984.

BLANQUER CRIADO, *Consejo de Estado y Autonomías*, Madrid, 1994.

BIGLINO CAMPOS, P., *Los vicios en el procedimiento legislativo*, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

BRAVO-FERRER DELGADO, «Consejo de Estado y estado de autonomías», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 60, octubre-diciembre 1988.

CORDERO TORRES, *El Consejo de Estado. Su trayectoria y perspectivas en España*, Madrid, 1944.

DE AZCOITI, «Il Consiglio di Stato nel diritto Pubblico Spagnuolo», *Annali di Scienze Politiche*, núm. 2, Pavia, 1929.

DE DIOS VIÉTEZ, «El dictamen del Consejo de Estado en los reglamentos ejecutivos: ¿control de legalidad o coparticipación en la potestad reglamentaria?», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 60, octubre-diciembre 1988.

FONT LLOVET, «Órganos consultivos», *Revista de Administración Pública*, núm. 108, septiembre-diciembre 1985.

— «Función consultiva y Estado autonómico», *Revista de Administración Pública*, núm. 138, septiembre-diciembre 1995.

GALVÁN, *La función consultiva del Consejo de Estado en la nueva Ley Municipal*, Valencia, 1937.

GÁLVEZ MONTES, J., «Art. 107: El Consejo de Estado», en *Comentarios a la Constitución Española, Tomo VIII-Arts. 97 a 112 de la Constitución Española de 1978*, vLex-339212, enero 1998, págs. 207 y ss.

GARCÍA DE ENTERRÍA, «Aspectos de la Administración consultiva», *Revista de Administración Pública*, núm. 24, septiembre-diciembre 1957.

GARCÍA-TREVLIANO FOS, *Tratado de Derecho administrativo*, tomo II, vol. 2.º, Madrid, 1971, págs. 648 a 698.

GARCÍA-TREVLIANO GARNICA, E., «Efectos de la omisión del preceptivo dictamen del Consejo de Estado», *Revista de Administración Pública*, núm. 118, enero-abril 1989.

- «Posición institucional del Consejo de Estado», *Revista de Administración Pública*, núm. 122, mayo-agosto 1990.
- «La función consultiva de las Administraciones Públicas, con especial referencia al Consejo de Estado y las Comunidades Autónomas», *Revista de Administración Pública*, núm. 133, enero-abril 1994.

GARRIDO FALLA, *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 1980, págs. 1077 a 1080.

GONZÁLEZ SALINAS, «El dictamen del Consejo de Estado en los procedimientos de elaboración de disposiciones generales», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 67, julio-septiembre 1990.

JORDANA DE POZAS, «El Consejo de Estado y las influencias francesas a lo largo de su evolución», en *Estudios de Administración local y general*, Madrid, 1961, págs. 71 a 90.

- «El Consejo de Estado en la Constitución», *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, núm. 56, Madrid, 1979.

LAVILLA RUBIRA, «Consejo de Estado», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, 1995.

LÓPEZ BENÍTEZ, «Nuevas consideraciones sobre la posición del Consejo de Estado en relación con las Comunidades Autónomas», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 64, octubre-diciembre 1989.

MAESTRE DELGADO, «Reglamentos autonómicos y Consejo de Estado», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 59, julio-septiembre 1988.

MARISMAS, Marqués de las, «La institución del Consejo de Estado en la actualidad», *Revista de Administración Pública*, núm. 1, enero-abril 1950.

MARTÍN OVIEDO, «Legislación y bibliografía sobre el Consejo de Estado», en *Estudios de Derecho Administrativo (Libro Jubilar del Consejo de Estado)*, Madrid, 1972.

- «Treinta años de la Ley Orgánica del Consejo de Estado. Panorama de normas en relación con el mismo», *Revista de Administración Pública*, núm. 75, septiembre-diciembre 1974.

MARTÍNEZ ALCUBILLA, «Consejo de Estado», en *Diccionario de la Administración Española*, tomo IV, Madrid, 1915.

OLLERO, A., «El Consejo de Estado desde la Perspectiva Parlamentaria», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 66, 2005, págs. 137 y ss.

PARADA VÁZQUEZ, «El Consejo de Estado», *Documentación Administrativa*, núm. 222, abril-junio 1991.

PELLISÉ PRATS, «Consejo de Estado», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, 1953.

PÉREZ HERNÁNDEZ TENESSA, *El Consejo de Estado*, Madrid, 1965.

- «Perspectivas del Consejo de Estado», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 22, julio-septiembre 1979.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., «La Función Consultiva en la España Actual», Ponencia presentada en las *Jornadas sobre la Función Consultiva*, organizadas en Madrid en octubre de 2007.

RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, «Ley Orgánica del Consejo de Estado», *Cuadernos de Documentación del Instituto Nacional de Prospectiva*, núm. 7, Madrid, 1980.

ROYO VILLANOVA, S., «El Consejo de Estado en España», en *Estudios Jurídicos*, Madrid, 1940.

SÁNCHEZ NAVARRO, A., *Consejo de Estado, Función Consultiva y Reforma Constitucional*, Ed. Reus, 2007.

SANZ, E., *Los Consejos Consultivos de la Corona en nuestros días*, Madrid, 1902.

TOLIVAR ALAS, «El Consejo de Estado y las Comunidades Autónomas», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 28, enero-marzo 1981.

- «Renovación legislativa y Consejo de Estado», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 31, octubre-diciembre 1981.

TORREANAZ, Conde de, *Los Consejos del Rey durante la Edad Media*, 2 tomos, Madrid, 1884 y 1890.

UNIVERSIDAD DE NAVARRA (Seminario de Historia Moderna), *Documentos del Reinado de Fernando VII: El Consejo de Estado (1792-1834)*, Pamplona, 1971.

VILLAR ROMERO, «Consejo de Estado y procedimiento administrativo», en *Estudios de Derecho Administrativo (Libro Jubilar del Consejo de Estado)*, Madrid, 1971.

- «El Consejo de Estado y su nueva regulación legal», en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 4, 1980.

TÍTULO V

**DE LAS RELACIONES ENTRE EL GOBIERNO
Y LAS CORTES GENERALES**

DE LAS RELACIONES ENTRE EL GOBIERNO Y LAS CORTES GENERALES

MANUEL JIMÉNEZ DE PARGA CABRERA

PRESIDENTE EMÉRITO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I

Los constituyentes españoles de 1978 optaron por la fórmula de los regímenes parlamentarios. Como destaca Manuel ARAGÓN, con las pertinentes matizaciones, estamos ante una Monarquía parlamentaria como forma del Estado (Cfr. ARAGÓN REYES, Manuel, «La Corona», en *España siglo XXI*, tomo 2, págs. 99 y ss., Madrid, 2008).

A diferencia de la orientación asamblearia del parlamentarismo diseñado por la Constitución de nuestra Segunda República, el texto de 1978 está basado en la preocupación por la fortaleza del Gobierno y la estabilidad del mismo.

II

Recordemos algunos rasgos notables de la Constitución de 1931 (Cfr. RAMÍREZ JIMÉNEZ, Manuel, «Comentario introductorio al Título V», en ALZAGA VILLAAMIL, *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tomo VIII, págs. 669 ss.; RAMÍREZ ha desarrollado su interpretación en varios y valiosos estudios posteriores).

Primer rasgo del régimen de 1931. Por lo que se refiere a la jefatura del Estado, el Presidente de la República derivaba su legitimidad del Legislativo; era elegido por las Cortes y un número de compromisarios igual al de diputados (art. 68). Además, el Presidente de la República podía ser destituido antes de la expi-

ración de su mandato (de seis años) por una asamblea similar a la que lo elegía y a propuesta de las tres quintas partes de los miembros del Congreso (art. 82).

Segundo. En un sistema parlamentario el contrapeso de la exigencia de responsabilidad política del Gobierno es la posibilidad de disolución anticipada de las cámaras. Pues bien, la Constitución de la Segunda República limitaba la facultad de disolver las Cortes al Presidente de la República en virtud del muy famoso art. 81: el Presidente podría disolver dos veces como máximo durante su mandato y con el riesgo de que, en caso de segunda disolución, el primer acto de las Cortes sería examinar y resolver la necesidad del decreto de disolución de las anteriores, de tal manera que si la mayoría absoluta de las Cortes estimaba que dicha disolución no habría sido necesaria, esto ocasionaba la destitución del Presidente. Mecanismo que no se quedó en el ámbito de lo teórico, sino que, en virtud del mismo (no entraré ahora en la discusión de si fue o no correctamente interpretado y aplicado), resultó apartado de la presidencia don Aniceto ALCALÁ ZAMORA.

Tercero. Todos y cada uno de los miembros del Gobierno eran responsables ante el Congreso: solidariamente, en cuanto a la política del Gobierno, e individualmente en cuanto a su propia gestión ministerial (art. 91).

Cuarto. Las facultades de control del Parlamento eran amplias. La Cámara podía reque-

rir la presencia del presidente del Consejo y de los ministros en cualquier momento para explicar su política y éstos no podían excusarse (art. 63). El Congreso podía provocar la destitución de un ministro o la dimisión del Gobierno mediante la aprobación de un voto de censura que, si bien estaba regulado con algunas precauciones en el art. 64 (mínimo de firmas para su presentación, plazo para su discusión y mayoría absoluta para su aprobación), fue un modo de control amenazante sobre los diferentes Gobiernos.

Quinto. Algunos otros mecanismos reforzaban a la Cámara frente al ejecutivo: autoconvocatoria de las Cortes, fijación de un mínimo de funcionamiento anual, Diputación Permanente...

Sexto. Además, la Constitución extremaba el celo en la reserva de las facultades normativas al Poder Legislativo. La autorización por parte del Congreso al Gobierno para legislar por decreto sobre materias reservadas al poder legislativo era regulada con recelo en el art. 61 y lo mismo ocurría con los decretos del Presidente de la República (art. 80).

Estos rasgos asamblearios del parlamentarismo de nuestra Segunda República son más una plasmación tardía del parlamentarismo decimonónico que un ejemplo propio del siglo xx, siglo de la emergencia y predominio, ya sea por razones técnicas, ya por razones políticas, del Poder Ejecutivo.

III

A diferencia de lo que ocurre con el repaso de la Constitución de 1931, el examen del Título V del Texto de 1978 (arts. 108 y 116) nos lleva a la conclusión de que la vigente forma de Gobierno es la parlamentaria, si bien matizada por la voluntad de reforzamiento de la figura del Presidente del Gobierno, en la línea del Canciller de la Ley Fundamental de Bonn (arts. 65 y ss. de dicha Ley fundamental). En tal sentido, cabe destacar que la investidura la obtiene, no el Gobierno como órgano colegia-

do, sino únicamente el candidato a la Presidencia del Gobierno (art. 99.2 CE). Para el diseño de la candidatura se prevé que el Rey abra una ronda de consultas con los representantes de los grupos políticos con representación parlamentaria, tras lo cual presentará el nombre del candidato a través del Presidente del Congreso de los Diputados (art. 99.1 CE). Si en la primera votación no alcanza la mayoría absoluta del Congreso, el mismo candidato deberá presentarse en el plazo de cuarenta y ocho horas para una segunda votación (art. 99.3 CE), en la que se considerará otorgada la confianza si obtiene el voto favorable de la mayoría simple. En caso contrario, el Rey volverá a celebrar una ronda de consultas y repetirá el procedimiento hasta que transcurra dos meses desde la primera votación. Si se agota este último plazo sin que se produzca la investidura de ninguno de los candidatos propuestos, se produce disolución de las Cámaras y convocatoria de nuevas elecciones. La disolución tiene lugar mediante decreto regio, refrendado por el Presidente del Congreso y de alguna manera se interpreta como una especie de sanción institucional a la incapacidad política de las Cortes Generales (art. 99.5 CE).

Una vez concedida la confianza, ésta se mantiene mientras que no se apruebe una explícita votación que comprometa la responsabilidad política del Gobierno y que conllevará la caída de la totalidad del mismo. Se trata de la «moción de censura» que nuestros constituyentes racionalizaron de conformidad con el esquema ya clásico que teorizó B. MIRKINE GUETZEVITCH, estableciendo un plazo de cinco días entre la propuesta y la votación; posibilidad de presentación, dentro de los dos primeros días de cualquier otra moción alternativa; aprobación solamente en el caso del voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros del Congreso a propuesta realizada al menos por la décima parte de los diputados, motivada y escrita, con prohibición de que los firmantes, en caso de que fracasen, puedan promover otra moción en el mismo período de sesiones. Pero más que todos estos datos, interesa destacar que se acoge el modelo ale-

mán de la llamada «moción de censura constructiva», es decir, que se exige la presentación de un candidato alternativo a la Presidencia del Gobierno, inspirándose en el art. 67 de la Ley Fundamental de Bonn. Todo lo cual revela la preocupación de los constituyentes por prevenir el peligro de las consecuencias negativas del control parlamentario y la consiguiente inestabilidad gubernamental, intentando que pudieran funcionar ejecutivos estables aunque fueran minoritarios (art. 113 CE).

El Presidente del Gobierno, además, puede intentar redefinir su propio programa o la política general y al mismo tiempo buscar una mayoría diferente que lo apoye en el Congreso proponiendo una «cuestión de confianza» (art. 112 CE), que la Constitución considera otorgada cuando vote favorablemente la mayoría simple del Congreso (Cfr. GONZÁLEZ-TREVIAÑO, Pedro, *La cuestión de confianza*, McGraw-Hill, Madrid, 1996).

IV

De esta manera, las posibilidades de control parlamentario, ampliamente reconocidas a las minorías en ambas Cámaras (artículos, 109, 110 y 111 CE, relativos a los derechos de requerir información y presencia del Gobierno, de formular preguntas y de presentar interpelaciones en el ejercicio de las funciones de control de ambas Cámaras) están limitadas, en cuanto al cese del Gobierno, que difícilmente se produce sin que medien elecciones generales.

La moción de censura constructiva se ha presentado solamente dos veces y en ninguna de ellas se aprobó. Ha resultado más relevante el poder de disolución de una o de ambas Cámaras que tiene el Presidente del Gobierno. A éste le corresponde la exclusiva responsabilidad de la disolución discrecional o libre prevista en el art. 115 CE, que puede referirse sólo a una de las Cámaras o a las dos, y que se configura con ciertos límites constitucionales. Así, por ejemplo, no puede tener lugar

cuando se esté debatiendo una moción de censura ni durante los estados de alarma, excepción o sitio, ni hasta que no haya pasado un año desde la última disolución discrecional; esto es, excluyendo la disolución automática prevista en el art. 99.2 CE. El decreto de disolución, que siempre será firmado por el Rey, pero refrendado por el presidente del Gobierno, deberá contener la fecha de las siguientes elecciones.

El papel de las Cortes Generales se completa con el control de las mismas sobre la potestad normativa del Gobierno, llevando a cabo la convalidación o «derogación» de los Decretos-Leyes (art. 86 CE) así como de la legislación delegada (arts. 82 a 85 CE) (Cfr. FRANCESC DE CARRERAS: «Las funciones de las Cortes Generales y también La participación democrática y las Cortes Generales», en *España siglo XXI*, tomo 2, págs. 135 y 413, Madrid, 2008).

En la práctica, como en la generalidad de las formas de Gobierno parlamentarias (y en concreto como ocurre en Italia, en cuyo modelo se inspiraron nuestros constituyentes en lo relativo al funcionamiento interno de las Cortes), la marcha del sistema viene asegurada por la conexión del Gobierno con la mayoría parlamentaria correspondiente a su mismo partido.

V

No se puede entender el funcionamiento del sistema si se olvida que nuestro sistema, como la generalidad de los sistemas parlamentarios actuales, es un Estado de partidos. (Sobre forma de Estado y forma de Gobierno, es interesante el enfoque metodológico que utiliza TENORIO SÁNCHEZ, Pedro J., en *Introducción al Derecho Constitucional comparado*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1997).

Y es que al entrar en vigor la Constitución de 1978, creíamos que iba a establecerse en España un *régimen parlamentario*. Lo dijimos

antes. Los principios de esa Norma Suprema y sus normas jurídico-políticas no ofrecían dudas al respecto. Es el Título V, precisamente, el que formaliza las relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales según los cánones del régimen parlamentario. Sin embargo, lo que hoy existe y funciona en nuestro país es un *presidencialismo heterodoxo*, o, si se prefiere otra denominación, un *parlamentarismo desfigurado* por la posición destacada en el mismo del Presidente del Gobierno.

Varios factores han contribuido a esta deformación del modelo constitucional. En la presente circunstancia política, tanto en España como en otros sitios donde la realidad se halla configurada por reglas de corte parlamentario, el régimen resultante pierde parte de la imagen constitucional, o puede perderla. Los esquemas elaborados en tiempos históricos lejanos no resisten siempre, sin quedar desbordados, la presencia de las fuerzas que operan en el siglo XXI. El actual es *otro mundo*, con sus condicionantes nuevos, con sus agentes y sus actores distintos. El que interviene como autor ha de registrar la posible mutación.

VI

En los actuales regímenes parlamentarios la figura del «premier», o jefe del Gobierno, es la pieza esencial. Tanto protagonismo ha adquirido que los restantes personajes de la escena son meros segundones, formando a veces un coro de repetidores de los discursos. El «premier» es la voz y los demás son el eco. No importa demasiado, a efectos de la descripción realista, que las Constituciones proclamen la supremacía de los Parlamentos. Es lo que hace la española en sus arts. 108 a 114. En la práctica cotidiana las asambleas representativas se convierten en *cámaras de registro*. El régimen se vertebra y funciona en torno al jefe del Gobierno, líder del partido mayoritario, y los poderes del protagonista son tales que superan a los de los Presidentes en los regímenes calificados de presidenciales. El *parlamentarismo formal es un presidencialismo en la realidad*.

VII

La *relación entre representantes y representados, entre gobernantes y gobernados*, ha cambiado radicalmente en los últimos años, y las consecuencias de esta mutación se notan en el funcionamiento del régimen parlamentario. Gracias a la aparición, en el universo político, de la radio y la televisión, como medios de movilización de voluntades ajenas (o sea, instrumentos de acción política), el ciudadano, después de otorgar su representación a un candidato, o a una lista de candidatos (acto electoral), continúa asistiendo al espectáculo e interviniendo de alguna manera directamente en el mismo. No es una presencia a través del representante, diputado o senador. Los salones de sesiones, en los Parlamentos, ya no son los únicos lugares para debatir los asuntos e intentar solucionarlos. En el gran espacio cubierto por los medios de comunicación, los gobernados ejercen ese «derecho de vista», al que se refería BOURDIEU, y se forman su propia opinión de los gestores públicos. *Es la forma contemporánea de la democracia directa*.

Tal modo de conectar gobernantes y gobernados perjudica a los Parlamentos. Cuando el diputado o el senador suben a la tribuna de oradores no se dirigen exclusivamente a quienes están en la sala. Si la radio y la televisión se hallan transmitiendo la sesión, el discurso político tiene como destinatarios preferentes los radioyentes y los telespectadores. En cierto modo, el parlamentario se desinteresa de la reacción próxima y busca la adhesión a sus palabras de los que se encuentran fuera, algunos de ellos a centenares de kilómetros de distancia.

VIII

La aparición de los *líderes políticos* es fruto natural de este *nuevo modo de relacionarse gobernantes y gobernados*. La personalización del poder —fenómeno estudiado con detenimiento por la politología— no tenía cabida en el régimen parlamentario, diríamos

«clásico». Tengamos en cuenta ese otro factor que impulsa la transformación del parlamentarismo hacia el presidencialismo.

La relación entre representantes y representados en los regímenes políticos contemporáneos es la propia del mundo de *televisación del poder*. Sin embargo, en Italia, Bélgica y Holanda, por citar naciones de especial significación, el sistema de partidos no facilita la formación de mayorías de una sola organización en el Parlamento, teniendo que acudir a coaliciones entre varios, las cuales, por sus frecuentes disputas internas, no garantizan la estabilidad del Gabinete. El Parlamento sigue siendo, en estos países, el foro político de las grandes decisiones. En cualquier momento, una moción de censura puede prosperar y una votación de confianza puede resultar rechazada.

Por tanto, ni en Italia, Bélgica ni Holanda, sería adecuado calificar lo existente como un régimen de Gabinete. Los líderes nacionales se ven obligados a competir entre sí, sin alcanzar ninguno de ellos el protagonismo necesario para apreciar en el régimen los rasgos definitorios del presidencialismo. Son, como querían los ingleses del siglo XIX, *primus inter pares*, con vigencia temporal y limitada de la preeminencia.

IX

En el *actual régimen español*, el Presidente del Gobierno disfruta de un estatuto político superior al descrito para él en la Constitución de 1978. Tiene más poderes y los controles a su tarea son menos eficaces. El Presidente es, sin duda, la institución medular.

El *sistema electoral*, con listas cerradas y bloqueadas, deja en manos de los comités centrales de los partidos la designación de los candidatos. La Constitución exige (art. 6) que los partidos tengan una estructura interna democrática y un funcionamiento democrático. Pero tal norma se incumple. Ahora son «partidos de empleados».

La *práctica electoral*, a partir de la campaña preparatoria de los primeros comicios democráticos, el 15 de junio de 1977, se orientó por la senda de la espectacularidad, con gastos fabulosos de propaganda y centrandolo cada partido su estrategia en un dirigente, presentado al gran público como *líder nacional*. No se buscaron personalidades con arraigo en las circunscripciones electorales, sino que las siglas de los partidos, avaladas por el líder nacional, constituyeron (y constituyen) la oferta.

En 1977 y en 1979, Adolfo SUÁREZ, al frente de UCD, ganó la mayoría relativa de los escaños del Congreso, asumiendo la jefatura del Gobierno. No fue nunca un *primus inter pares*, ni en el partido ni en el Gabinete. Actuó como líder y cuando un sector de UCD le negó ese carácter, se inició la descomposición interna que terminaría con la muerte del partido.

A partir de la entrada en vigor de la Constitución, el 29 de diciembre de 1978, la mayoría relativa que apoyaba en el Congreso al presidente SUÁREZ no era suficiente para asegurar la estabilidad del Gobierno. Pero fuera del Congreso, en aquella época el liderazgo de SUÁREZ —aceptado por los suyos y por los otros, como ocurre con todos los auténticos liderazgos— reforzaba extraordinariamente su estatuto político ante los diputados de la Oposición. Las mociones de censura, aunque fuesen constitucionalmente posibles, no prosperarían, siendo su único efecto acentuar las divisiones internas de la mayoría.

Un parlamentarismo auténtico no funcionó entre 1978 y 1981. El Presidente del Gobierno, en el seno del Gabinete, impuso sus decisiones. Actuó como ganador de las elecciones y recordando a ministros y diputados de UCD que gracias a él ocupaban sus puestos. Los conatos de indisciplina en el grupo parlamentario se solucionaron, en un primer momento, sin dificultades, pues los diputados eran conscientes de que fuera de las listas cerradas y bloqueadas de la próxima oportunidad, no había salvación política. Dentro del Gabinete,

la preeminencia del Presidente se tradujo en cambios frecuentes y remodelaciones varias, llegándose a una cifra alta de ex ministros de SUÁREZ.

Presidente de UCD con plenitud de atribuciones, Presidente del Gobierno con respaldo suficiente en el Congreso de los Diputados, y líder nacional dotado de cualidades excepcionales para la comunicación directa con los ciudadanos a través de la televisión, Adolfo Suárez no se comportó nunca como el Primer Ministro de un régimen parlamentario. Sus Gobiernos fueron presidencialistas y el régimen político en su totalidad no llegó a configurarse como parlamentario.

X

Después de la presidencia de SUÁREZ, el régimen parlamentario tampoco se realizó. Acaso

pudo aparecer tímidamente en el breve mandato de CALVO SOTELO. *Pero todas las circunstancias políticas que favorecen los presidencialismos se han dado aquí.* Los partidos políticos —insisto en ello— han degenerado en «partidos de empleados». La legislación electoral no facilita sino que impide, que el Congreso de los Diputados sea una imagen fiel de la totalidad de España.

El estudio completo de los factores del presidencialismo real en España, bajo la apariencia constitucional de un régimen parlamentario, nos llevaría a ocuparnos de todos los «supuestos» de la presente solución política. El legado histórico del franquismo es más condicionante, en cuanto usos, hábitos y costumbres, de lo que a veces se piensa. Nuestra cultura política favorece los liderazgos. La personalización del poder quizás fuese inevitable después de los cuarenta años de franquismo.

SITUACIÓN ACTUAL DE LAS RELACIONES ENTRE EL GOBIERNO Y LAS CORTES GENERALES

JUAN JOSÉ GONZÁLEZ RIVAS

PRESIDENTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I

Manuel JIMÉNEZ DE PARGA, lamentablemente fallecido hace ya unos años, redactó el trabajo introductorio de este Título V de la Constitución de 1978 con motivo de la primera edición de este libro de comentarios. En él expone con brillantez la esencia de la forma parlamentaria de gobierno que instituye nuestra Carta Magna. Para ello describe primero las previsiones constitucionales que ordenan las relaciones entre el Parlamento y el Gobierno. Más tarde, destaca que la forma de gobierno no solo viene determinada por la letra de la Constitución, sino que también algunos factores de la realidad constitucional efectiva han contribuido decisivamente a modular el sistema.

Algunas de estas circunstancias de la realidad constitucional han mutado recientemente, pero con visos de cierta permanencia. Ello hace necesario, para seguir la senda iniciada por JIMÉNEZ DE PARGA, considerar la influencia de este nuevo modo de ser de la realidad constitucional en la configuración de las relaciones entre el Gobierno y el Parlamento. Me refiero a que las elecciones generales de 20 de diciembre de 2015 y las de 26 de junio de 2016 han conformado un Congreso de los Diputados muy dividido, con las consiguientes dificultades, inéditas hasta ahora durante la vigencia de la Constitución de 1978, para encontrar una mayoría parlamentaria que fuera suficiente para investir al Presidente del Gobierno y que, una vez investido este, garantizase que el Gobierno pueda desempeñar de

un modo estable su función de dirigir la política interior y exterior, que incluye de un modo especial la política legislativa.

Estos nuevos factores presentes en la realidad constitucional adquieren una gran relevancia en este contexto desde diversos puntos de vista, y en todo caso: a) en cuanto al trámite de investidura; b) respecto al Gobierno en funciones, con el objetivo de determinar cómo esta situación incide en sus relaciones con el Parlamento, y c) en materia de veto presupuestario del Gobierno, con atención especial a los conflictos de atribuciones constitucionales a los que ha dado lugar.

II

La XI Legislatura comenzó el 13 de enero de 2016 con la constitución de las Cámaras que integran Parlamento y, a diferencia de las legislaturas anteriores, concluyó con la disolución de dichas Cámaras el 3 de mayo siguiente sin que el Congreso de los Diputados hubiese logrado la investidura de un Presidente del Gobierno. En la XII Legislatura, que se inició el 19 de julio de 2016, continuó este bloqueo durante más de tres meses hasta el 29 de octubre de 2016, apenas días antes de que, por el transcurso del plazo de 2 meses desde la primera votación de investidura que dispone al efecto el art. 99.5 CE, quedaran de nuevo disueltas las Cortes Generales sin que el Congreso de los Diputados hubiera cumplido su función constitucional de investir un Presidente del Gobierno.

La nueva situación verificada en la XI y XII Legislaturas ha puesto de relieve que el art. 99 puede no funcionar si no va acompañado de una interpretación constitucional adecuada. Primero, porque no obliga a ningún candidato a aceptar el ofrecimiento del Rey de presentarse a la investidura, de modo que, como es lógico, aquel que no vea posibilidad alguna de obtenerla puede negarse a aceptar tal ofrecimiento. Segundo, porque no contempla cláusulas de cierre, con lo que la falta de un candidato que admita presentarse a la investidura bloquea *sine die* el funcionamiento de la forma de gobierno parlamentaria, para la que es crucial que se invista a un Presidente del Gobierno como primer paso para que haya un Gobierno en plenitud de funciones.

Esta sucesión de acontecimientos atestigua que el art. 99 conlleva implícitamente un deber de las fuerzas con representación parlamentaria de generar un pacto que allane el camino para que el Rey, a través del Presidente del Congreso de los Diputados, pueda presentar un candidato a la investidura. La ausencia de este pacto, como ha quedado demostrado, impide el debido funcionamiento de la forma de gobierno parlamentaria y aboca a la situación anómala de convocar nuevas elecciones en un corto periodo de tiempo. La doctrina más autorizada [cfr. M. ARAGÓN REYES (2017), «Legislatura fallida e investidura convulsa. Análisis y consecuencias», *REDC*, núm. 109, pág. 23] añade que, dada su transcendencia para la plena actuación de la forma de gobierno que diseña la Constitución de 1978, la gestación de ese pacto debe ser promovida y estimulada y que esta función constitucional corresponde al Presidente del Congreso de los Diputados, tanto por su posición institucional al frente de la Cámara como por su condición de interlocutor privilegiado del Rey en este proceso de conformación de un candidato a la investidura del Congreso de los Diputados.

III

El Gobierno ha estado en funciones durante un periodo de tiempo, desde que se disolvie-

ron las Cortes Generales de la X Legislatura el 26 de octubre de 2015 hasta que el 29 de octubre de 2016 fue investido Mariano Rajoy como Presidente del Gobierno por el Congreso de los Diputados de la XII Legislatura.

Adquiere gran importancia desde la óptica de las relaciones Gobierno-Cortes Generales que durante una parte importante de ese periodo de tiempo (primero desde el 13 de enero de 2016 al 3 de mayo de 2016 y después desde el 19 de julio de 2016 al 29 de octubre de 2016) haya convivido un Gobierno en funciones con unas Cortes Generales ya constituidas, y por ello, en principio, con plenitud de poderes, lo que puede significar distorsiones en el desarrollo de las relaciones recíprocas que caracteriza el sistema de gobierno.

La Constitución de 1978 se limita a prever en el art. 101.2 que «el Gobierno cesante continuará en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno». Aunque la expresión «continuará en funciones» encierra implícitamente límites a los poderes del Gobierno, estos solo se explicitan en el art. 21 de la Ley del Gobierno (Ley 50/1997), cuyo ap. 3 dispone que «limitará su gestión al despacho ordinario de los asuntos públicos... salvo casos de urgencia debidamente acreditados o... razones de interés general», precisando en otros apartados algunas facultades que expresamente tiene excluidas. De este modo, y por lo que hace a las relaciones con las Cortes Generales, el Gobierno en funciones no podrá aprobar el proyecto de ley de Presupuestos Generales del Estado ni tampoco presentar proyectos de ley. Estos límites, aunque es cierto que reducen como efecto reflejo las posibilidades de actuación de las Cortes Generales en materia presupuestaria y legislativa, afectan muy especialmente al Gobierno en funciones, cuya capacidad de dirigir la política interior y exterior merman notablemente, debilitando su posición en las relaciones recíprocas con las Cortes Generales.

Este período de tiempo ha permitido avanzar en la determinación de las facultades que

puede ejercer el Gobierno en funciones. Queda claro que el Presidente del Gobierno en funciones podrá promover recursos de inconstitucionalidad, pues los cinco que ha presentado (RR. II. 37, 1643, 2255, 2501 y 4942, todos de 2016) han sido admitidos a trámite. Lo mismo se puede decir del veto presupuestario contemplado en el art. 134.6 CE, dado que mientras el Gobierno permaneció en funciones en la XII Legislatura, utilizó el trámite previsto en el art. 126 RCD en trece ocasiones, habiéndose pronunciado inicialmente en las SSTC 34/2018 y 26 de abril de 2018, que admiten el ejercicio de esta facultad aunque el Gobierno esté en funciones, si bien que, por las razones que luego se dirá, el Tribunal resuelve los conflictos de atribuciones en favor del Congreso de los Diputados.

Otra cuestión sobre la posición del Gobierno en funciones en relación con las Cortes Generales se refiere al alcance de la función de control del Gobierno que estas últimas tienen atribuida genéricamente en el art. 66.2 CE y de un modo más específico en los arts. 109 CE (recabar información del Gobierno), 110 CE (reclamar la presencia de miembros del Gobierno) y 111 CE (someter al Gobierno o cada uno de sus miembros a interpelaciones y preguntas). Solo en la XI Legislatura 24 solicitudes de comparecencia en Comisión *ex* art. 44 RCD dirigidas a miembros del Gobierno en funciones dejaron de celebrarse por incomparecencia, invocando este como justificación que las Cortes Generales no pueden ejercer su función de control político sobre un Gobierno en funciones, ya que entre ellos no media la necesaria relación de confianza que se establece en virtud de la investidura del Presidente del Gobierno por el Congreso de los Diputados.

IV

Hasta el año 2015 solo se habían promovido dos conflictos de atribuciones entre órganos constitucionales del Estado de los previstos en los arts. 73 y ss. LOTC, los cuales fueron resueltos por la STC 45/1986 (deducido por

el CGPJ frente a Congreso y Senado) y por la STC 234/2000 (planteado por el Gobierno contra el Senado). En el contexto de la conformación fragmentada del Congreso de los Diputados que estamos considerando en este comentario, examinaremos los conflictos de atribuciones 355 y 356 de 2017, que aunque traen causa de hechos acaecidos mientras el Gobierno estaba en funciones, esta circunstancia no es determinante de su resolución.

Ambos conflictos surgen de las discrepancias entre el Gobierno y el Congreso de los Diputados acerca del alcance del veto presupuestario que el art. 134.6 CE reconoce al primero respecto de las proposiciones de ley que se registren en el segundo y que puedan interferir en el presupuesto aprobado, ya sea reduciendo los ingresos ya sea aumentando los gastos. Se constata, como se indicó en el epígrafe anterior, que el Gobierno ha incrementado durante la XII Legislatura el uso que hace de esta facultad, lo que sin duda tiene alguna conexión con este factor de la realidad constitucional que es la composición fragmentada del Congreso de los Diputados que arrojaron los comicios de 26 de junio de 2016, pues en otras legislaturas la mayoría estable que sostenía al Gobierno hacía innecesario el uso de esta facultad.

La Mesa del Congreso de los Diputados, a raíz de la disconformidad del Gobierno sustanciada por la vía prevista en el art. 126.2 RCD, ha inadmitido a trámite con regularidad las proposiciones de ley objetadas por el Gobierno. Sin embargo, en dos Acuerdos de 18 de octubre de 2018, a pesar de la disconformidad gubernamental, decidió admitir y consiguientemente dar lugar a la toma en consideración por el Pleno de sendas proposiciones de ley, una de ellas sobre la suspensión del calendario de implantación de la LOMCE y la otra acerca de la modificación del art. 42.1 LET para garantizar la igualdad en condiciones laborales de los trabajadores subcontratados, decisiones contra las que el Gobierno suscitó los conflictos de atribuciones que han sido desestimados por el Tribunal Constitucional.

La STC 223/2006 se pronunció sobre un asunto próximo. Resolvió el recurso de inconstitucionalidad promovido contra los arts. 111.1 y 121.4 del Reglamento de la Asamblea de Extremadura. Estos preceptos reglamentarios disponían que, en caso de desacuerdo de la Mesa de la Cámara (por entenderla manifiestamente infundada) con la disconformidad del Consejo de Gobierno respecto a la tramitación de una proposición de ley de la que se dice que supone aumento de créditos o disminución de ingresos presupuestarios del ejercicio en curso, será el Pleno de la Cámara quien resuelva la discrepancia en debate de totalidad.

El Tribunal estimó el recurso afirmando: «el órgano facultado estatutariamente para decidir si se produce o no dicha alteración es el Gobierno, al que se le supone, en general, dotado de la confianza de la Cámara tras su obtención mediante los mecanismos de investidura; y al que ha de reconocerse, en particular tras la aprobación de los presupuestos, el apoyo necesario para poder desarrollar el programa económico anual expresado en aquellos. Dentro del período de vigencia de un presupuesto siempre podrá la Asamblea, en caso de discrepancia grave, retirar la confianza parlamentaria al Gobierno utilizando al efecto los instrumentos de censura que están a su disposición. Lo que no es compatible con un «sistema parlamentario racionalizado», como el previsto en el Estatuto de Autonomía de Extremadura, es pretender gobernar mediante decisiones parlamentarias puntuales que alteren los términos de la relación de confianza establecida entre Asamblea y Consejo de Gobierno en el campo presupuestario, que es donde se expresan con mayor claridad las prioridades de la acción política en general y de la gubernativa en particular» (FJ 6). Posteriormente, la STC 242/2006 (Sala 1.^a), decidiendo un recurso de amparo parlamentario, afirmó que «en un caso como el presente, que se refiere a una disconformidad del Gobierno respecto a la tramitación de una proposición de Ley... es posible un pronunciamiento de la Mesa sobre el carácter manifiestamente infundado del criterio del Gobierno», el cual deberá tener en cuenta su eventual inci-

dencia limitadora de los derechos de los parlamentarios *ex art. 23 CE*.

La STC 34/2018, con expresa cita de la STC 242/2006, FJ 6, admite en el FJ 4 que en estos casos «... es posible un pronunciamiento de la Mesa sobre el carácter manifiestamente infundado del criterio del Gobierno» y, más tarde, en el FJ 7 afirma, sobre el contenido de ese pronunciamiento, que «la Mesa podrá rechazar la falta de conformidad del Ejecutivo en aquellos casos en los cuales el Gobierno no haya concretado la afectación al Presupuesto. En dicho examen, la Mesa no puede sustituir la apreciación del Gobierno, sin que tampoco deba, como regla general, obstaculizar el ejercicio de la facultad del Gobierno (STC 242/2006, FJ 6), pues del mismo modo que hemos reiterado que la Mesa ha de velar por los derechos fundamentales de los parlamentarios, derivados del art. 23 CE (por todas, con cita de otras, STC 11/2017, FJ 5), en este caso su actuación debe salvaguardar, además y al mismo tiempo, la competencia que, en exclusiva, atribuye el art. 134.6 CE al Gobierno, de acuerdo con el principio de lealtad institucional que ha de presidir las relaciones entre órganos constitucionales».

La sentencia dictada en el conflicto de atribuciones núm. 356-2017, de fecha 26 de abril de 2018, reconoce que los destinatarios de la iniciativa legislativa son empresas privadas y sus trabajadores, por lo que la reforma no puede afectar a créditos de personal o de otro tipo autorizados en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para cumplir las obligaciones respecto del personal laboral del sector público estatal, no tratándose de una consecuencia directamente ligada a la aprobación de la proposición de ley de reforma del art. 42.1 del Estatuto de los Trabajadores, pues dicha reforma no establece ninguna responsabilidad para la empresa principal.

El Tribunal, en este caso, concluye reconociendo que la decisión de la Mesa del Congreso no menoscaba la competencia reconocida al Gobierno por el art. 134.6 CE y desestima el conflicto.

Artículo 108

El Gobierno responde solidariamente en su gestión política ante el Congreso de los Diputados.

Sumario: I. Algunas referencias a la formación del precepto constitucional. II. Relevancia del precepto constitucional. III. El alcance del art. 108 CE. IV. Listado bibliográfico sistematizado. 1. Obras generales. 2. Organización parlamentaria y control. A) Control parlamentario y forma de gobierno. B) Minorías parlamentarias y control. C) Responsabilidad individual de los miembros del Gobierno. D) Parlamentario individual y control. E) El control parlamentario ejercido en Comisión. Las Comisiones de Investigación. F) El control desde la perspectiva gubernamental. G) Parlamento abierto y transparencia. H) Control parlamentario y Gobierno en funciones. 3. Medios extraordinarios de control. A) La moción de censura. B) La cuestión de confianza. 4. Medios ordinarios de control. A) Información. B) Comparecencias. C) Preguntas. 5. Ámbitos en los que se proyecta el control parlamentario. A) Nombramiento de cargos. B) Presupuestos. C) Cuentas públicas. D) Decretos-leyes. E) Medios de comunicación social. F) Suspensión individual de derechos. G) Indulto. H) Política exterior y europea.

FRANCISCO JAVIER MATÍA PORTILLA

PROFESOR DE DERECHO CONSTITUCIONAL
UNIVERSIDAD DE VALLADOLID

I. ALGUNAS REFERENCIAS A LA FORMACIÓN DEL PRECEPTO CONSTITUCIONAL

El art. 108 CE parece muy sencillo en su estructura. Sin embargo, no lo era tanto el art. 86 del Anteproyecto Constitucional (*BOC* núm. 44, pág. 683), ni su tramitación posterior, que examinamos a la luz del libro editado por Fernando SAINZ MORENO (*Constitución...*). Además de un primer apartado prácticamente idéntico al vigente art. 108 CE, se incluían otros dos en los que podía leerse:

«2. En cada periodo ordinario de sesiones del Congreso se celebrará al menos un debate sobre la orientación política general del Gobierno.

3. El Gobierno puede formular declaraciones de política general ante ambas Cámaras.»

No deja de ser paradójico que la pretensión de suprimir estos dos apartados, expresada a través de la enmienda promovida por el Diputado de Alianza Popular Carro Martínez (I, pág. 126), fracasara y fuera rechazada en el Informe de la Ponencia creada en el seno de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso de los Diputados (*BOC* núm. 82, de 17 de abril de 1978) y que, finalmente, habiendo superado estos dos apartados todos los avatares a los que enseguida haremos referencia, fueran suprimidos sin ninguna justificación por la Comisión Mixta Congreso-Senado.

En efecto, el Dictamen de la Comisión Mixta Congreso-Senado sobre el Proyecto de Constitución (*BOC* núm. 170, pág. 3720) confiere al (ahora) art. 108 CE los perfiles que hoy conocemos. Desaparecen los dos últimos apartados, quedando únicamente el primero que contiene una errata (el Gobierno responde *de* su gestión, y *no en* su gestión), que se arrastra

a partir del dictamen del Anteproyecto de Constitución aprobado por la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso (*BOC* núm. 121, de 1 de julio de 1978, pág. 2608, compárese con *BOC* núm. 44, de 5 de enero de 1978, pág. 683 y núm. 82, de 17 de abril, pág. 1633).

Puede ser interesante realizar un breve recorrido sobre las enmiendas que afectaban a los ap. 2.º y 3.º del artículo en examen. Comenzando por el primero de ellos, en el que se afirmaba que «en cada periodo ordinario de sesiones del Congreso se celebrará al menos un debate sobre la orientación política general del Gobierno» el Senador Carazo Hernández defendió que dicho debate sobre la orientación política general del Gobierno debía realizarse «ante las Cámaras reunidas conjuntamente». Más moderada, aunque en la misma dirección, se muestra la enmienda promovida por Entesa dels Catalans, que propone una formulación alternativa para el ap. 2 del art. 101 del Proyecto de Constitución, porque «no debe excluirse al Senado» (III, pág. 2950). Ninguna de estas iniciativas prosperó en el debate en Comisión de Constitución del Senado (cfr. *DSS*, núm. 50, pág. 2375), en esa misma sesión fue ignorada una enmienda en la que UCD solicitaba la supresión del ap. 2.º por entender que «no existe una necesaria relación entre responsabilidad ante las Cámaras y exigencia de debates anuales, sobre política general» (III, pág. 2950/36).

En relación con el ap. 3.º en el que se indicaba, en el Anteproyecto de Constitución, que «el Gobierno puede formular declaraciones de política general ante ambas Cámaras», debemos comenzar nuestro relato por la enmienda impulsada por el Diputado López Rodó, parlamentario de Alianza Popular, en el que se sugería la sustitución de la expresión «ambas Cámaras», recogida en el ap. 3 del art. 86, por la de «una y otra Cámara», para «precisar que no se trata de una sesión conjunta de ambas Cámaras, sino de sesiones por separado de cada Cámara» (I, pág. 406). Esta propuesta fue recogida en el Informe de la Ponencia que posteriormente la Comisión de

Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso de los Diputados respaldó (*BOC* núm. 82, de 17 de abril de 1978, pág. 1571), concretándose en el art. 101 del Dictamen (*BOC* núm. 121, de 1 de julio de 1978, pág. 2609), y que acabó recibiendo el apoyo de una abrumadora mayoría del Pleno del Congreso (doscientos sesenta y cuatro votos a favor y una sola abstención).

Ya en la Cámara Alta, UCD enmienda el ap. 3.º del (entonces) art. 101 CE porque considera más correcto que el Gobierno pueda realizar declaraciones de política general «ante una u otra Cámara o ante las dos Cámaras conjuntamente» (III, pág. 2950). Aunque UCD retira esta iniciativa, la asume como propia el Senador López Henares, que declina su derecho a defenderla, fracasando la misma en la votación celebrada en la duodécima reunión de la Comisión de Constitución del Senado celebrada el 6 de septiembre de 1978 (*DSS* núm. 50, pág. 2375).

El resultado se proyecta en el art. 107 del Dictamen de la Comisión de Constitución del Senado (*BOC* núm. 157, de 6 de octubre de 1978, pág. 3433), que conserva los tres apartados, con el único matiz de que se ha alterado, en el ap. 2.º, la expresión «ante ambas Cámaras» por «ante una y otra Cámara», merced a la enmienda realizada en su día por el Diputado Laureano López Rodó, a la que ya se ha hecho referencia. El Pleno del Senado realiza una votación de conjunto sobre los arts. 107 a 110 del Proyecto de Constitución, que son apoyados por ciento veinticinco votos (*DSS*, núm. 63, pág. 3160.). No existe, pues, ninguna propuesta de modificación del artículo que examinamos (*BOC* núm. 161, de 13 de octubre de 1978), aunque, como ya se ha indicado, la Comisión Mixta Congreso-Senado suprimirá, finalmente, los aps. 2.º y 3.º del art. 108 CE.

II. RELEVANCIA DEL PRECEPTO CONSTITUCIONAL

El art. 108 CE, que establece que «el Gobierno responde solidariamente en su gestión políti-

ca ante el Congreso de los Diputados», constituye el pórtico del Título V de la Constitución, en el que se regulan las relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales. La ubicación de este precepto nos permite entender que su contenido participa de dos notas. De un lado, su importancia es evidente, puesto que preside las relaciones entre los poderes ejecutivo y legislativo. De otro, su carácter general, puesto que resulta lógico pensar que los siguientes preceptos contenidos en el Título V de la Constitución desarrollarán y concretarán su alcance.

Comencemos por el examen de la relevancia del precepto constitucional. Este se limita a subrayar que el Gobierno es responsable ante el Parlamento. Estamos, sin ningún género de dudas, ante una de las piezas esenciales sobre las que se ha construido la forma de gobierno parlamentaria. La responsabilidad del Gobierno se canaliza a través de los mecanismos de control que las Cámaras pueden utilizar.

Antes de definir, aunque sea de forma esquemática, dichas técnicas de control, sería obligado recordar la muy sugerente hipótesis realizada en su día por FRANCISCO RUBIO LORENTE, cuando afirmaba que «no hay en rigor procedimientos parlamentarios de control porque el control es, simplemente, una perspectiva desde la que puede analizarse toda la actuación parlamentaria o una función que todo auténtico Parlamento desempeña mediante el ejercicio de toda su actividad» (en «El control...», pág. 220). Esta visión amplia del control parlamentario la encontramos en la propia jurisprudencia constitucional, en la que se ha llegado a afirmar que en la potestad reglamentaria de las Cámaras «se manifiesta la más intensa capacidad de control y de exigencia de responsabilidad sobre el Gobierno» [STC 71/1994, de 3 de marzo, FJ 3.b.)].

El tiempo no ha hecho sino dar la razón al profesor RUBIO. El Parlamento ha dejado de servir como medio de integración política, función que se concreta principalmente a través de la aprobación de la ley, por haber asu-

mido esta función los propios partidos políticos. Este fenómeno no puede servir, sin embargo, para cuestionar la relevancia que las Cortes Generales (o las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas) presentan, concebidas estas en su doble naturaleza de órganos constitucionales, que actúan bajo el principio de mayoría, y de instituciones, dimensión esta donde resulta esencial el trabajo y el protagonismo de las minorías. Esta distinción ha sido esbozada, en nuestra doctrina, en el «Prólogo» escrito por Manuel ARAGÓN REYES a uno de los libros de Paloma BIGLINO CAMPOS (en concreto, *Los vicios...*, págs. 10 y ss.) y retomada por el autor de estas líneas (en *Parlamentos...*, págs. 41 y ss.). Precisamente desde esta última perspectiva institucional es desde donde adquieren especial relieve todas y cada una de las categorías y funciones que ejercen, en la actualidad, los Parlamentos nacionales. Tal extensión del control parlamentario no es, por ejemplo, ajena ni a categorías clásicas (que merecen una lectura distinta de la que originó su instauración, como ocurre con el principio de reserva de ley —*ibidem*, págs. 39 y ss.—), ni a fenómenos modernos de adaptación de los Parlamentos a algunas de las manifestaciones en las que se evidencia la mayor influencia normativa de los Gobiernos actuales (por ejemplo, instaurando mecanismos específicos para ejercer un control efectivo sobre la actuación europea de sus Gobiernos).

Es importante subrayar que, frente a lo acaecido en el pasado, el control que el Parlamento ejerce tiene una naturaleza inequívocamente política. Como es bien sabido, no siempre fue así. El control parlamentario, que hunde sus raíces en el Derecho inglés, se articula, en un primer momento, sobre el Derecho penal, a través del *impeachment*. Origen histórico cuyos ecos se aprecian en nuestras Constituciones históricas de 1837, 1845 y 1876. Sin embargo, la propia naturaleza del Parlamento va convirtiendo, con el paso del tiempo, ese procedimiento penal en otro de corte político, que ha sido brillantemente examinado por Manuel ARAGÓN REYES (en «La in-

interpretación...», págs. 91-93). El cambio no es menor, ya que este tipo de control se articula sobre unos principios bien distintos, caracterizándose por ser subjetivo, basarse en razones de oportunidad política y ser ejercido por órganos políticos (y, por lo tanto, parciales), en ello se diferencia del control jurídico (ejercido por el Poder Judicial y, muy especialmente, por el Tribunal Constitucional), que es, según el mismo autor, un control objetivo (frente al elemento subjetivo del control político), basado en razones jurídicas (y no de oportunidad política), necesario (porque debe realizarse cuando se cumplen las condiciones previstas en el ordenamiento y se conecta con una sanción que, en su caso, será impuesta) y realizado por órganos imparciales, independientes, dotados de especial conocimiento técnico para entender de cuestiones de Derecho (en «La interpretación...», págs. 91-93; *vid.*, también, «El control...»).

Sin embargo, es legítimo entender que el art. 108 CE está pensando en algo más concreto que esa dimensión general que impregna todo el Derecho parlamentario, debiendo circunscribirse a un ámbito más estricto. Solamente así puede entenderse que el precepto no aluda a las Cámaras o a las Cortes Generales, sino que haga referencia, en exclusiva, al Congreso de los Diputados.

III. EL ALCANCE DEL ART. 108 CE

El precepto que examinamos contiene dos decisiones claras. La primera es que el Gobierno responde de forma solidaria, lo que excluye la posibilidad de exigencia de responsabilidades individuales a sus miembros. La segunda es que el control de la responsabilidad solidaria del Gobierno se residencia, en principio, ante el Congreso de los Diputados.

La decisión de que la responsabilidad política del Gobierno sea solidaria constituye una novedad en nuestra historia constitucional. El art. 91 de la Constitución Española de 1931 disponía que «los miembros del Consejo res-

ponden ante el Congreso solidariamente de la política del Gobierno, e individualmente de su propia gestión ministerial», en contraste con esta disposición, el vigente art. 108 CE opta por aludir, exclusivamente, a la responsabilidad solidaria. Tal decisión no es casual, en efecto, el Grupo Parlamentario Socialista de Catalunya enmendó el primer apartado del (entonces) art. 86 del Anteproyecto de Constitución, proponiendo una nueva regulación en la que se añadía el siguiente aserto: «Ante él [el Congreso de los Diputados] se exige asimismo la responsabilidad individual de los miembros del Gobierno por la gestión de sus departamentos» (I, pág. 256). Tal enmienda se razonaba porque «es preciso incluir la regulación de la responsabilidad individual de los miembros del Gobierno, inexistente en el anteproyecto». El Grupo Socialista del Congreso presentó otra enmienda en la misma dirección (I, págs. 202-203). Tales iniciativas no se vieron reflejadas en el Informe de la Ponencia de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso de los Diputados (*BOC* núm. 82, de 17 de abril de 1978, pág. 1571), y en el seno de la sesión celebrada por dicha Cámara el 6 de junio de 1978, el Diputado Martín Toval optó por retirar dichas enmiendas, sin justificar esta decisión (*DSCD* núm. 109, pág. 297).

La segunda opción por la que el constituyente se inclina es por residenciar dicho control ante el Congreso de los Diputados. Como en el caso anterior, es claro que dicha decisión fue conscientemente adoptada por los impulsores de la Constitución, ya que en el Senado se presentaron diversas enmiendas relacionadas con el art. 101 del Proyecto de Constitución con la pretensión de que la responsabilidad solidaria del Gobierno también fuera exigible ante el Senado (cfr. III, págs. 2762 y 2927). Sin embargo, es de justicia recordar que ninguna de estas enmiendas fue debatida en la Sesión de la Comisión de Constitución del Senado celebrada el 6 de septiembre de 1978 (*DSS* núm. 50, pág. 2375), por lo que el precepto fue aprobado por asentimiento.

¿Es irrazonable la opción del constituyente? No. Parece, más bien, que opta por aludir, en el precepto examinado, a la responsabilidad global del Gobierno, y no a la censura de alguna decisión concreta. Si se asume este enfoque se entiende perfectamente cuál es el alcance del art. 108 CE, en dicho precepto no se hace referencia ni al control parlamentario en sentido amplio (esto es, como perspectiva que impregna toda la actividad de las Cámaras) ni a las distintas técnicas y procedimientos a través de las cuales se ejercita el control parlamentario denominado *ordinario* (preguntas, interpelaciones y mociones; comisiones de investigación...), sino solamente a aquellos mecanismos *extraordinarios* que permiten censurar la continuidad del Gobierno.

Contemplado desde esta perspectiva, el art. 108 CE es el correlato lógico del art. 99 CE, puesto que, si el Gobierno nace de la confianza manifestada por el Congreso de los Diputados, es coherente que sea removido igualmente por su decisión (ya sea impulsando y aprobando una moción de censura o denegando la confianza solicitada por el Presidente del Gobierno —arts. 113 y 112 CE—), en estos casos, el ordenamiento jurídico impone los pasos a seguir cuando los controles citados se ejercen.

¿Excluye el art. 108 CE los mecanismos de control ordinario del Congreso? ¿Impide que el Congreso censure individualmente a un ministro? ¿Obsta el art. 108 CE al control que el Senado pueda ejercer sobre el Gobierno? Todas estas preguntas merecen una respuesta negativa. Para sostener esta opinión (en sí misma evidente, a nuestro juicio), hay abundantes argumentos. La propia Constitución contempla que «las Cámaras y sus Comisiones» (en plural) pueden (a) recabar información y ayuda «del Gobierno y de sus Departamentos» (art. 109), (b) reclamar la presencia «de los miembros del Gobierno» (art. 110.1 CE) y formular «preguntas e interpelaciones» al Gobierno y a «cada uno de sus miembros» (art. 111.1 CE). Abunda en la misma idea el art. 98.2 CE, cuando hace expresa referencia

a la competencia y «responsabilidad directa» de los ministros en la gestión de sus funciones. No cabe ninguna duda, entonces, de que los mecanismos de control ordinario pueden activarse en ambas Cámaras (y no solamente en el Congreso de los Diputados) y pueden referirse a la responsabilidad individual de los Ministros.

Un reflejo lógico de estos principios se proyecta en los Reglamentos del Congreso de los Diputados y del Senado (Títulos IX-XI y VI-VI-II, respectivamente), y en la costumbre de que se dedique una sesión en cada una de las Cámaras a ejercer el control ordinario sobre la actuación del Gobierno de forma semanal.

De hecho, es oportuno recordar que en los últimos años diversos titulares de Ministerios han sido reprobados por una Comisión parlamentaria (en la XII Legislatura, el Ministro del Interior en la correspondiente Comisión, *DSCD-C* núm. 41), o por los Plenos del Congreso [en la XII Legislatura han sido reprobados los Ministros de Justicia, de Asuntos Exteriores (en dos ocasiones), de Interior y de Hacienda, *DDSCD-P* núms. 53, 81 y 87] y del Senado (en la VII Legislatura, la Ministra de Fomento, *DSS-P* núm. 143). Lo relevante ahora es señalar que nadie ha defendido que, en el caso que nos ocupa, las Cámaras se hayan excedido en sus funciones. El control parlamentario es, por esencia, un control discrecional y que alcanza a la actuación del Gobierno y de sus Departamentos, como los casos que acaban de reseñarse acreditan, si bien tal práctica cuestiona, manifiestamente, el carácter solidario de la responsabilidad del Gobierno constitucionalmente previsto, recogido en el precepto constitucional objeto del presente comentario.

Esta experiencia nos permite profundizar un poco más en la distinción entre el control jurídico y el control político que el profesor ARAGÓN REYES ha expuesto en diversos estudios, ya citados en líneas anteriores. Si nos centramos ahora en el control político, podríamos entender que mientras que las consecuencias

de que se exija la responsabilidad solidaria del Gobierno, a través de las técnicas extraordinarias de control, vienen impuestas por el Derecho (formación de un nuevo Gobierno o dimisión necesaria del Presidente del Gobierno), los efectos que provoca el ejercicio del control parlamentario a través de los mecanismos ordinarios, sobre el Gobierno o sus miembros, son puramente políticos. Es el Presidente del Gobierno el único que puede sancionar políticamente, a través del cese, o no, al miembro del Gabinete que ha sido reprobado. Tal eventualidad no es más que el reflejo de la facultad del Presidente de designar a los Ministros, que serán nombrados por el Rey [arts. 62.e) y 100 CE], y de la opción de nuestra Constitución porque la confianza necesaria entre el Gobierno y el Parlamento se articule, exclusivamente, entre el Presidente del Gobierno (y no el Gabinete) y el Congreso de los Diputados (y no las Cortes Generales), estableciendo determinadas consecuencias jurídicas cuando la misma se rompe. Fuera de ese ámbito tan estricto, subsiste el control parlamentario (ejercido a través de los mecanismos ordinarios), pero sus consecuencias se limitan, por definición, al plano estrictamente político.

Dos consideraciones deben añadirse a la segunda edición de estos comentarios. La primera tiene que ver con la creciente importancia que han alcanzado en nuestro país la idea del Parlamento abierto y la exigencia de la transparencia el funcionamiento de nuestras instituciones políticas (y en otras). Ambos requerimientos pivotan, fundamentalmente, sobre un doble eje: mejorar la transparencia (mayor difusión de las actividades parlamentarias, incorporar una trazabilidad en los procedimientos parlamentarios, etc.) y que los ciudadanos tengan una presencia activa en el Parlamento (o puedan, incluso, actuar al margen de este mediante la importación de técnicas propias de modelos presidencialistas — revocatorio, interpelación directa por parte de ciudadanos a responsables políticos, etc.—). Así como el primer aspecto, el Parlamento abierto, no merece reproche alguno, el

segundo es discutible porque cuestiona el modelo de democracia representativa (de democracia, puesto que no cabe otra diferente), en efecto, cuestiona la naturaleza del mandato representativo de nuestros intereses, debilitando la posición de los representantes políticos y de los partidos políticos, que son una pieza esencial de nuestro modelo constitucional. La pretensión de contraponer, en definitiva, el modelo representativo del Estado con la democracia directa subyace en muchas de las propuestas en esta dirección, que están al servicio de un populismo que cuestiona el Estado Constitucional. Los referéndums recientemente celebrados en Escocia y el Reino Unido evidencian el peligro de someter decisiones complejas a una sociedad que actúa por impulsos momentáneos. También pretendía avanzar por esos derroteros la desafortunada idea de que las Cámaras autonómicas puedan revocar el mandato de los senadores que han designado, oportunamente desautorizada por el Tribunal Constitucional (STC 123/2017, de 2 de noviembre). Por eso debemos concluir, en lo que aquí interesa, que una cosa es mejorar los cauces de influencia ciudadana en el Parlamento y el Gobierno (facilitando la iniciativa legislativa popular o el derecho de petición, profundizando en la transparencia de su actuación, etc.) y otra, bien distinta, es hurtar la relevante función constitucional de control que las Cortes Generales tienen, y que es esencial para entender nuestra forma de gobierno y para la pervivencia de nuestro Estado Constitucional.

La segunda consideración tiene que ver con si un Parlamento está en condiciones de controlar la actuación de un Gobierno en funciones. El Gobierno del PP se ha encontrado en esta situación durante más de 300 días (cuatro meses en la fallida XI Legislatura y casi otros tres meses en la actual), y se ha negado a someterse al control político ejercido por las Cortes Generales apoyando su parecer en diversas razones (inexistencia de una relación de confianza entre el Ejecutivo saliente y las nuevas Cámaras parlamentarias, limitados poderes del Gobierno en funciones, que care-

ce de orientación política y cuenta con unas facultades muy reducidas). El Congreso de los Diputados cuestiona esta decisión mediante la interposición de un conflicto entre órganos constitucionales que ha sido admitido por el Tribunal Constitucional, pero que todavía no ha sido resuelto. A nuestro modesto entender, y en espera de que se pronuncie el alto Tribunal, resulta evidente que, aunque el Congreso no pueda valerse de los medios extraordinarios de control, las dos Cámaras pueden ejercer el control parlamentario ordinario sobre las decisiones que adopte el Gobierno en funciones (ya que sin este no hay, en puridad, democracia).

IV. LISTADO BIBLIOGRÁFICO SISTEMATIZADO

1. Obras generales

- ÁLVAREZ VÉLEZ, M. I., «Control parlamentario y exigencia de la responsabilidad política: ¿otra reforma constitucional pendiente?», en GARCÍA ROCA, F. J. y ALBERTÍ ROVIRA, E., *Treinta años de Constitución*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 973-990.
- ARAGÓN REYES, M., «La interpretación de la Constitución y el control objetivado del control jurisdiccional» y «El control parlamentario como control político», ambos trabajos incluidos en *Constitución y control del poder*, Madrid, 1995.
- *Estudios sobre el Parlamento*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 2017.
- BIGLINO CAMPOS, P., *Los vicios en el procedimiento legislativo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- FERNÁNDEZ SARASOLA, I., «El control parlamentario y su regulación en el ordenamiento español», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 60, 2000, págs. 89-113.
- GARCÍA FERNÁNDEZ, J., «La función de control del Parlamento sobre el Gobierno», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 31, 1994, págs. 31-69.
- GARCÍA MORILLO, J., *El control parlamentario del Gobierno en el ordenamiento español*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1985.
- GONZÁLEZ-TREVIANO SÁNCHEZ, P. J., «De nuevo sobre el control parlamentario. Una propuesta de teoría general», en VV. AA., *Estudios de Derecho Constitucional: Homenaje al Profesor Dr. D. Joaquín García Morillo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, págs. 345-369.
- LÓPEZ GUERRA, L., «La función de control de los parlamentos: problemas actuales», en VV. AA., *El parlamento y sus transformaciones actuales*, Tecnos, Madrid, 1990, págs. 233-246.
- MARTÍNEZ ELIPE, L., *Fiscalización política del gobierno*, 3 Tomos, Aranzadi, Elcano, 2000, 2002 y 2007.
- MARTÍNEZ ELIPE, L. y MORENO ARA, J. A., «Artículo 108», en ALZAGA VILLAAMIL, O., *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tomo VIII, Edersa, Madrid, 1998, págs. 631-668.
- PAU I VALL, F. (Coord.), *El control del gobierno en democracia* (XX Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos Autonómicos), Tecnos, Madrid, 2013.
- *Parlamento y control del gobierno* (V Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos Autonómicos), Aranzadi, Pamplona, 1998.
- PENDÁS GARCÍA, B. (Coord.), *Problemas actuales del control parlamentario* (VI Jornadas de Derecho parlamentario), Congreso de los Diputados, Madrid, 1997.
- PRESNO LINERA, M. A., «Sistema de partidos y control parlamentario», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 46, 1999, págs. 91-109.

RUBIO LLORENTE, F., «El control parlamentario», estudio incluido en *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, 2.ª ed., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

SAINZ MORENO, F. (Ed.), *Constitución Española, Trabajos Parlamentarios*, Cortes Generales, Madrid, 1980, 4 vols.

SÁNCHEZ DE DIOS, M., «La práctica del control parlamentario en el Congreso de los Diputados entre 1977 y 2000», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 57, 2002, págs. 99-131.

SANTAOLALLA LÓPEZ, F., «Artículo 108», en GARRIDO FALLA, F., *Comentarios a la Constitución*, 3.ª ed., Civitas, Madrid, 2001, págs. 1663-1674.

— «La función de control y la ciencia del Derecho Constitucional», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 12, 1987, págs. 219-241.

VV.AA., «Control Parlamentario del Gobierno», número monográfico de *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 42, 2017.

— «El control parlamentario», número monográfico de *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 19, 2007.

2. Organización parlamentaria y control

A) Control parlamentario y forma de gobierno

FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A., «Sobre la forma de gobierno: ¿un exceso de racionalización?», en GARCÍA ROCA, F. J. y ALBERTÍ ROVIRA, E., *Treinta años de Constitución*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 847-870.

GARCÍA ROCA, F. J., «Control parlamentario y convergencia entre presidencialismo y parlamentarismo», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 38, 2016, págs. 61-99.

PUNSET BLANCO, R., «El control parlamentario del gobierno de España: cuestiones controvertidas

desde la perspectiva de la forma de gobierno», en PAU I VALL, F. (Coord.), *La transparencia desde el Parlamento* (XXI Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos), AELPA-Tecnos, Madrid, 2015, págs. 157-178.

B) Minorías parlamentarias y control

EMBID IRUJO, A., «El control parlamentario del gobierno y el principio de la mayoría Parlamentaria», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 25, 1992, págs. 7-30.

GÓMEZ CORONA, E., «Control parlamentario, minorías y Tribunal constitucional», en *El parlamento del siglo XXI*, Tecnos, Madrid, 2002, págs. 77-88.

LÓPEZ GUERRA, L., «El control parlamentario como instrumento de las minorías», *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, núm. 8, 1996, págs. 81-104.

SÁNCHEZ NAVARRO, A. J., «Control parlamentario y minorías», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 88, 1995, págs. 223-255.

SERRA CRISTÓBAL, R., «Control parlamentario y pequeñas minorías en el Congreso de los Diputados», en GARCÍA ROCA, F. J. y ALBERTÍ ROVIRA, E., *Treinta años de Constitución*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 1043-1064.

C) Responsabilidad individual de los miembros del Gobierno

HOLGADO GONZÁLEZ, M., «La exigencia de responsabilidad política individual», en GARCÍA ROCA, F. J. y ALBERTÍ ROVIRA, E., *Treinta años de Constitución*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 1065-1078.

D) Parlamentario individual y control

CIDONCHA MARTÍN, A., «El control del Gobierno desde la perspectiva del parlamentario indivi-

dual», en VV. AA., *El Gobierno: problemas constitucionales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, págs. 339-406.

GARCÍA ROCA, J., «El control del Gobierno desde la perspectiva individual del parlamentario y a la luz del art. 23.2 de la Constitución», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 42, 1995, págs. 161-205.

E) *El control parlamentario ejercido en Comisión. Las Comisiones de Investigación*

AREVALO GUTIÉRREZ, A., «Las entidades privadas como sujetos destinatarios del control parlamentario desarrollado por las Comisiones de Investigación», *Asamblea*, núm. 30, 2014, págs. 125-170.

AUZMENDI DEL SOLAR, M., «El control parlamentario a través de las comisiones de investigación», en GARCÍA ROCA, F. J. y ALBERTÍ ROVIRA, E., *Treinta años de Constitución*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 953-972.

GARCÍA MAHAMUT, R., «¿El reconocimiento del derecho de la minoría a crear Comisiones de investigación resultaría suficiente para un ejercicio eficaz del control parlamentario?», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 17, 2002, págs. 27-48.

GIMÉNEZ MARTÍNEZ, M. A., «Las comisiones de investigación en las Cortes Constituyentes (1977-1979)», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 167, 2015, págs. 133-164.

JIMÉNEZ CAMPO, J., «Sobre el control parlamentario en Comisión», *Política y Sociedad*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 1987, págs. 477-492.

NAVAS CASTILLO, F., *La función legislativa y de control en comisión parlamentaria: comisiones de investigación y comisiones legislativas permanentes con competencia legislativa plena*, Colex, Madrid, 2000.

OSÉS ABANDO, J., «Las comisiones parlamentarias de investigación. Balance de un modelo a reformar», en PAU I VALL, F. (Coord.), *La transparencia desde el Parlamento* (XXI Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos), AELPA-Tecnos, Madrid, 2015, págs. 233-266.

PULIDO QUECEDO, M., «La función de control del Gobierno en Comisión por medio de presencias y comparecencias públicas», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, III, 2002, págs. 2073-2076.

TORRES BONET, M., *Las comisiones de investigación, instrumento de control parlamentario del gobierno*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1998.

ZÚNIGA URBINA, F., «Control parlamentario y comisiones investigadoras (el Parlamento ante la Reforma Constitucional)», *Revista de Derecho Político*, núm. 45, 1999, págs. 365-392.

F) *El control desde la perspectiva gubernamental*

GARCÍA FERNÁNDEZ, J., «El control parlamentario desde la perspectiva del Gobierno», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 2, 1997, págs. 195-221.

G) *Parlamento abierto y transparencia*

ARANDA ÁLVAREZ, E., «Parlamento abierto: una visión desde los principios de funcionamiento de las cámaras parlamentarias», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 111, 2017, págs. 13-43.

GONZALO, M. A., «Participación ciudadana y actividad parlamentaria», *Oñati Socio-legal Series*, 2017\5, págs. 1018-1040.

NAVARRO MÉNDEZ, J. I. y NAVARRO MARCHANTE, V. J., «La participación ciudadana en los procedimientos parlamentarios de las Comunida-

des Autónomas: una vía eficaz para combatir la “fatiga del Parlamento”», *Asamblea*, núm. 35, 2016, págs. 149-174.

PAU I VALL, F. (Coord.), *La transparencia desde el Parlamento (XXI Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos)*, AELPA-Tecnos, Madrid, 2015.

RAMÍREZ NÁRDIZ, A., «Acerca de la revocatoria de mandato y su hipotética aplicación en España», *Revista de Derecho UNED*, núm. 18, 2016, págs. 119-150.

RUBIO NÚÑEZ, R. (Coord.), *Parlamentos abiertos: tecnología y redes para la democracia*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2014.

RUIZ-RICO RUIZ, C., «La transparencia como límite de la autonomía parlamentaria en las Asambleas Legislativas autonómicas», *Revista de Derecho Político*, núm. 99, 2017, págs. 263-299.

VALLESPÍN, F., *La mentira os hará libres: realidad y ficción en la democracia*, Galaxia Gutenberg-Círculo de Lectores, Barcelona, 2012.

H) Control parlamentario y Gobierno en funciones

ÁLVAREZ VÉLEZ, M. I., «El control parlamentario: las incertidumbres sobre el control de un Gobierno en funciones», *Asamblea*, núm. 35, 2016, págs. 23-43.

ARAGÓN REYES, M., «Legislatura fallida e investidura convulsa. Análisis y consecuencias», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 109, 2017, págs. 15-34.

CARRILLO, M., «Las atribuciones del Gobierno en funciones», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 109, 2017, págs. 121-154.

GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., «Gobierno en funciones y función legislativa», *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, núm. 11, 2016, págs. 101-116.

GIMÉNEZ SÁNCHEZ, I., «La actividad desarrollada por las Cortes en la situación de legislatura fallida y de Gobierno en funciones», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 109, 2017, págs. 215-235.

— «Cuando el Congreso quiere (y no puede) controlar al Gobierno en funciones: singularidades constitucionales y soluciones inéditas», *Ars Iuris Salmanticensis: AIS: Revista Europea e Iberoamericana de Pensamiento y Análisis de Derecho, Ciencia Política y Criminología*, núm. 2016\1, págs. 11-20.

HERREROS LÓPEZ, J. M., «El gobierno en funciones: límites y control parlamentario», *Actualidad Administrativa*, núm. 2017\6.

MERINO MERCHÁN, J. F., «Control parlamentario del gobierno en funciones», *El Notario del Siglo XXI*, núm. 66, 2016, págs. 26-27.

RIPOLLÉS SERRANO, M. R., «Gobierno en funciones y control parlamentario», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 109, 2017, págs. 155-183.

— «Notas sobre el control parlamentario en el caso del gobierno en funciones».

MATÍA PORTILLA, F. J. (Dir.), *Problemas actuales sobre el control de los partidos políticos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, págs. 267-288.

SELJAS VILLADANGOS, E., «El control de las actuaciones de un Gobierno en funciones», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 42, 2017, págs. 102-127.

3. Medios extraordinarios de control

A) La moción de censura

ELÍAS MÉNDEZ, C., *La moción de censura en España y Alemania*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2005.

OLLERO GÓMEZ, C., «Democracia y moción de censura en la Constitución española de 1978», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 52, 1986, págs. 7-18.

SÁNCHEZ DE DIOS, M., *La moción de censura (un estudio comparado)*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1992.

SIMÓN YARZA, F., «La moción de censura: ¿constructiva u «obstructiva»?», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 103, 2015, págs. 87-109.

VÍRGALA FORURIA, E., «La moción de censura de marzo de 1987: segunda práctica aplicativa del artículo 113 de la Constitución», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 13, 1988, págs. 159-181.

— *La moción de censura en la constitución de 1978 (y en la historia del parlamentarismo español)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.

B) La cuestión de confianza

FERNÁNDEZ SEGADO, F., «La cuestión de confianza en el marco de las relaciones Gobierno-Parlamento», en VV. AA., *Gobierno y administración en la Constitución*, Vol. 1, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Madrid, 1988, págs. 589-657.

— «La cuestión de confianza: marco jurídico-constitucional y praxis política», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 21, 1987, págs. 37-98.

GONZÁLEZ TREVILJANO, P. J., *La cuestión de confianza*, McGraw Hill, Madrid, 1996.

LASAGABASTER HERRARTE, I., «La cuestión de confianza en la Ley Fundamental de Bonn y la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 6 de marzo de 1983», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 6, 1983, págs. 259-276.

4. Medios ordinarios de control

A) Información

MATÍA PORTILLA, E., «Derecho a la información de los representantes políticos, protección de datos y transparencia», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 42, 2017, págs. 128-150.

SANTAOLALLA LÓPEZ, F., «Información parlamentaria, derechos de Diputados y control jurisdiccional», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 89, 2013, págs. 89-133.

VV.AA., *Instrumentos de información de las cámaras parlamentarias*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.

B) Comparecencias

ARCE JANÁRIZ, A., «Las privatizaciones en el Parlamento: comentario de la STC 177/2002, asuntos «Telefónica» y «Endesa»», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 67, 2003, págs. 261-283.

PULIDO QUECEDO, M., «De nuevo sobre las comparecencias parlamentarias en Comisión: los casos de los fiscales especiales antidroga y anticorrupción», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. II, 2005, págs. 2053-2056.

SANZ PÉREZ, A. L., «La función de control parlamentario en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. I, 2004, págs. 2005-2027.

C) Preguntas

CASTELLÓ BORONAT, F., «El control parlamentario: las preguntas al Presidente del Gobierno», *Corts*, núm. 4, 1997, págs. 87-105.

5. Ámbitos en los que se proyecta el control parlamentario

A) Nombramiento de cargos

BLANCO VALDÉS, R. L., «Acción del gobierno, política de nombramientos y control Parlamentario», *Documentación Administrativa*, núm. 246-247, 1997, págs. 145-189.

B) Presupuestos

CANO BUESO, J., «El control de los presupuestos por el Parlamento en España», *Le attualità nel diritto*, núm. 1, 2001, págs. 19-48.

GIMÉNEZ SÁNCHEZ, I., «Balance de 30 años de relación entre el Gobierno y las Cortes Generales en materia presupuestaria», en GARCÍA ROCA, F. J. y ALBERTÍ ROVIRA, E., *Treinta años de Constitución*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 871-892.

— «El control del Parlamento sobre el llamado «veto presupuestario» del Gobierno», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 42, 2017, págs. 76-101.

C) Cuentas públicas

BIGLINO CAMPOS, P., «Parlamento y control de cuentas», *Revista Española de Control Externo*, núm. 7, 2001, págs. 25-38.

D) Decretos-leyes

ARAGÓN REYES, M., *Uso y abuso del Decreto-Ley. Una propuesta de reforma constitucional*, Iustel, Madrid, 2016.

MEDINA GUERRERO, M., «El control parlamentario del Decreto Ley», *Revista andaluza de Administración Pública*, núm. 77, 2010, págs. 285-296.

TUR AUXINA, R., *El control parlamentario de los decretos-leyes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

E) Medios de comunicación social

PAU I VALL, F., *Parlamento y comunicación (nuevos retos)*, Tecnos, Madrid, 2005.

SALVADOR MARTÍNEZ, M., «Sobre el control parlamentario de la televisión», en VV. AA., *Ciudadanos e Instituciones en el Constitucionalismo actual*, Universidad de Alicante, Alicante, 1997, págs. 539-555.

F) Suspensión individual de derechos

ÁLVAREZ-OSSORIO MICHEO, F., «El adecuado control parlamentario del art. 55.2 CE, según la STC 71/1994», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 43, 1995, págs. 283-305.

G) Indulto

LÓPEZ AGUILAR, J. F., «Una reflexión a propósito del control parlamentario del ejercicio del derecho de gracia», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 37, 1996, págs. 329-342.

H) Política exterior y europea

CALAFELL FERRÁ, V. J., «La autorización parlamentaria para llevar a cabo operaciones militares en el exterior», en GARCÍA ROCA, F. J. y ALBERTÍ ROVIRA, E., *Treinta años de Constitución*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 1023-1042.

MATÍA PORTILLA, F. J., *Parlamentos nacionales y Derecho comunitario derivado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.

PÉREZ TREMPES, P., «El control parlamentario de la política exterior», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 15, 1988, págs. 29-57.

Artículo 109

Las Cámaras y sus Comisiones podrán recabar, a través de los Presidentes de aquellas, la información y ayuda que precisen del Gobierno y de sus Departamentos y de cualesquiera autoridades del Estado y de las Comunidades Autónomas.

Sumario: I. Una precisión necesaria. La delimitación del comentario del artículo 109 de la Constitución. II. Su relación con las funciones parlamentarias. III. Algunas cuestiones problemáticas. 1. Los sujetos activos del derecho de información parlamentaria y su relación con los derechos fundamentales. 2. Los sujetos pasivos del derecho de información parlamentaria. 3. La intervención de la Mesa y del Presidente en relación con las solicitudes de información. 4. Derecho a solicitar o derecho a recibir información. 5. Los límites materiales a la obtención de información. V. Un derecho débil ante los retos del futuro.

JOSÉ TUDELA ARANDA

LETRADO DE LAS CORTES DE ARAGÓN

I. UNA PRECISIÓN NECESARIA. LA DELIMITACIÓN DEL COMENTARIO AL ARTÍCULO 109 DE LA CONSTITUCIÓN

No es sencillo comentar en un reducido número de páginas el art. 109 de la Constitución. Frente a su aparente simplicidad, este artículo ha sido puerta para una cualitativamente importante jurisprudencia y ha sido premisa de muchos de los más significativos problemas planteados en la práctica parlamentaria. No pudiendo ni estudiar en profundidad toda esa doctrina ni abordar todos los temas que de manera directa o indirecta se han vinculado al mismo, es preciso delimitar el objeto exacto de este comentario.

Si algo resulta claro de la lectura del precepto examinado es que en él se constitucionaliza como parte esencial de las relaciones entre el Gobierno y el Parlamento, es decir, como parte del régimen parlamentario, la capacidad

del Parlamento de solicitar información y ayuda al Gobierno y a la Administración. Junto a ello, el precepto extiende la posibilidad de recabar información a cualesquiera autoridades del Estado y de las Comunidades Autónomas. Así, el constituyente elevaba al máximo rango tanto una de las manifestaciones habituales de la relación entre Gobierno y Parlamento como la importancia de la información para el desarrollo del trabajo parlamentario. Como era de prever, la previsión constitucional tuvo su desarrollo en los Reglamentos parlamentarios. Por una parte, en los Reglamentos del Congreso y del Senado. Por otra, en los Reglamentos de las diecisiete Cámaras autonómicas.

La irrupción del Derecho parlamentario autonómico obliga a la primera matización. No es posible comentar el art. 109 de la Constitución solo a la luz de las relaciones entre las Cortes Generales y el Gobierno de la Nación. Buena parte de la doctrina fijada por el Tribu-

nal Constitucional en relación con este precepto lo ha sido en relación con conflictos planteados en las Comunidades Autónomas. De los Estatutos de la primera generación, solo los de Asturias (art. 26.3), Murcia (art. 25.3) y Navarra (art. 32.1) recogían un precepto similar al constitucional. Entre los recientemente aprobados, solo el catalán introduce un precepto dedicado a esta cuestión (art. 73). Sí ha sido habitual, por el contrario, recoger esta regulación en las leyes que regulan al gobierno. En todo caso, con algunos matices que suelen converger en los correspondientes Reglamentos, la normativa es bastante homogénea y permite un análisis de conjunto (DA SILVA OCHOA, 1990, 10; MANCISIDOR, 1997, 325; FERNÁNDEZ SEGADO, 1995, 24), a salvo de lo que habrá de decirse al estudiar el control del incumplimiento en relación con el Reglamento del Parlamento de Cataluña. Así, el análisis del art. 109 de la Constitución deberá contemplar tanto su reflejo en los Reglamentos del Congreso (arts. 7 y 44) y del Senado (art. 67) como en los distintos Reglamentos de los Parlamentos autonómicos.

En relación con el objeto, es preciso llamar la atención sobre el hecho de que la Constitución se refiere a la posibilidad de recabar «información y ayuda». Para el ejercicio de este derecho por los Diputados, el Reglamento traduce en «datos, documentos e informes» esa información o ayuda. Cuando se refiere a su ejercicio por las Comisiones, junto a la posibilidad de solicitar «información y documentación», se establece la de ejercer el derecho mediante la solicitud de comparecencias de miembros del Gobierno, autoridades y funcionarios y de aquellas otras personas que puedan ser competentes en la materia. De esta forma, emergen las dos manifestaciones del ejercicio del derecho: la solicitud de informes o documentos determinados y la solicitud de información por la persona competente.

Finalmente, es preciso subrayar que habrá de prescindirse de comentar algunos de los múltiples debates que se asocian a este precepto.

El concepto de control y su distinción de otras actuaciones de las Cámaras; la posición y derechos del Diputado; la especial problemática planteada por las Comisiones de investigación; la naturaleza de las preguntas y de otros instrumentos parlamentarios, son, entre otros, temas fuertemente vinculados al desarrollo de este precepto y que no podrán ser analizados. Asimismo, necesariamente, no se hará referencia a la problemática planteada por la información suministrada por el Gobierno en sus comparecencias ante las Cámaras (art. 110 de la Constitución), que tiene su análisis específico en esta obra o por otros medios que no sean los directamente vinculados al artículo estudiado (EMBID, 1995, 294). Así, las páginas que siguen se limitan a intentar dibujar el perfil resultante del desarrollo del derecho a la información de las Cámaras que establece el art. 109 y a preguntarse por su significado en el presente y futuro inmediato de la institución parlamentaria.

II. SU RELACIÓN CON LAS FUNCIONES PARLAMENTARIAS

El análisis del art. 109 de la Constitución obliga a examinar su inserción en el marco de las funciones parlamentarias. Su redacción y ubicación sistemática en la Constitución no ayudan a una definición nítida de esta cuestión. No se trata de ningún defecto de la redacción del constituyente, sino del primer indicio sobre su posición en relación con el trabajo parlamentario. El derecho a recabar información no integra estrictamente ninguna de las clásicas funciones parlamentarias. O, en puridad, forma parte de todas y cada una de ellas. Se puede recabar información al objeto de fijar posición en relación con un proyecto de ley; en relación con el debate de presupuestos; para controlar al Gobierno o para tener mejor criterio en relación con la función electiva (MARTÍNEZ ELIPE, 2002, 30-32; EMBID, 1995, 297; MANCISIDOR, 1997, 324).

Esta transversalidad, la instrumentalidad natural del derecho a recabar información, no impi-

de, sin embargo, asignarle una posición preferente en relación con una función determinada, en concreto la de control, tal y como reiteradamente ha señalado el Tribunal Constitucional (SSTC 208/2003, de 1 de diciembre, FJ 5; 90/2005 de 18 de abril, FJ 4). La vinculación que establece el art. 7 del Reglamento del Congreso entre el derecho de solicitud de información y el mejor cumplimiento de las funciones parlamentarias, lo relaciona el Tribunal de manera expresa con la función de control (STC 203/2001, de 21 de noviembre, FJ 3). En efecto, si bien existe una diferencia objetiva entre el mero hecho de solicitar la información y controlar, lo cierto es que la mera petición de información implica un primer estadio de control. El control parlamentario de la acción de gobierno no es un concepto estático. Es un concepto flexible cuya intensidad varía acusadamente. La solicitud de información, sea cual sea su objeto final, sería un primer estadio del control. Dirigir la mirada, ya sea desde el Gobierno o desde la oposición, a una materia determinada implica de por sí un primer grado de control de la acción del ejecutivo.

En todo caso, el derecho a la información es esencial para el ejercicio de la función representativa (EMBED, 1995, 290). Y resulta singularmente relevante para los grupos parlamentarios y Diputados que formen parte de la oposición. Por la lógica política, aquellos que apoyan al Gobierno tendrán un acceso mucho más sencillo a la información que este posea. Sin embargo, para la oposición se trata de una cuestión nuclear. Si este derecho se restringe, la propia función de oposición quedará seriamente comprometida. En este sentido, y como tantas veces, la inserción de este derecho en el Parlamento y en concreto en relación con sus funciones, se encuentra directamente vinculada a la distinta posición que en las Cámaras ocupan mayoría y minoría.

Finalmente, hay que realizar una alusión a su relación con el deber de colaboración que el Gobierno tiene para con el Parlamento. Sin cuestionar este deber general, debería quedar

claro que el suministro de información al Parlamento no es en ningún caso una concesión del ejecutivo sino una obligación coherente con el derecho que tienen los Diputados y órganos parlamentarios. Un derecho, repítase, sobre el que viene a construirse en gran parte el sistema de relaciones parlamentarias. Precisamente, su debilidad, tal y como habrá de verse, no es sino una de las manifestaciones más expresivas de la debilidad del Parlamento en el actual sistema político.

III. ALGUNAS CUESTIONES PROBLEMÁTICAS

1. Los sujetos activos del derecho de información parlamentaria y su relación con los derechos fundamentales

La Constitución no configura un derecho sino una potestad que atribuye nominalmente a las Cámaras, es decir, al Senado y al Congreso de los Diputados y a sus Comisiones (PEÑARANDA, 1994, 46). Lejos de cerrar la cuestión, esta redacción remitía a su concreción por los Reglamentos parlamentarios, normas que hacen nacer el derecho desde la citada potestad. Así, lo primero que es preciso destacar, como reiteradamente ha subrayado el Tribunal Constitucional, es que se trata de un derecho de configuración legal (SSTC 181/1989, de 3 de noviembre, FJ 4; 208/2003, de 1 de diciembre, FJ 4). Puede decirse que fue voluntad del constituyente permitir que cada Cámara articularse en función de su autonomía la forma concreta de desarrollar la potestad mencionada, siendo la regulación reglamentaria un elemento constitutivo del derecho en cuestión (MANCISIDOR, 1997, 333). Así, en desarrollo del art. 109, el Reglamento del Congreso atribuye a los Diputados «la facultad de recabar de las Administraciones Públicas los datos, informes o documentos que obren en poder de estas» (art. 7) y de manera similar se contemplará en la mayoría de los Reglamentos autonómicos. No se trata de un derecho absoluto. El propio Reglamento concede la posibi-

lidad de negar esa información, motivando en derecho la decisión. De esta forma, el derecho de solicitud de información emerge como uno de los más importantes derechos atribuidos al Diputado que solamente tendrá que poner en conocimiento de su grupo parlamentario la correspondiente solicitud. La naturaleza individual de este derecho, generalizada en los Reglamentos de las Cámaras, ha sido ratificada con claridad por el Tribunal Constitucional en diversas sentencias (SSTC 161/1988, de 20 de septiembre, FJ 6; 203/2001, de 21 de noviembre, FJ 3) (DA SILVA OCHOA, 1990, 18). Ello no implica que su ejercicio deba realizarse necesariamente en solitario. Así, el Tribunal ha amparado la posibilidad de ir asistido por asesores a estudiar la información correspondiente si su complejidad así lo requiere (STC 181/1989, de 3 de noviembre, FJ 5). Curiosamente, el Reglamento del Senado no contiene un precepto similar al examinado del Reglamento del Congreso.

La titularidad individual de este derecho se encuentra directamente vinculada a su naturaleza jurídica. El Tribunal Constitucional lo ha vinculado desde el principio con el art. 23.2 de la Constitución (SSTC 5/1983, de 4 de febrero, FJ 3; 161/1988, de 20 de septiembre, FJ 6; 177/2002, de 14 de octubre, FJ 3; 208/2003, de 1 de diciembre). Será este nexo el que le otorgue una cualificación singular que, entre otras cosas, se manifiesta en su protección mediante el recurso de amparo, ya que los actos relacionados con el control de la acción del Gobierno pertenecen al núcleo de la función representativa de los Diputados (SSTC 220/1991, de 25 de noviembre, FJ 5; 208/2003, de 1 de diciembre, FJ 4). Hay que subrayar que es esta relación con un derecho fundamental lo que distingue este acceso a la información de los parlamentarios de cualquier otro (EMBED, 1995, 298). Finalmente, recordar que el Tribunal Constitucional ha negado cualquier vinculación de este derecho con el de petición (STC 161/1988, de 20 de septiembre, FJ 5).

Esta naturaleza de derecho individual se complementa en el Reglamento del Congreso, y

en general en los Reglamentos parlamentarios españoles, con la atribución a las Comisiones de la posibilidad de recabar «la información que precisen del Gobierno y de las Administraciones Públicas» (art. 44.1), en una regulación que explícitamente remite al art. 7 (MANCISIDOR, 1997, 325).

2. Los sujetos pasivos del derecho de información parlamentaria

Como sujetos pasivos de este derecho aparecen en primer lugar Gobierno y Administración. En relación con el Gobierno, es preciso matizar que las solicitudes de información amparadas por el art. 109 se circunscribirá a informes, documentos o similares ya que la comparecencia en Comisión de los miembros del gobierno, la otra vía clásica para el suministro de información, está contemplada por separado y expresamente en el art. 110 de la Constitución.

Mayores dificultades plantea la referencia a la Administración. La diversidad de entes que integran la misma y la conjunción de los procesos de huida del Derecho administrativo y de privatización han provocado algún problema (MARTÍNEZ ELIPE, 2002, 171-180; FERNÁNDEZ SEGADO, 1995, 43). La doctrina del Tribunal Constitucional ha avalado una interpretación amplia, de forma que los distintos velos que se puedan poner no lleguen a alterar la necesaria capacidad de control de la Administración. Así, en la STC 177/2002, de 14 de octubre, dictada en el recurso interpuesto contra la decisión de la Mesa del Congreso de no aceptar a trámite la comparecencia del Presidente de Endesa por ser una empresa privada, el Tribunal rechaza los argumentos dados para denegar la comparecencia, entre ellos que el capital público era inferior al 50%, e indica que lo que importa es la conexión de la empresa con una Administración pública, tal y como se entiende en el Derecho comunitario, cuyos criterios sobre la calificación de un ente como público hace suyos a estos efectos (FJ 10). Se trata de una cuestión importante

que requiere de un pronunciamiento nítido. Cualquiera que sea la forma jurídica que se otorgue a un ente público, el Parlamento debe estar en condiciones de solicitar información del mismo. De lo contrario, sería fácil vaticinar una severa disminución de sus posibilidades de control (AZURMENDI, 2007, 353).

El art. 109 se refiere también a otras autoridades. El Reglamento del Congreso establece en su art. 43.3 que las Comisiones podrán recabar «la presencia de autoridades y funcionarios públicos por razón de la materia objeto de debate, al objeto de informar a la Comisión». Ha habido ocasión de que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre este particular, amparando las solicitudes de autoridades como el Fiscal Anticorrupción o la remisión de datos por la Agencia Tributaria, señalando que se trata de una manifestación del control parlamentario y subrayando como la solicitud de comparecencia de estas autoridades forma parte del *ius in officium* de los diputados (STC 208/2003, de 1 de diciembre, FJ 5). Un aspecto importante de la doctrina en relación con estas autoridades es la de vedar a la Mesa cualquier juicio sobre la oportunidad o legalidad de lo solicitado (SSTC 203/201, de 15 de octubre, FJ 5; 208/2003, de 1 de diciembre, FJ 9; 90/2005, de 18 de abril, FJ 7). Una doctrina ratificada en la STC 191/2016, que la proyecta a un órgano constitucional, el CGPJ: «El Consejo queda comprometido por este precepto constitucional, al igual que cualesquiera otras autoridades públicas, para prestar a las Cámaras y sus Comisiones aquella información y ayuda» (FJ 6). E, inmediatamente, se deja constancia de los límites: que la solicitud se corresponda con el ámbito de atribuciones del propio Consejo y que no se menoscabe el ejercicio independiente de sus funciones.

Desde el examen de los sujetos pasivos de este derecho, debe aludirse, finalmente, a la referencia constitucional a las Comunidades Autónomas. De la delimitación realizada por el Reglamento se deduce que Diputados y Comisiones podrán ejercer este derecho en rela-

ción con la información que posean las Administraciones autonómicas pero no en relación con sus Gobiernos. En todo caso, se trata de una posibilidad que debiera ser interpretada restrictivamente. El control político ordinario de esas Administraciones corresponde a sus correspondientes Parlamentos. Así, la solicitud de información solo cabría cuando estuviese directamente relacionada con el ámbito propio de las funciones del Congreso de los Diputados y dentro las necesarias relaciones de colaboración. Interpretación semejante debe realizarse cuando en los Reglamentos autonómicos se hace referencia a cualquier Administración pública (MANCISIDOR, 1997, 326; DA SILVA OCHOA, 1990, 23).

3. La intervención de la Mesa y del Presidente en relación con las solicitudes de información

Una de las cuestiones que se han planteado alrededor de las solicitudes de información es la relativa a los límites de la Mesa del Parlamento en su capacidad de calificación de esas solicitudes. Si bien con algún matiz, la doctrina del Tribunal ha sido bastante clara señalando que la Mesa ha de limitarse a una verificación de la idoneidad formal y de adecuación procedimental, en su caso, de la solicitud, sin que en ningún momento pueda llegar a entrar a juzgar la oportunidad o inoportunidad del escrito correspondiente (SSTC 161/1988, de 21 de septiembre, FJ 8; 203/2001, de 21 de noviembre, FJ 3; 90/2005, de 18 de abril, FJ 3) y sin poder desconocer que la petición es manifestación del ejercicio del derecho del parlamentario que la formula (STC 208/2003, de 1 de diciembre, FJ 4). En caso de negativa, la motivación es un requisito esencial pero no suficiente. El Tribunal exige que esa motivación «no entrañe el desconocimiento de la facultad que corresponde a los Diputados» (STC 203/2001, de 21 de noviembre, FJ 4). La interpretación de la Mesa ha de ser pro derecho y así en los juicios con mayor posibilidad de apreciación subjetiva como la conexión con las funciones parlamentarias, debe consi-

derarse que existe una presunción general positiva (FERNÁNDEZ SEGADO, 1995, 36; LAVILLA, 1991, 2027). La posición del Alto Tribunal ha sido tan elocuente que en buena medida puede decirse que el derecho estudiado se ha estructurado como derecho frente al citado órgano parlamentario. Se trata de una línea que merece aplauso y digna de ser reforzada como mejor garantía de los derechos de los parlamentarios (en sentido contrario, MARTÍNEZ ELIPE, 2002, 161).

La intervención de los órganos parlamentarios puede no acabar en la calificación del documento. En el supuesto de incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la solicitud, la mirada puede volver a la Mesa o al Presidente, al objeto de recabar su amparo. El Tribunal ha señalado que la intervención de los órganos parlamentarios en amparo del Diputado solicitante deberá tener lugar no solo en los casos de omisión o silencio de la autoridad solicitada, sino, «como es lógico, cuando las razones esgrimidas por la Administración en apoyo de su negativa sean, por su carácter infundado o arbitrario, atentatorias al derecho que el Reglamento otorga a los parlamentarios» (STC 181/1989, de 3 de noviembre, FJ 3). La falta de protección presidencial puede constituir en sí misma una lesión del derecho fundamental del parlamentario (MANCISIDOR, 1997, 362).

4. Derecho a plantear la solicitud de información o derecho a recibir la información

No tarda en llegar el momento en el que se plantea la disyuntiva sobre el verdadero alcance del derecho estudiado. ¿Se trata de un derecho a obtener una información determinada? o ¿es el derecho a solicitar información? Como es fácil de entender, se trata de una cuestión esencial. Al respecto bien pueden distinguirse en la doctrina del Alto Tribunal dos etapas. En una primera, que culminaría en la STC 131/1989, de 3 de noviembre, el Tribunal parecía decantarse por una interpre-

tación del derecho que incluyese la obtención de la información. En una segunda, iniciada con la STC 196/1990, de 21 de noviembre, el derecho parece quedar restringido a la mera solicitud de la información (MANCISIDOR, 1997, 348-349; EMBID, 1995, 301).

Así, si bien en la STC 203/2001, de 21 de noviembre, el Tribunal llega a afirmar que «el derecho *ex art.* 23.2 comprende tanto el de solicitar una información de las Administraciones públicas como el de obtenerla» (FJ 3), la falta de conclusiones que se obtienen de este pronunciamiento consolida la doctrina generalizada que define el derecho estudiado como derecho a solicitar la información. Considera el Tribunal que la no contestación o la contestación insuficiente no puede ser objeto de examen jurisdiccional y su control corresponderá exclusivamente al ámbito político. Esta doctrina, anticipada en la STC 196/1990, de 29 de noviembre, quedó fijada con especial claridad en la STC 220/1991, de 25 de noviembre: «no corresponde a este Tribunal decidir si esa negativa a informar es políticamente oportuna, sino tan solo reiterar que la denegación o incompleta satisfacción de una pregunta o petición de información formuladas por parlamentarios no supone, por sí misma, la vulneración del derecho fundamental al ejercicio al cargo garantizado por el art. 23 de la Constitución». La réplica a la negativa tiene, según el Tribunal, un carácter netamente político y en ese ámbito se ha de desenvolver. De esta manera, la lesión a los derechos fundamentales de los Diputados parece que solo puede tener lugar dentro de la sede parlamentaria (MANCISIDOR, 1997, 345).

Se trata de una doctrina fácil y necesariamente criticable. Hay que anticipar que no es sencillo encontrar un criterio general y que seguramente ni es posible ni es deseable. Así, si se trata de valorar la información oral aportada por un funcionario sobre un proyecto determinado, la posición del Alto Tribunal parece no solo razonable sino la más adecuada. Pero ello es mucho más discutible cuando se trata de una información concreta, no sometida a ningún tipo

de límite en su difusión y que no es aportada por el Gobierno. En casos semejantes no hay lugar a la valoración. O se aporta la documentación solicitada o no se aporta. Su suministro es una obligación del Gobierno y el sistema debe asegurar el cumplimiento de esa obligación. No entenderlo así deja desamparado al Diputado y el derecho en general seriamente desvirtuado. La negativa a aportar esa información difícilmente podrá considerarse como acto político. Se trata de un acto sometido a derecho y, por ende, susceptible de control jurisdiccional (DA SILVA OCHOA, 1990, 41).

5. Los límites materiales a la obtención de información

Una de las cuestiones naturalmente problemáticas del derecho a la información de las Cámaras es el de los límites materiales del mismo. Determinada información no podría llegar nunca a los parlamentarios por su propio contenido bien porque se trata de materias reservadas bien porque se afectan derechos individuales, particularmente el derecho a la intimidad. Brevemente se hará referencia a esta cuestión. Previamente, ha de hacerse constar que el límite puede llegar a activarse en tres momentos sucesivos. Así, podría ser alegado por la Mesa de la Cámara en el momento de calificación de la documentación; por el Gobierno o Administración competente cuando recibe la solicitud; o, incluso, por un órgano jurisdiccional que puede atender tanto de la entrega de la información a instancias de un particular que considera vulnerados sus derechos o del solicitante ante la negativa.

Es sobre este particular sobre lo primero que es preciso detenerse. El Tribunal Constitucional ha establecido como doctrina general que este juicio no debe realizarlo la Mesa del Parlamento, sino que es competencia de a quien se le solicita la información correspondiente. Lo contrario implicaría la asunción por la Mesa de un examen material del contenido de la petición que es impropio. Así, no ha sido infrecuente que desde las Mesas de los

Parlamentos se haya realizado objeción a una solicitud por entender que afectaba a la intimidad u otro derecho del particular. La doctrina es clara señalando que ese juicio solo puede hacerlo la institución requerida (SSTC 161/1988, de 20 de septiembre, FJ 9; 203/2001, de 21 de noviembre, FJ 5). La cuestión es: ¿cómo se juzga ese rechazo? De nuevo, el problema de la efectividad del derecho. Y una manifestación más de la insuficiencia de la doctrina, que remite exclusivamente la valoración de los incumplimientos al ámbito de la disputa política.

Como se ha indicado, uno de los límites que con más frecuencia suelen ser alegados para denegar la solicitud de información bien por el ente reclamado bien por la propia Mesa del Parlamento es el derecho a la intimidad. No es una exageración señalar que en muchas ocasiones la defensa de este derecho se convierte en la gran excusa para facilitar la información. Al respecto, la cuestión parece clara. El parlamentario es un sujeto privilegiado en relación con la información. Cualquier restricción a su solicitud debe ser interpretada de manera restrictiva. La recepción de la información por el parlamentario ni implica ni debe implicar su divulgación masiva. Solo en supuestos muy especiales la intimidad puede ser motivo justificado para denegar la información (MARTÍN MORALES, 1994, 211) (ATC 60/1981, de 17 de junio).

Una problemática especial y que excede las posibilidades de estas páginas es la suscitada por las materias reservadas o clasificadas y que no afecta exclusivamente a los denominados «secretos oficiales», aunque la problemática de estos es singular y merecedora de una respuesta específica (CANO, 1997, 26). Junto a estos, son numerosas las leyes, estatales y autonómicas, que establecen algún tipo de regulación sobre esta cuestión. En general, todas ellas son reflejo de los límites anteriormente citados. La Ley debiera ser un instrumento de delimitación exacta del derecho con un ponderado ejercicio del necesario equilibrio entre los intereses en juego y arbitrar el corres-

pondiente procedimiento específico para hacer compatible la información con el secreto, como sucede con los secretos oficiales (FERNÁNDEZ SEGADO, 1995, 53). Por definición, los Parlamentos debieran estar especialmente interesados en alcanzar una normativa clara que en lo sustancial protegiese sus derechos. En todo caso, el Tribunal reitera que la apreciación sobre si la información solicitada entra o no en los límites prohibidos por la ley corresponderá en todo caso al órgano requerido (STC 203/2001, de 15 de octubre, FJ 5). Finalmente, habría que subrayar que, *a sensu contrario*, el catálogo de materias reservadas es el mejor argumento para exigir la entrega de la información que no entre en ese ámbito material (AUZMENDI, 2007, 357).

IV. UN DERECHO DÉBIL ANTE LOS RETOS DEL FUTURO

El breve estudio realizado concluye inexorablemente en la debilidad del derecho a la información del que disponen Diputados y Parlamentos. Al menos, debilidad en relación con su efectividad. El derecho finaliza en buena medida en la capacidad para solicitar. Se trata de una minoración radical (MANCISIDOR, 1997, 355). Si el acceso a la información era un derecho efectivo para cualquier ciudadano en la mayoría de las ocasiones, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno, ha reforzado notablemente este derecho. Sin embargo, no se ha podido apreciar en sede parlamentaria un camino paralelo. No ha habido avances significativos en la posición de los Diputados en relación con el derecho a la información, más allá de las mejoras que la misma aprobación de la Ley les pueda proporcionar. El Diputado, como se ha visto, no es a estos efectos un ciudadano más. Su solicitud de información está vinculada a elementos esenciales del funcionamiento del sistema democrático. Por otra parte, nadie duda de la importancia de disponer de una adecuada información para poder ejercer las distintas funciones parlamentarias y, muy especialmente, la de control. Sin em-

bargo, tanto el ordenamiento como el sistema político siguen sin establecer instrumentos que aseguren la efectividad del derecho. Ordenamiento y sistema político, porque resulta necesario insistir en el hecho de que es preciso que más allá de las necesarias reformas administrativas, se asuma el suministro de información al Parlamento como una obligación que admite tan solo muy estrictos y bien establecidos límites.

Porque hoy, todavía, se trata de un derecho débil. El Gobierno, los Gobiernos, pueden negarse a suministrar información o hacerlo de manera significativamente parcial, sin grandes consecuencias. Desde luego, con pocas consecuencias jurídicas. Y difícilmente con consecuencias políticas. En el supuesto extremo de hacer frente a una sentencia condenatoria, habrá pasado el suficiente tiempo como para que su trascendencia sea menor. Los Parlamentos siguen sin trabajar con eficacia está cuestión y la efectividad de los reproches por incumplimientos en derredor del suministro de la información es mínima. Un derecho esencial de los Diputados se ve de esta manera seriamente limitado. Más allá de ello, las Cámaras se ven incapaces de acceder a un material imprescindible para la realización adecuada de su trabajo. La necesaria interpretación del ordenamiento a favor del derecho fundamental (STC 177/2002, de 14 de octubre, FJ 3) queda seriamente limitada en sus efectos en demasiadas ocasiones.

Esta debería ser la premisa para afrontar los cambios necesarios en la regulación de esta materia en los Reglamentos parlamentarios. La información es requisito *sine qua non* para la realización del trabajo parlamentario. El Parlamento se encuentra en disposición de ofrecer a sus parlamentarios un caudal importante de información. Pero existen materias que por definición exigen de la colaboración del Gobierno. El suministro de la información sobre esas materias no puede quedar al albur de voluntades políticas. No se trata de invocar la generosidad del Gobierno. Hay que apelar a la obligación constitucional

de rendir cuentas ante el Parlamento. Apelar a la transparencia y responsabilidad que debe regir todo el sistema político. Igualmente, esa responsabilidad debe extenderse a los sujetos parlamentarios de manera que por sus características no hagan inviable la contestación a la solicitud de información (SAINZ MORENO, 1994, 81). Sería conveniente que los reglamentos parlamentarios y las leyes del gobierno llegasen a configurar un verdadero estatus del parlamentario en relación con el derecho de acceso a la información.

Desde que se aprobó la Constitución han sucedido muchas cosas y algunas de ellas

no pueden ser ignoradas en el momento de hacer una lectura contemporánea del artículo comentado. Así, hoy el desarrollo tecnológico facilita al Parlamento disponer de cuanta información considere oportuna. Por otra parte, los principios de transparencia, responsabilidad y consecuente derecho de acceso universal a la información son hoy principios universalmente consagrados. Si estos alcanzan a todos los ciudadanos en relación con el poder público, habrá que entender que los parlamentarios en su cualificada condición deben disponer de instrumentos reforzados para acceder a esa información.

BIBLIOGRAFÍA

ARCE JANÁRIZ, A., *El Parlamento en los Tribunales. Prontuario de Jurisprudencia Parlamentaria*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2004.

AUZMENDI DEL SOLAR, M., «Las solicitudes de información al Gobierno como forma de control parlamentario», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 19, 2007.

CANO BUESO, J., *El «derecho de acceso a la documentación» de los Diputados en el ordenamiento parlamentario español*, Cortes Generales, Madrid, 1996.

— «Información parlamentaria y secretos oficiales», *Working Paper*, núm. 133, Barcelona, 1997.

DA SILVA OCHOA, J. C., «El derecho de los parlamentarios a la documentación», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 19, 1990.

EMBID IRUJO, A., «El derecho a la información del Parlamento y de los Parlamentarios. Nuevas reflexiones a la luz de las innovaciones del ordenamiento jurídico», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 35, 1995.

FERNÁNDEZ SEGADO, F., «El derecho a la obtención de información de los Diputados del Parlamento de Galicia (Reflexiones en torno al art. 9.1 y 2 del Reglamento del Parlamento)», *Dereito*, Vol. IV, núm. 1, 1995.

GARCÍA TREVIANO, E., «Materias clasificadas y control parlamentario», en *Problemas actuales del control parlamentario: VI Jornadas Derecho Parlamentario*, 1997, págs. 501 y ss.

LAVILLA RUBIRA, J. J., «Congreso de los Diputados y demás poderes públicos: información, control y responsabilidad», en *Estudios sobre la Constitución española. (Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría)*, Tomo III, Civitas, Madrid, 1991, págs. 2003 y ss.

MANCISIDOR ARTARAZ, E., «El derecho de los parlamentarios a recabar información (Comentario a la STC 161/1988, de 20 de septiembre)», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 24, 1989.

- «El derecho de información de los parlamentarios en la jurisprudencia constitucional», en PAU I VALL, F. (Dir.), *Parlamento y justicia constitucional*, Tecnos-Asociación Española de Letrados de Parlamentos, Madrid, 1997, págs. 323 y ss.

MARTÍN MORALES, R., «La solicitud de información al gobierno y el derecho al honor de los ciudadanos involucrados en la misma», en *El derecho fundamental al honor y la actividad política*, Universidad de Granada, Granada, 1994.

MARTÍNEZ ELIPE, L., *Tratado de Derecho Parlamentario*, Vol. 2.º: *Parlamento e Información*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2002.

PEÑARANDA RAMOS, J. L., «Información parlamentaria, poderes públicos y sector público», en *Instrumentos de información de las Cámaras parlamentarias*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, págs. 37 y ss.

SAINZ MORENO, F., «Consideraciones sobre algunos límites del derecho de información de las Cámaras», en *Instrumentos de información de las Cámaras parlamentarias*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, págs. 81 y ss.

Artículo 110

1. Las Cámaras y sus Comisiones pueden reclamar la presencia de los miembros del Gobierno.

2. Los miembros del Gobierno tienen acceso a las sesiones de las Cámaras y a sus Comisiones y la facultad de hacerse oír en ellas, y podrán solicitar que informen ante las mismas funcionarios de sus Departamentos.

Sumario: I. Relevancia del precepto constitucional. II. El régimen jurídico relacionado con la presencia de miembros del Gobierno en las Cámaras. III. La jurisprudencia constitucional en la materia.

FRANCISCO JAVIER MATÍA PORTILLA
PROFESOR DE DERECHO CONSTITUCIONAL
UNIVERSIDAD DE VALLADOLID

I. RELEVANCIA DEL PRECEPTO CONSTITUCIONAL

El texto finalmente recogido en el art. 110 CE coincide, punto por punto, con el contenido en el art. 88 del Anteproyecto de Constitución (BOC núm. 44, pág. 683). Aunque se formularon distintas enmiendas a lo largo de su tramitación parlamentaria (SAINZ MORENO, F., *Constitución...*, Vol. I, págs. 126 y 340) y una de ellas triunfó en el Senado (III, pág. 2950. cfr. DSS núm. 50, pág. 2376, BOC núm. 157, pág. 3434 y DSS núm. 63, pág. 3160), la Comisión Mixta Congreso-Senado terminó devolviendo al precepto constitucional su versión original (BOC núm. 170, pág. 3720). En términos generales, debemos felicitarlos por ello, ya que el precepto adquiere sustantividad propia respecto de otras técnicas de control parlamentario (como son las comisiones de investigación y la formulación de preguntas e interpelaciones) y porque contempla la posibilidad de que dichas comparecencias sean instadas tanto por los órganos parlamentarios como por los miembros del Gobierno,

subrayando así el carácter racionalizado de nuestro parlamentarismo. La presencia del Gobierno en las Cortes Generales no constituye un mecanismo ni novedoso (en casi todas las Constituciones, excepción hecha de la 1869, se reconoce el derecho al uso de la palabra de parte de los miembros del Gobierno en las Cámaras, recogiénose como derecho-deber en la de 1931) ni sorprendente, sino una lógica consecuencia de la vinculación fiduciaria existente entre el poder legislativo y el poder ejecutivo. Un parlamentarismo que no solamente se fundamenta en el control de aquel poder sobre este, sino en la necesaria cooperación entre ambos (cfr. MARTÍNEZ ELIPE, L. y MORENO ARA, J. A., «Artículo 108», págs. 719 y ss.).

II. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PRESENCIA DE MIEMBROS DEL GOBIERNO EN LAS CÁMARAS

Los miembros del Gobierno (compuesto, en sentido estricto, por el Presidente y los Minis-

tros, así como por el o los Vicepresidentes que puedan existir, *ex* art. 1.2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno) pueden formar parte del Congreso de los Diputados o del Senado (arts. 11 y 14). En el presente estudio no nos interesa examinar, en ese supuesto, su actuación en la Cámara como parlamentarios, sino como representantes del Gobierno.

Es oportuno hacer notar que el art. 110 CE presenta una doble dimensión. El deber de los miembros del Gobierno de acudir a las Cámaras cuando su presencia sea requerida, cuyo incumplimiento solamente presenta relieve jurídico-penal en el marco de una comisión de investigación (cfr. art. 502 CP y SANTAOLALLA LÓPEZ, F., «Artículo 110», págs. 1701-1703), y su derecho de ser oídos en los debates parlamentarios siempre que lo estimen pertinente (arts. 70.5 RCD y 84.4 RS). Tal facultad no es delegable, por lo que la presencia de cualesquiera otras autoridades, funcionarios públicos y personas deberá ser acordada, en todo caso, por los órganos parlamentarios.

Las comparecencias de los miembros del Gobierno se regulan, en el Congreso de los Diputados, en los arts. 202 y 203 RCD, que conforman el Capítulo IV (De las informaciones del Gobierno) del Título XI (Del examen y debate de comunicaciones, programas o planes del Gobierno y otros informes de la citada norma). Aunque se regulan unas y otras en los arts. 202 y 203 RCD, nos centraremos ahora en las instadas en el seno de la Cámara.

El art. 202 RCD regula las comparecencias de los miembros del Gobierno ante las comisiones parlamentarias. Estas podrán producirse a petición propia o cuando así lo solicite la Comisión, y deberán tener carácter finalista (ya que se vinculan con una información). Tras la intervención del Ministro, que podrá comparecer asistido por autoridades y funcionarios de su Departamento, se suspenderá la sesión a fin de que los Diputados y Grupos Parlamentarios puedan preparar la formulación de preguntas, que serán respondidas por

el miembro del Gobierno. Es habitual que sean los Ministros los encargados de protagonizar las comparecencias realizadas en Comisión.

El artículo 203 RCD dispone que los miembros del Gobierno pueden comparecer ante el Pleno o en cualquiera de las Comisiones a petición propia o por acuerdo de la Mesa de la Cámara y de la Junta de Portavoces para informar sobre un asunto determinado. La solicitud de comparecencia debe provenir, en este último caso, de dos grupos parlamentarios o de la quinta parte de los miembros de la Cámara o de la Comisión. Tras la intervención inicial del miembro del Gobierno, dispondrán de un turno de diez minutos representantes de los Grupos Parlamentarios que podrán fijar posición, formular preguntas o hacer observaciones. El miembro del Gobierno responderá dichas intervenciones sin que se produzca ulterior votación. De manera excepcional la Presidencia del órgano parlamentario puede, de acuerdo con la Mesa y oída la Junta de Portavoces, abrir un turno para que los Diputados puedan formular preguntas o pedir aclaraciones sobre la información facilitada.

Este precepto que se acaba de reseñar regula las comparecencias ante el Pleno del Congreso. De tal régimen jurídico pueden deducirse algunos datos de interés:

- a) Estamos ante una iniciativa parlamentaria (o gubernamental) cuya sustanciación reclama la presencia física del Presidente o de otros miembros del Gobierno en la Cámara.
- b) Dicha presencia se vehicula a través de una iniciativa finalista (información «sobre un asunto determinado»). Esto supone que las comparecencias tienen que tener una finalidad concreta.
- c) La decisión de respaldar la iniciativa es política y no meramente administrativa. Deben concurrir para su admisión el parecer favorable de la Mesa y de la Junta de Portavo-

ces. La primera tendrá que ver, lógicamente, con que la iniciativa parlamentaria cumpla con los requisitos previstos en el Reglamento del Congreso de los Diputados (por ejemplo, que verse sobre un asunto determinado y no tengan carácter general). Pero también resulta imprescindible que cuente el respaldo de la Junta de Portavoces, y este órgano no actúa, lógicamente, por criterios formales o administrativos, sino que se mueve por decisiones políticas. Si se piensa detenidamente, es lógico que así ocurra, puesto que si es la Cámara (o la Comisión) la que acuerda la comparecencia, deberá ser votada o bien por el Pleno o bien por la Junta de Portavoces, que se manifestará políticamente en relación con la iniciativa cursada.

El Reglamento del Congreso de los Diputados regula la presencia de los miembros del Gobierno en otros lugares, en relación con las preguntas (arts. 185 y ss.), interpelaciones y mociones (arts. 180 y ss.), o para defender los proyectos de Ley. En relación con las comunicaciones del Gobierno, el art. 196 establece que el Gobierno podrá remitir al Congreso una comunicación para su debate en el Pleno o en una Comisión. En tales casos, el miembro del Gobierno realizará una intervención inicial, abriéndose un turno de palabra para los grupos parlamentarios de quince minutos. El miembro del Gobierno será libre para responder a las cuestiones planteadas de forma aislada, conjunta o agrupándolas por materias. Se prevé un turno de réplica de diez minutos. El art. 197 RCD dispone que, terminado el debate, se abrirá un plazo de treinta minutos en el que los grupos parlamentarios pueden presentar propuestas (siempre que sean congruentes con la materia objeto del debate, extremo que compete examinar a la Mesa), que serán defendidas durante un tiempo máximo de cinco minutos (pudiendo conferirse un turno en contra). Se tramitarán anticipadamente las propuestas que supongan un rechazo global del contenido de la comunicación del Gobierno, y las restantes, por orden de presentación. Por otra parte, «si el Gobierno remitiera un programa o plan requi-

riendo el pronunciamiento del Congreso, la Mesa ordenará su envío a la Comisión competente» (art. 198.1 RCD). En tal supuesto, la Mesa de la Comisión organizará su tramitación, pudiendo designar la Comisión una ponencia de estudio. La tramitación es similar a la que acaba de examinarse, con la única particularidad de que el plazo de presentación de resoluciones será de tres días si la Mesa del Congreso decide que se debatan en pleno.

Por su parte, el art. 182 del Reglamento del Senado establece que el Gobierno podrá remitir comunicaciones e informes para su debate en el Senado. En tales casos se admitirán dos turnos a favor y dos en contra, así como las intervenciones de los Portavoces de los Grupos parlamentarios que lo deseen (todos los turnos son de diez minutos, excepto el inicial). Las mociones que se presenten serán ventiladas por el procedimiento y en la sesión que la Mesa determine, oída la junta de portavoces.

III. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN LA MATERIA

Las comparecencias de los miembros del Gobierno no han planteado, hasta el momento, ningún conflicto concreto que haya merecido la atención del Tribunal Constitucional. Sí que se han producido tensiones por la negativa de la Mesa a que se celebraran comparecencias de autoridades y funcionarios públicos (art. 44.3 RCD) y de otras personas competentes (art. 44.4 RCD) (SSTC 177/2002, 208/2003, 89/2005, 90/2005 y 190/2009; ATC 181/2003), tensiones que se conectan con una dilatada y discutible jurisprudencia del Tribunal relacionada con las limitadas facultades de control que posee la Mesa de un Parlamento en relación con la calificación, admisión y tramitación de las iniciativas parlamentarias (art. 31.1, aps 4.º y 5.º, RCD), como son las enmiendas (en Asturias, ATC 275/1993 y en Cantabria, ATC 118/1999), las mociones (en el Senado, STC 205/1990, en Murcia, ATC 155/1993), las preguntas (en

Murcia, STC 107/2001), las proposiciones de ley (en Cataluña, STC 95/1994; en Murcia, STC 124/1995 y en Asturias, STC 38/1999, de 22 de marzo) y las proposiciones no de ley (en el País Vasco, STC 40/2003 y en Andalucía, STC 78/2006). Los dos Autos relacionados con la enmienda tienen una fundamentación similar, en la que se cuestiona que a través de enmiendas al articulado se proponga, en realidad, cuestionar el alcance global del texto. También puede recordarse la STC 225/1992, de 14 de diciembre, en la que el Tribunal desestima el amparo solicitado, al entender que decisión de la Mesa de la Asamblea de Murcia de inadmitir una interpelación por haber sido formulada de forma excesivamente general fue ajustada a Derecho. Finalmente, debe recordarse también el difundido Auto de inadmisión 85/2006, de 15 de marzo de 2006, en el que se impugnaba los Acuerdos de la Mesa del Congreso de los Diputados relacionados con la proposición de ley de reforma de Estatuto de Autonomía de Cataluña. Sobre estas materias es muy recomendable la lectura del estudio de A. ARCE JANÁRIZ («Calificación...»).

Esta jurisprudencia sobre las comparecencias a la que se alude tiene algunas características comunes que merece la pena resumir de forma esquemática:

1. La facultad de solicitar comparecencias se inscribe en el núcleo básico de la función parlamentaria garantizada en el art. 23.2 CE, sirviendo como técnica de control del Gobierno (art. 110 CE) (SSTC 177/2002, FJ 7; 208/2003, FJ 6; 89/2005, FJ 4; 90/2005, FJ 4; 190/2009, FJ 3; 1/2015, FJ 4; 23/2015, FJ 5), siempre que así se prevea en el concreto reglamento parlamentario. Esta afirmación es especialmente evidente cuando comparece un miembro del Gobierno, pero también puede serlo si atañe a otras personas, en el marco de las funciones informativas o de asesoramiento (cfr. ARCE, A., «Las privatizaciones...», pág. 274), como ocurre con representantes de empresas que gestionan hospitales públicos (STC 23/2015, en relación con la Asamblea de Madrid).

En todo caso, es oportuno recordar que las comparecencias pueden afectar, también a los responsables de empresas públicas en relación con sus actuaciones (y tal comparecencia deberá realizarse, aunque aquel hubiera perdido con posterioridad tal carácter) (STC 177/2002, FJ 10).

2. La calificación por parte de las Mesas de las iniciativas parlamentarias ha de ser formal, limitándose a verificar la regularidad jurídica y la viabilidad procesal de la iniciativa (SSTC 205/1990, FJ 6; 76/1994, FJ 2; 95/1994, FJ 4; 124/1995, FF. JJ. 2 y 4; 107/2001, FJ 9; 177/2002, FJ 3; 40/2003, FJ 4; 208/2003, FJ 4; 89/2005, FJ 2; 90/2005, FJ 2 y 78/2006, FJ 4), ajustándose expresamente a lo previsto en el Reglamento (que puede prever también criterios materiales). En todo caso, no son atendibles los alegatos realizados a los usos parlamentarios (STC 177/2002, FJ 7) y a los precedentes (SSTC 208/2003, FJ 8; 89/2005, FJ 6 y 90/2005, FJ 6) que no encuentren reflejo normativo en el Reglamento (como pueden ser considerar que la iniciativa impulsada es inconstitucional —STC 205/1990, FJ 7— o que la Cámara es incompetente para examinarla —SSTC 95/1994, FJ 5, 124/1995, FJ 4 y 107/2001, FJ 9—). Es decir, el Reglamento parlamentario es la única norma que puede imponer algún límite o condición material a la iniciativa parlamentaria.

Ahora bien, no resulta lícito que la Mesa de la Cámara se limite a reproducir una limitación incluida en el precepto reglamentario, sino que debe motivar que la iniciativa parlamentaria incurre en la misma (STC 74/2009, FJ 4). Aunque la formulación teórica de este principio no merece reproche alguno, se puede discutir si el silencio es cuestionable cuando la decisión no proviene de la Mesa de la Cámara, sino de la Junta de Portavoces. El Reglamento parlamentario de las Corts valencianas establecía que en caso de negativa de la Junta de Portavoces a la tramitación de una iniciativa parlamentaria le corresponde a la Mesa de la Cámara, inevitablemente, declarar la inadmisibilidad de la iniciativa. Pues bien, en la

STC 74/2009 se cuestiona la inadmisión de una comparecencia de una concreta Consejera que traía causa de la decisión de la Junta de Portavoces, y el Tribunal Constitucional la censura por su falta de motivación. Sostiene el Magistrado Conde Martín de Hijas, en un acertado voto particular, que no cabe pedir una motivación a la Mesa sobre una decisión de otro órgano de naturaleza política, como es la Junta de Portavoces.

En realidad, se podrían estar confundiendo dos cuestiones que admiten una clara delimitación dogmática. La Mesa es la encargada de verificar que la iniciativa parlamentaria (la solicitud de comparecencia) cumple con los requisitos reglamentariamente previstos. Y tal actuación resulta lógicamente fiscalizable por el Tribunal Constitucional. Pero cuando se vincula la tramitación de la iniciativa al voto de la Cámara o de la Junta de Portavoces, se está vinculando su viabilidad a la decisión política de sus miembros. Y esta decisión no puede ser cuestionada en sede judicial (en sentido lato), sino que se someterá, en su caso, al control político y social. Si el juicio avanzado no resulta erróneo, el Tribunal Constitucional no podría censurar una decisión de la Junta de Portavoces que, expresamente prevista en el Reglamento de la Cámara, impida la tramitación de una comparecencia solicitada en tiempo y forma.

3. Prácticamente todas las Sentencias estimatorias dictadas en esta materia se han limitado a reconocer la lesión en el derecho fundamental citado y anular los acuerdos adoptados por la Mesa de la Cámara, siendo imposible su reparación por haberse agotado la legislatura (cfr. SSTC 205/1990, 95/1994, FJ 6; 107/2001, FJ 10; 177/2002, FJ 11; 40/2003, FJ 9; 208/2003, FJ 10; 89/2005, FJ 8; 90/2005, FJ 8; 78/2006, FJ 5 y 190/2009, FJ 5). Sin embargo, las cosas han comenzado a cambiar. El Tribu-

nal Constitucional ha actuado con diligencia en relación con un amparo parlamentario que tenía su origen en las resoluciones de la Mesa de las Cortes Valencianas que rechazan sendas solicitudes de comparecencia ante la Comisión de Economía, Presupuestos y Hacienda, reconociendo la lesión del derecho fundamental de participación política (art. 23.2 CE), anulando las resoluciones impugnadas y retrotrayendo las actuaciones para que la Mesa de las Cortes Valencianas adopte nuevas resoluciones respetuosas con el derecho fundamental reconocido (STC 191/2013; ver también las posteriores SSTC 202/2014, 1/2005, 23/2005, sobre la Asamblea de la Comunidad de Madrid).

La construcción realizada por el Tribunal juega a favor de la máxima expansión del *ius in officium* del parlamentario y desde esta perspectiva no admite reproche. Sin embargo, como ha observado A. L. SANZ PÉREZ (en «La función...», pág. 9), lo hace estableciendo un control tan estricto sobre la Mesa de las Cámaras que restringe excesivamente las facultades de tal órgano parlamentario e impide que pueda dotar de razonabilidad, racionalidad y sistematicidad al trabajo parlamentario. En efecto, podrían cuestionarse seriamente algunas prácticas habituales en nuestros parlamentos (como son que las asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas traten de controlar al Gobierno de la Nación o que, con carácter general, se establezca un control parlamentario ejercido por la actual mayoría parlamentaria sobre gobiernos anteriores — en estos casos, el Parlamento abandona su función de control al Gobierno para ponerse al servicio de la nueva mayoría parlamentaria y gubernamental en el ataque a la oposición, lo que no deja de encerrar una triste paradoja que cuestiona su posición en el entramado constitucional que nos hemos dado—).

BIBLIOGRAFÍA

ARCE JANÁRIZ, A., *El Parlamento ante los Tribunales*, Aranzadi, Pamplona, 2004.

- «Las privatizaciones en el Parlamento: comentario de la STC 177/2002, asuntos «Telefónica» y «Endesa»», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 67, 2003, págs. 261-283.
- «Calificación y admisión a trámite en los procedimientos parlamentarios», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 29, 1990, págs. 9-116.
- «El trámite de admisión en los procedimientos parlamentarios en la jurisprudencia constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 46, 1996, págs. 207-238.

MARTÍNEZ ELIPE, L. y MORENO ARA, J. A., «Artículo 110», en ALZAGA VILLAAMIL, O., *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tomo VIII, Edersa, Madrid, 1998, págs. 711-748.

PULIDO QUECEDO, M., «La función de control del Gobierno por medio de presencias y comparencias públicas», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, III, 2005, págs. 2073 y ss.

- «La comparecencia del Presidente del CGPJ ante la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, III, 2003, págs. 1743 y ss.
- «De nuevo sobre las comparencias parlamentarias en Comisión: los casos de los fiscales especiales antidroga y anticorrupción», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, II, 2005, págs. 2053-2056.

SAINZ MORENO, F. (Ed.), *Constitución Española, Trabajos Parlamentarios*, Cortes Generales, Madrid, 1980, 4 vols.

SANTAOLALLA LÓPEZ, F., «Artículo 110», en GARRIDO FALLA, F., *Comentarios a la Constitución*, 3.^a ed., Civitas, Madrid, 2001, págs. 1698-1707.

SANZ PÉREZ, A. L., «La función de control parlamentario en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, I, 2004, págs. 2005-2027.

Artículo 111

1. *El Gobierno y cada uno de sus miembros están sometidos a las interpelaciones y preguntas que se le formulen en las Cámaras. Para esta clase de debate los Reglamentos establecerán un tiempo mínimo semanal.*

2. *Toda interpelación podrá dar lugar a una moción en la que la Cámara manifieste su posición.*

Sumario: I. Relevancia del precepto constitucional. II. Las preguntas. III. Las interpelaciones y mociones. IV. Anexo normativo. 1. Normativa del Congreso de los Diputados. 2. Normativa del Senado.

FRANCISCO JAVIER MATÍA PORTILLA
PROFESOR DE DERECHO CONSTITUCIONAL
UNIVERSIDAD DE VALLADOLID

I. RELEVANCIA DEL PRECEPTO CONSTITUCIONAL

El art. 111 CE regula las instituciones ordinarias de control sobre la actuación del Gobierno (preguntas, interpelaciones y mociones), que son, por ello mismo, las que se usan a diario tanto en el Congreso de los Diputados como en el Senado. Por razones de espacio, limitaremos nuestro examen a las normas de la Cámara Baja, aunque incluyamos un anexo normativo referido a ambas. Por otra parte, el acercamiento por parte del Tribunal Constitucional a las técnicas ordinarias del control examinadas en estas páginas siempre ha traído causa de recursos de amparo interpuestos por parlamentarios cuyas iniciativas en esta materia se veían frustradas por la actuación calificadora de las Mesas. Dicha jurisprudencia ha sido examinada con cierto detenimiento en el comentario al artículo precedente, al que ahora nos remitimos.

Aunque el contenido del art. 111 CE es relativamente novedoso (cfr. art. 53 de la Constitu-

ción de 1869), el constituyente español se limita a dar rango constitucional a una regulación tradicionalmente contenida en los reglamentos parlamentarios (especialmente, el aprobado en 1971 —cfr. MOLERO ALONSO, D., *Las interpelaciones...*, págs. 183 y ss.—, optando por una fórmula que ha sido calificada como excesivamente reglamentista (tanto durante la elaboración del propio precepto constitucional —SAINZ MORENO, F., *Constitución...*, vol. I, págs. 150 y 406— como posteriormente —SANTAOLALLA, F., «Artículo...», págs. 1714-1715—).

Preguntas e interpelaciones se diferencian en su origen histórico (mientras que las preguntas surgen en Inglaterra —la primera se realiza en 1721 en la Cámara de los Lores, reconociendo el *Speaker* de la Cámara de los Comunes el derecho del parlamentario a formularlas en 1783 y consolidándose dicha práctica parlamentaria a partir de 1832—, las interpelaciones nacen en Francia, con ocasión de la Constitución de 1791 —cfr. MARTÍNEZ ELIPE, L., «Artículo...», pág. 755 y MOLERO

ALONSO, D., *Las interpelaciones...*, págs. 63 y ss.—), en su alcance y en su régimen jurídico. Por otra parte, las interpelaciones pueden dar lugar a una moción, sin que tal posibilidad sea ineludible (contrariamente a lo previsto en el anteproyecto constitucional, que se vio modificado en este punto por la aceptación de algunas enmiendas —SAINZ MORENO, *Constitución...*, vol. I, págs. 213, 445 y 459 y BOC núm. 82, de 17 de abril de 1978—).

II. LAS PREGUNTAS

Las preguntas pueden ser de tres tipos: oral en Pleno, oral en Comisión y de respuesta escrita. La pregunta oral en Pleno es una «escueta y estricta formulación de una sola cuestión, interrogando sobre un hecho, una situación o una información, sobre si el Gobierno ha tomado o va a tomar alguna providencia en relación con un asunto, o si el Gobierno va a remitir al Congreso algún documento o a informarle acerca de algún extremo» (art. 188.1 RCD). La concreción explica que se exija que la misma se contenga entre interrogantes (cfr. RPCD 2008, modificada en 2016). No resulta preciso que las preguntas formuladas en Comisión y de respuesta escrita sean tan escuetas y concretas, dando que no se ven condicionadas por el estricto tiempo de intervenciones que caracterizan al Pleno.

Los Diputados individualmente considerados pueden formular preguntas al Gobierno y sus miembros (art. 185 RCD), que se presentan por escrito ante la Mesa del Congreso (art. 186.1 RCD), siendo esta la encargada de calificar el escrito, admitirlo a trámite y vehicularla en el sentido querido por el proponente (en caso de no indicarse la forma de tramitación, se entenderá que es escrita, y si solamente se indica que es oral, sin mayor concreción, se sustanciará en comisión —art. 187 RCD—). La inadmisión de la pregunta podría acordarse si esta se formula en exclusivo interés del proponente o de cualquier otra persona concreta, si plantea una cues-

tión estrictamente jurídica (art. 186.2 RCD) o si resulta ofensiva al decoro de la Cámara y de sus miembros, de las Instituciones del Estado o de cualquier otra persona o entidad (arts. 192.2 y 103 RCD).

Ya en relación con las preguntas orales ante el Pleno, será la Mesa la encargada de fijar el plazo de presentación (que no podrá ser ni superior a una semana ni inferior a cuarenta y ocho horas, *ex art.* 188.1 *in fine* RCD). En todo caso tendrán preferencia las formuladas por aquellos diputados que no hayan presentado otras con anterioridad, siendo el Presidente, de acuerdo con la Junta de Portavoces, el encargado de señalar el número que deberá sustanciarse en cada sesión plenaria y el criterio de distribución entre Diputados correspondientes a cada Grupo Parlamentario (art. 188.2 RCD), regulándose dicha materia actualmente en la RPCD 2008, reformada en 2016, que prevé un cupo de preguntas por grupo parlamentario y sesión plenaria (nueve preguntas para Diputados del Grupo parlamentario Popular, seis para representantes del Grupo parlamentario Socialista, cuatro para miembros del Grupo Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, dos para el Grupo Ciudadanos, dos para Diputados del Grupo Ciudadanos y una para Diputados de los Grupos de Esquerra Republicana, Vasco (EAJ-PNV) y Mixto. En esta misma normativa complementaria se contempla la posibilidad de que un Grupo parlamentario pueda sustituir una pregunta por otra referida a un acuerdo adoptado por el Consejo de Ministros, que debe ser presentada antes de las veinte horas del viernes y aceptada por la Presidencia. También pueden presentarse, hasta las doce horas del lunes, preguntas sobre temas de especial actualidad que sustituyan otras previamente presentadas, y que para ser sustanciadas por la unanimidad de la Junta de Portavoces y la previa conformidad del Gobierno. Por otra parte, el Gobierno puede solicitar, motivadamente, que se posponga la discusión de una pregunta a la siguiente sesión. Finalmente, las preguntas orales en

Pleno presentadas y no incluidas en el Orden del Día (o incluidas, pero no tramitadas) deben ser reiteradas a efectos de su inclusión en la siguiente sesión plenaria (art. 188.4 RCD). En lo que atañe a su sustanciación, se conferirán dos turnos de palabra al proponente (o a su sustituto —cfr. RPCD 2008—) y otros dos al miembro del Gobierno, que no podrán superar, en conjunto, los cinco minutos (art. 188.3 RCD).

Las preguntas orales en Comisión se tramitan de idéntica forma, siendo preciso para su inclusión en el orden del día que hayan transcurrido siete días desde su publicación en el *Boletín Oficial* de la Cámara, aunque pueden ser respondidas por los Secretarios de Estado o Subsecretarios, además de los miembros del Gobierno (art. 189.2 RCD). Las preguntas orales en Comisión pendientes de tramitación cuando finaliza el periodo de sesiones se tramitarán como preguntas con respuesta por escrito, que deberán ser contestadas por el Gobierno antes de la iniciación del siguiente período de sesiones (art. 189.3 RCD). Con carácter general, este último tipo de pregunta debe ser respondido dentro de los veinte días siguientes a su publicación (art. 190.1 RCD, aunque el Gobierno puede solicitar, motivadamente, una prórroga que, en su caso, la Mesa acordará, *ex art.* 190.1 RCD). La falta de respuesta del Gobierno permite al proponente solicitar al Presidente de la Cámara su conversión en pregunta oral en Comisión (art. 190.2 RCD).

Si se examina la evolución de las preguntas parlamentarias a lo largo de las Legislaturas concluidas, se aprecia un cierto estancamiento del número de preguntas orales sustanciadas en el Pleno en el Congreso de los Diputados (que se mueven en torno a las 1.500) que contrasta con el importante volumen de las escritas (en torno a 90.000), fenómeno que puede traer causa del hecho de que la profusión de tal instrumento parlamentario no incide en los tiempos tasados y limitados de actuación de los órganos de la Cámara.

III. LAS INTERPELACIONES Y MOCIONES

Mientras que las preguntas suelen referirse a cuestiones concretas o determinadas, el contenido de las interpelaciones recae sobre cuestiones de política general del Gobierno o de algún Departamento Ministerial (art. 181.1 RCD). El distinto objeto de la interpelación sobre la pregunta se proyecta en su régimen jurídico. Tal mecanismo parlamentario puede ser utilizado tanto por los Diputados a título individual como por los Grupos parlamentarios (art. 180 RCD). Por otra parte, tras la oportuna calificación por la Mesa (véase el art. 181.2 RCD), se prevé que en su sustanciación en el Pleno intervengan, además del proponente y el miembro del Gobierno (sus turnos de exposición y contestación no pueden superar los diez minutos y los de réplica y dúplica no podrán sobrepasar los cinco), los restantes Grupos parlamentarios para que puedan fijar su posición en un turno de palabra máximo de cinco minutos (art. 183 RCD).

El art. 192.1 RCD faculta al Presidente de la Cámara para acordar la tramitación simultánea de interpelaciones y preguntas que se refieran a cuestiones conexas. Por otra parte, la RPCD 1983 sobre interpelaciones establece que deben ser formuladas entre el martes y el jueves de la semana anterior a aquella en que se solicita el debate, pudiendo sustituir a una ya presentada. Su calificación corresponde, en principio, al Presidente, aunque deberá pronunciarse la Mesa si aquel considera que no procede su tramitación. En cada sesión plenaria pueden incluirse hasta dos interpelaciones urgentes, teniendo preferencia las presentadas por los Grupos Parlamentarios sobre las formuladas por los diputados, y, entre aquellas, tendrán prioridad las de los Grupos que no hayan hecho uso de su derecho a formular interpelaciones. Las interpelaciones urgentes que no hayan sido incluidas en el orden del día, y las ordinarias a las que han renunciado los Grupos Parlamentarios, decaerán, por lo que aquellos que persistan en su tramitación deberán formularlas de nuevo.

En todo caso, finalizado un período de sesiones, las interpelaciones pendientes se tramitarán como preguntas con respuesta por escrito, a contestar antes de la iniciación del siguiente período, salvo que el Diputado o Grupo Parlamentario interpelante manifieste su voluntad de mantener la interpelación (art. 182.3 RCD).

Antes de examinar el régimen jurídico de las mociones es oportuno hacer notar que, en la práctica, las interpelaciones de carácter urgente han desplazado a las que no tienen tal naturaleza. En las últimas Legislaturas finalizadas, casi todas las interpelaciones sustanciadas en el Congreso de los Diputados tenían carácter urgente (en la IX, 297 de 297; en la X, 336 de 337 y en la XII, actualmente en curso, 115 de 115).

El art. 111 CE prevé la posibilidad de que una interpelación pueda dar lugar a una moción para que la Cámara *manifieste su posición* (y no *exprese su opinión*, como rezaba el anteproyecto constitucional —cfr. *BOC* 81, pág. 2971—). Para que así ocurra, el Grupo Parlamentario interpelante o aquel al que pertenezca el firmante de la interpelación deberá solicitarlo al día siguiente de que se haya sustanciado esta. Una vez que haya sido admitida por la Mesa, si es congruente con la interpelación, podrá incluirse en el orden del día de la siguiente sesión plenaria (RPCD 1983), pudiendo ser enmendada hasta seis horas antes del comienzo de la sesión, siguiéndose para su debate y eventual aprobación las normas que regulan las proposiciones no de ley (art. 184 RCD).

No podemos cerrar este comentario sin resumir, brevemente, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la materia que nos ocupa. Destaca la saga de asuntos en los que la Mesa de las Cortes Valencianas ha inadmitido, con la falta de motivación, con la que diversas preguntas parlamentarias (SSTC 74/2009, de 23 de marzo; 33/2010, de 19 de julio y 44/2010). En esta última el fallo del Alto Tribunal deja de ser meramente decla-

rativo (por haberse agotado la Legislatura), acordándose en el mismo la retroacción de las actuaciones al momento previo a que la Mesa hubiera dictado las resoluciones impugnadas. Esta práctica se ha mantenido en las posteriores SSTC 27/2011, de 14 de marzo; y 29/2011, de 14 de marzo. En todas ellas se acuerda también la retroacción de las actuaciones, lo que hace que el amparo sea eficiente.

Otra serie de pronunciamientos del Tribunal Constitucional rechaza, por lo general, la inadmisión de interpelaciones y preguntas parlamentarias por parte de la Mesa de la Asamblea de Madrid. Según el Alto Tribunal, no se puede acordar tal medida invocando una circunstancia no prevista en el Reglamento de la Asamblea de Madrid (STC 200/2014, de 15 de diciembre). Y esta misma senda se sigue en las SSTC 201/2014, de 15 de diciembre; 1/2015, de 19 de enero y 23/2015, de 16 de febrero. En todas ellas se acuerda la retroacción de las actuaciones, lo que hace que el amparo constitucional sea especialmente eficiente en estos casos. Es de justicia señalar que el Tribunal Constitucional sí considera legítima la inadmisión de otra pregunta en la STC 23/2015, de 16 de febrero, por haberse justificado tal decisión en una causa reglamentariamente prevista.

IV. ANEXO NORMATIVO

1. Normativa del Congreso de los Diputados

Preguntas: Arts. 185 y ss. RCD y RPCD de 10 de junio de 2008, modificada el 15 de noviembre de 2016, sobre preguntas de respuesta oral en Pleno.

Interpelaciones: Arts. 180 y ss. RCD y RPCD de 6 de septiembre de 1983, acerca de interpelaciones de carácter urgente.

Mociones: Art. 184 RCD.

2. Normativa del Senado

Preguntas: Arts. 160 y ss. NSPS de 23 de mayo de 2001, sobre preguntas urgentes.

Interpelaciones: Arts. 170 y ss. NSPS de 6 de diciembre de 1984, modificada por NSPS

de 23 de octubre de 1985, sobre interpelaciones de carácter urgente.

Mociones: Arts. 174 y ss. NSPS sobre tramitación de mociones, de 30 de noviembre de 1993, modificada por otras posteriores de 21 de marzo de 1995 y de 24 de febrero de 2005.

BIBLIOGRAFÍA

ARCE JANÁRIZ, A., *El Parlamento ante los Tribunales*, Aranzadi, Pamplona, 2004.

CAVERO GÓMEZ, M., «Las facultades de calificación y de admisión a trámite de la Mesa de Navarra en relación con una moción», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 35, 1995, págs. 313-330.

MARTÍNEZ ELIPE, L. y MORENO ARA, J. A., «Artículo 111», en ALZAGA VILLAAMIL, O., *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tomo VIII, Edersa, Madrid, 1998, págs. 751-822.

MOLERO ALONSO, D., *Las interpelaciones parlamentarias*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2003,

OSÉ ABANDO, J., «Interpelaciones y preguntas: sugerencias para su reforma», *Corts*, núm. 5, 1998, págs. 47-72.

SAINZ MORENO, F. (Ed.), *Constitución Española. Trabajos Parlamentarios*, Cortes Generales, Madrid, 1980, 4 vols.

SANTAOLALLA LÓPEZ, F., *El parlamento y sus instrumentos de información*, Edersa, Madrid, 1982.

— «Artículo 111», en GARRIDO FALLA, F., *Comentarios a la Constitución*, 3.^a ed., Civitas, Madrid, 2001, págs. 1708-1719.

YANES HERREROS, A., «Mociones, interpelaciones y preguntas», en PAU I VALL, F. (Coord.), *Parlamento y control del Gobierno*, Aranzadi, Pamplona, 1988, págs. 255-281.

Artículos 112, 113 y 114

Artículo 112

El Presidente del Gobierno, previa deliberación del Consejo de Ministros, puede plantear ante el Congreso de los Diputados la cuestión de confianza sobre su programa o sobre una declaración de política general. La confianza se entenderá otorgada cuando vote a favor de la misma la mayoría simple de los Diputados.

Artículo 113

- 1. El Congreso de los Diputados puede exigir la responsabilidad política del Gobierno mediante la adopción por mayoría absoluta de la moción de censura.*
- 2. La moción de censura deberá ser propuesta al menos por la décima parte de los Diputados, y habrá de incluir un candidato a la Presidencia del Gobierno.*
- 3. La moción de censura no podrá ser votada hasta que transcurran cinco días desde su presentación. En los dos primeros días de dicho plazo podrán presentarse mociones alternativas.*
- 4. Si la moción de censura no fuere aprobada por el Congreso, sus signatarios no podrán presentar otra durante el mismo período de sesiones.*

Artículo 114

- 1. Si el Congreso niega su confianza al Gobierno, este presentará su dimisión al Rey, procediéndose a continuación a la designación de Presidente del Gobierno, según lo dispuesto en el artículo 99.*
- 2. Si el Congreso adopta una moción de censura, el Gobierno presentará su dimisión al Rey y el candidato incluido en aquella se entenderá investido de la confianza de la Cámara a los efectos previstos en el artículo 99. El Rey le nombrará Presidente del Gobierno.*

CUESTIÓN DE CONFIANZA Y MOCIÓN DE CENSURA. ANÁLISIS DE LOS INSTRUMENTOS DE EXIGENCIA DE RESPONSABILIDAD POLÍTICA AL GOBIERNO EN EL CUARENTA ANIVERSARIO DE LA CONSTITUCIÓN

Sumario: I. Introducción. II. La cuestión de confianza. 1. Concepto. 2. Regulación, tramitación y efectos. 3. Práctica aplicativa de la cuestión de confianza. A) La cuestión de confianza de 1980. B) La cuestión de confianza de 1990. 4. Valoración. III. La moción de censura. 1. Con-

cepto. 2. Regulación y tramitación. 3. Efectos. 4. Práctica aplicativa de la moción de censura constructiva en España. A) La moción de censura de 1980. B) La moción de censura de 1987. C) La moción de censura de 2017. D) La moción de censura de 2018. 5. Valoración. IV. Reflexión final.

CRISTINA ELÍAS MÉNDEZ

PROFESORA TITULAR DE DERECHO CONSTITUCIONAL
UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA (UNED)

I. INTRODUCCIÓN

El Título V de la Constitución Española de 1978 recoge un ámbito clave del sistema parlamentario de gobierno: la regulación de las relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales, órganos entre los que debe existir en todo momento una relación de confianza y control. Mediante el acto de la investidura, la mayoría parlamentaria del Congreso de los Diputados otorga su confianza a un Presidente que liderará un programa de gobierno que va a desarrollar a lo largo de la legislatura. Pero la confianza del Parlamento no se otorga de manera incondicional, sino que le corresponde ejercer un constante control sobre las acciones y omisiones del Gobierno. El ejercicio del control parlamentario puede derivar en una pérdida de la confianza de la Cámara parlamentaria en el Gobierno, que necesariamente implicará su dimisión. Los mecanismos de exigencia de responsabilidad política del Parlamento sobre la actividad política del Ejecutivo que pueden conducir a su dimisión por contraposición a los instrumentos ordinarios y cotidianos de control son la cuestión de confianza y la moción de censura.

El proceso racionalizador, que a partir del período de entreguerras aspira a la positivización y sistematización del régimen parlamentario, persigue también un mayor grado de estabilidad gubernamental (MIRKINE-GUETZEVITCH, 1934), lo que conduce a distinguir el ejercicio de los instrumentos de control ordinarios de la posibilidad de exigencia de responsabilidad política, calificada por LOEWENS-

TEIN (1986) como «el instrumento más eficaz con que cuenta el Parlamento». En palabras del Tribunal Constitucional, «(j)unto al principio de legitimidad democrática de acuerdo con el cual todos los poderes emanan del pueblo —art. 1.2 de la CE— y la forma parlamentaria de gobierno, nuestra Constitución se inspira en un principio de racionalización de esta forma que, entre otros objetivos, trata de impedir las crisis gubernamentales prolongadas» (STC 16/1984, de 6 de febrero, FJ 6 y STC 141/1990, de 20 de septiembre, FJ 4). «El modelo parlamentario no ha de considerarse únicamente como un mero mecanismo técnico, sino que se inserta en el orden de valores y principios constitucionales, a los que sirve y que han de inspirar la interpretación de las normas que lo regulan» (STC 16/1984). Reflexión que completa en la STC 75/1985, de 21 de junio, FJ 5, al incardinar «los preceptos constitucionales (arts. 99.3 *in fine*, 112 y 113.1 básicamente) que pueden comprenderse como expresión de una exigencia racionalizadora en la forma de gobierno» en el contexto de «la experiencia de algunos períodos de nuestra historia contemporánea y la de algunos otros regímenes parlamentarios» en relación a los objetivos institucionales de proporcionar centros de dirección política eficaces.

II. LA CUESTIÓN DE CONFIANZA

1. Concepto

La cuestión de confianza es una institución clásica del Derecho parlamentario, que per-

mite como decíamos la exigencia de responsabilidad política, si bien se particulariza porque la iniciativa corresponde en este caso al Ejecutivo. Se trata de un mecanismo que permitirá al Presidente del Gobierno comprobar si continúa teniendo la confianza que el Congreso de los Diputados le otorgó en la investidura. Si este es el caso, la puesta de relieve de que sigue existiendo la relación fiduciaria reforzará la gestión del Ejecutivo. En caso contrario, la evidencia de la ruptura del vínculo básico de confianza entre el Parlamento y el Gobierno conducirá necesariamente a la dimisión del Presidente del Gobierno y del Gobierno formado por él. La singularidad de la cuestión como instrumento de exigencia de responsabilidad política en manos del Ejecutivo determina que las potenciales finalidades de su uso se amplíen, posibilitando al Gobierno no solo que compruebe el respaldo parlamentario con el que cuenta para cumplir su programa, para rehacerlo, para actualizarlo o para sustituirlo (OLLERO, 1986), sino también para utilizarlo como medida de presión frente a un Parlamento que esté dificultando la labor de dirección política del Gobierno.

2. Regulación y tramitación

La Constitución de 1978 introduce por vez primera la cuestión de confianza en un texto constitucional español, pues solo consta el precedente del desarrollo a través de prácticas parlamentarias del Estatuto Real de 1834. Hay que esperar a la Ley 51/1977, de 14 de noviembre, de Relaciones de las Cortes con el Gobierno de 17 de noviembre de 1977 para encontrar una primera regulación expresa de la cuestión de confianza. La Resolución de la Presidencia del Congreso de los Diputados de 15 de septiembre de 1980 ordenó, dadas las carencias de los Reglamentos Provisionales de las Cámaras (Reglamento del Congreso de los Diputados de 13 de octubre de 1977 y Reglamento del Senado de 18 de octubre de 1977) la tramitación de la primera cuestión de confianza. La actual regulación de la Constitución de 1978 en sus arts. 112 y 114.1, desarrollado por los

arts. 173 y 174 del vigente Reglamento del Congreso de los Diputados, trae causa de estos precedentes y también de la Ley Fundamental de Bonn, de la Constitución de la V República francesa y de la vigente Constitución italiana (GONZÁLEZ-TREVIJANO, 1996).

La propuesta de la cuestión de confianza corresponde al Presidente del Gobierno, a quien el art. 112.1 CE impone no obstante la previa deliberación en el Consejo de Ministros. La presentación de la cuestión supone pues una decisión unilateral del Presidente del Gobierno, ya que ha sido el Presidente quien ha recabado la confianza del Congreso en la sesión de investidura mediante la exposición del programa político del Gobierno que pretende formar (art. 99 CE) y a él encomienda la Constitución una labor clara de dirección política (arts. 98.2, 99, 100, 115).

Sin embargo, dada la trascendencia del acto de presentación de la cuestión, que puede comprometer la continuidad del Gobierno, se le impone al Presidente la obligación de deliberación previa en el Consejo de Ministros, cuyo apoyo contribuirá en su caso además a que la presentación de la cuestión goce de mejores perspectivas en cuanto al respaldo que vaya a encontrar en la Cámara Baja. Cobra especial sentido este requisito si consideramos que la pérdida de la cuestión afectará tanto al Presidente como a todos sus Ministros, obligados a dimitir (art. 114.2 CE). Especialmente en caso de un Gobierno de coalición, resulta por tanto coherente que el Presidente plantee sus intenciones en el Consejo de Ministros. Aunque la última palabra reside en el propio Presidente, quien no queda vinculado por el resultado de la deliberación, dado que es él, al fin y al cabo, el único depositario de la confianza del Congreso y por tanto el único que puede decidir someterse de nuevo a su aprobación.

La cuestión se plantea exclusivamente ante el Congreso de los Diputados. Dado que la Constitución, que opta con claridad por un bicameralismo imperfecto, hace responsable

únicamente al Congreso de la investidura del Presidente del Gobierno (art. 99 CE), y solo al Congreso corresponde plantear y dirimir una moción de censura, también la cuestión de confianza, a pesar de algunas de las propuestas de la etapa constituyente, se planteará exclusivamente ante el Congreso. Esta redacción final del precepto es pues adecuada al objeto de la cuestión de confianza, que puede ser planteada en el supuesto constitucional exclusivamente sobre el programa del Presidente del Gobierno o sobre una declaración de política general (arts. 112 CE y 173 RC).

Como subraya GONZÁLEZ-TREVIJANO (1996, 124), la confianza no se plantea pues directamente sobre la idoneidad del Presidente y su Gobierno, sino también sobre dos supuestos objetivos que complementan el factor subjetivo de la cuestión. La mención expresa de la posibilidad de plantear la cuestión sobre el programa político del Gobierno o sobre una declaración de política general excluye por tanto una tercera posibilidad: la presentación de la cuestión sobre un proyecto legislativo concreto o sobre parte del mismo. De modo que en la regulación constitucional de la confianza, al contrario del modelo francés, prima la generalidad y se impide la posibilidad de presentación de la cuestión sobre proyectos de ley o aspectos concretos. Durante el debate constituyente se consideró esta posibilidad, pero se desechó por el propio autor de la enmienda, SÁNCHEZ AGESTA (1978), quien puso con acierto en relación la mayoría que se iba a exigir para la aprobación de la cuestión con la concreción de los temas sobre los que la cuestión podía plantearse. Puesto que la opción constitucional finalmente iba a ser por la mayoría simple como mayoría suficiente para la aprobación de la cuestión, resulta lógico que no quepa plantear la cuestión sobre un tema concreto, pues supondría otorgar un excesivo poder al Ejecutivo, que podría utilizar la «amenaza de suicidio» que supone la cuestión (BLONDEL, 1972), como un chantaje para lograr el apoyo parlamentario a iniciativas legislativas carentes de respaldo de la Cámara, con el agravante de que implicaría la aproba-

ción de textos legislativos sin tramitación parlamentaria ulterior. Se pretende así evitar el abuso por parte del Poder Ejecutivo de la cuestión de confianza y desequilibrar en exceso el juego entre el Ejecutivo y el Legislativo en detrimento de este último (PECES-BARBA MARTÍNEZ, 1981, 75). Al fin y al cabo la cuestión puede resultar un arma del Ejecutivo para presionar al Parlamento, amenazado con la dimisión del Gobierno si no logra el respaldo necesario para sus objetivos. Cuestión distinta podría ser, en opinión de MONTILLA MARTOS, (2007, 518), que la generalidad de los términos permita incluir políticamente la referencia a un determinado proyecto de ley, ratificación de un tratado internacional, u orientación concreta de una determinada política.

En cuanto al primero de los supuestos objetivos, la alusión del art. 112.1 CE al programa del Presidente del Gobierno debe entenderse referida al programa que él presentó en el acto de investidura ante el Congreso de los Diputados (art. 99.2 CE), y que al plantear la cuestión de confianza decide someter de nuevo a la Cámara, sea para revalidar el apoyo al contenido en su día recibido, sea para que el Presidente plantee una modificación del mismo, utilizando la cuestión de confianza para lograr el respaldo de la Cámara a la nueva orientación política. En este supuesto cobraría especial sentido el recurso a la cuestión de confianza, dado que el sistema parlamentario aspira a que el Presidente gobierne en función de la voluntad del legislativo, y deberá efectivamente consultarle si decide cambiar de forma significativa sus objetivos de gobierno. El concepto de programa de gobierno abarca un contenido amplio, referido a todos los aspectos de dirección política que al Gobierno corresponden, y que ha quedado fijado en la investidura, dos rasgos que caracterizan este supuesto.

La «declaración de política general» supone en cambio la posibilidad de recabar la confianza de la Cámara sobre un aspecto algo más concreto que un programa, aunque los constituyentes insistieran —innecesariamente según

algunos autores— en su carácter «general» a fin de enfatizar la exclusión de la cuestión sobre proyectos legislativos concretos. Así, en la primera ocasión en que se planteó la cuestión de confianza por el Presidente Suárez el 16 de septiembre de 1980, este argumentaba ante el Congreso: «Utilizo un procedimiento constitucional de singular trascendencia porque creo que en las actuales circunstancias es necesario y beneficioso que el pueblo español conozca el respaldo que esta Cámara otorga a determinados propósitos de mi Gobierno en relación con algunas cuestiones fundamentales y urgentes para la vida de nuestro país». Tras enumerar los cuatro grandes objetivos que el Presidente Suárez entendía que España tenía planteados, proseguía: «Estamos persuadidos de que entre el conjunto de problemas hay dos ejes de cuestiones que inciden de una manera particularmente intensa en la actual situación española: se trata de la agudización, especialmente en términos de paro, de la crisis económica, y de la inmediata necesidad de continuar eficazmente la construcción del Estado democrático, tanto en su dimensión de Estado de libertades como en su dimensión del Estado de las Autonomías. Ambas cuestiones me aconsejan hoy, con la conformidad de mi Gobierno, la solicitud de una votación de confianza sobre estos dos aspectos de política general» (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 109, de 16 de septiembre de 1980, pág. 7071). Resulta interesante la crítica del Diputado Felipe González al hecho de que el Presidente no planteaba la cuestión sobre una declaración de política general, sino solo sobre algunos aspectos concretos, desvirtuando así la regulación constitucional: «Es evidente que esos problemas no se pueden separar, y ustedes los han separado gratuitamente, o más bien, los han separado para hacer algo que es lo que en el fondo está mal: para intentar concitar el máximo número de votos con las menores resistencias posibles, y eso se refleja en toda la declaración política» (*ibidem*, pág. 7183).

El 5 de abril de 1990 fue el propio González, entonces Presidente del Gobierno, quien planteó la segunda y hasta la fecha última

cuestión de confianza. En esta ocasión la delimitación del objeto de la confianza se formulaba por el Presidente del Gobierno en estos términos: «Yo no he planteado desde la tribuna una análisis de la gestión; lo reitero. La cuestión de confianza se plantea en torno a una declaración política cuyo contenido es: qué pasa en Europa, qué repercusión tiene para España y qué respuesta podemos ir dando a esa repercusión para España y a nuestra posición ante los acontecimientos europeos» (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 28, de 5 de abril de 1990, pág. 1091). Al igual que diez años antes, la oposición subrayaba ahora la falta de idoneidad del objeto de la consulta: «(...) aquí, para solicitar la confianza, no hay que hablar solo de algunas cuestiones, sino que hay que hablar también del bienestar de los ciudadanos, del Gobierno de la Nación y de la eficacia de las instituciones» (intervención de José María Aznar, *ibidem*, págs. 1058 y 1059).

Como ya hemos mencionado, y a pesar de la primera redacción del anteproyecto constitucional y de los debates constituyentes, se optó en la fase en el Senado por la supresión de la exigencia de la mayoría absoluta. Además de la paradoja que hubiera podido suponer la exigencia de una mayoría más alta para la aprobación de una cuestión de confianza que para lograr la investidura del Presidente del Gobierno (art. 99.3 CE), obstáculo que en todo caso hubiera podido ser salvado mediante la exigencia de la misma mayoría con que se hubiere obtenido la investidura en cada caso, la limitación de la exigencia a la mayoría simple contribuye a facilitar a un gobierno en crisis, que plantea la cuestión como instrumento para poner de relieve el mantenimiento de la confianza, la permanencia en el poder, contribuyendo así a la estabilidad gubernamental. La reflexión inversa supone que un Gobierno que cuenta con solo un escaso apoyo en el Parlamento puede recurrir a la cuestión para salvar una crisis y mantenerse a pesar de la misma en el poder, resultando por tanto la cuestión ineficaz para la resolución de la situación de inde-

finición. Buen ejemplo de esto fue la ya citada cuestión de 1980, con la que Suárez, a pesar de ganar la votación, no logró sentirse realmente respaldado, por lo que poco tiempo después presentó su dimisión, siendo investido a continuación Calvo Sotelo, también de UCD, como nuevo Presidente.

La cuestión de confianza debe presentarse mediante un escrito motivado del Presidente del Gobierno ante la Mesa del Congreso, acompañado de la certificación del Consejo de Ministros que acredite que se ha deliberado efectivamente sobre la presentación de la cuestión (art. 174.1 RC). No corresponde a la Mesa valorar la oportunidad de la presentación, sino que debe admitir y dar cauce a la cuestión que cumpla los requisitos formales. Una vez admitido el escrito de la cuestión por la Mesa, la Presidencia debe dar cuenta del mismo a la Junta de Portavoces, convocando el Pleno (art. 174.2 RC).

La presentación de la cuestión no implica ningún efecto jurídico previsto expresamente en la Constitución. A diferencia de la regulación de la moción de censura (art. 115.2 CE), no supone automáticamente la prohibición de disolución, si bien sería apropiada tal restricción desde un punto de vista de buena práctica política. Una vez tomada por el Presidente del Gobierno la decisión de plantear una cuestión de confianza, debe esperar a que el Congreso se pronuncie, facilitando la libre expresión de la voluntad de la Cámara (MELLADO PRADO, 1988, 254).

El debate se desarrolla conforme a las mismas reglas que el debate de investidura, correspondiendo al Presidente del Gobierno y, en su caso, a los miembros del mismo, las intervenciones allí establecidas para el candidato (art. 174.3 RC). Habrá, pues una primera intervención, sin limitación de tiempo, del Presidente del Gobierno, explicando las razones que le han llevado al planteamiento de la cuestión de confianza (art. 171.2 RC). A continuación intervendrá un representante de cada grupo parlamentario que lo solicite por

treinta minutos, pudiendo el Presidente o sus Ministros hacer uso de la palabra cuantas veces quieran (art. 171.3 RC). Si el Presidente opta por contestar individualmente a alguno de los intervinientes, este tiene derecho a réplica en diez minutos. Si el Presidente contesta en forma global a los representantes de los grupos parlamentarios, como fue el caso tanto en septiembre de 1980 como en abril de 1990, estos tendrán derecho a una réplica de diez minutos (art. 171.4 RC).

Una vez finalizado el debate, la propuesta de confianza será sometida a votación, siempre y cuando hayan transcurrido un mínimo de veinticuatro horas desde la presentación de la cuestión (art. 174.4 RC). Se introduce así un plazo de enfriamiento, no tan largo como en el caso de la moción de censura, pero igualmente destinado a racionalizar la tramitación de este mecanismo de exigencia de responsabilidad política, evitando precipitaciones. Este plazo resulta fácil de respetar debido a la necesaria celebración de un debate, que dilata la tramitación, como fue el caso tanto en el 80 como en el 90. La votación sobre la cuestión se producirá en el momento que previamente haya anunciado la Presidencia de la Cámara (art. 174.4 RC). Será una votación pública por llamamiento, al igual que en el caso de la votación de investidura y de la moción de censura, a fin de responsabilizar a los Diputados del voto que emitan, de enorme trascendencia por su repercusión sobre la continuidad del Gobierno, pero también en especial desde la perspectiva de una cuestión de confianza que aspira a evidenciar los apoyos parlamentarios al ejecutivo (art. 85.2 RC). Como ya hemos comentado, la confianza se entiende otorgada cuando obtenga el voto de la mayoría simple de los Diputados (arts. 112 CE y 174.5 RC). Cualquiera que sea el resultado de la votación, el Presidente del Congreso lo comunicará al Rey y al Presidente del Gobierno (art. 174.6 RC).

Los efectos jurídicos de la cuestión de confianza se recogen en el art. 114.1 CE. La pérdida de la votación de la cuestión en el Congreso lleva

aparejada la dimisión del Presidente del Gobierno y con él de todo su Gobierno, supuesto que no se ha producido todavía en nuestra práctica constitucional. El Gobierno presenta su dimisión al Rey, quedando como Gobierno en funciones hasta que tiene lugar de nuevo el proceso de investidura, del que saldrá el nuevo Presidente que formará un nuevo gabinete. Entendemos que queda descartada la posibilidad de que el Presidente del Gobierno en funciones recurra en este momento al derecho de disolución (art. 115 CE), pues aunque no se excluya expresamente supondría un fraude a la previsión del art. 114.1 CE.

Los efectos jurídico y político de la pérdida de la votación son por tanto claros. Más controvertido y supeditado a las circunstancias coyunturales es el efecto político del resultado favorable de la votación en una cuestión de confianza. De ello resultan buenos ejemplos las dos prácticas aplicativas de la cuestión de confianza con que contamos hasta el momento en la etapa posterior a 1978.

3. Práctica aplicativa de la cuestión de confianza

A) *La cuestión de confianza de 1980*

Los dos supuestos de cuestión de confianza habidos hasta el momento se inscriben en dos contextos políticos muy diferentes. En 1980 la UCD, con Suárez como Presidente del Gobierno, atravesaba una serie crisis interna que había provocado la descomposición del grupo parlamentario y la pérdida de varias votaciones en el Congreso que dificultaban la acción de gobierno. Además, buscaba recuperar la iniciativa política y responder al serio daño político que le había causado en la primavera de 1980 la presentación de una moción de censura fallida por la oposición, proponiendo como candidato alternativo a Felipe González. El Presidente Suárez decidió en septiembre de dicho año plantear una cuestión de confianza a fin de forzar la disciplina de los Diputados de su grupo parlamentario. Suárez

logró superar la cuestión de confianza gracias a los apoyos de la UCD, del Grupo Andalucista y de la Minoría Catalana. Sin embargo, el triunfo jurídico no encontró su correlato en una consolidación política de su situación, lo que le llevó a dimitir unos meses más tarde, dando lugar a la accidentada investidura de Calvo Sotelo el 23 de febrero de 1981, marcada por el intento de golpe de Estado. La cuestión de confianza no sirvió por tanto en esta ocasión para la finalidad con que se había planteado, prolongando innecesariamente una situación de crisis que solo pudo comenzar a resolverse con la dimisión de Suárez y definitivamente con la celebración de elecciones generales en 1982.

B) *La cuestión de confianza de 1990*

Muy distintas fueron las circunstancias que rodearon la presentación de la cuestión por Felipe González como Presidente al inicio de la cuarta legislatura. El Presidente había anunciado la presentación de la cuestión con el propósito de combatir la sombra de oscuridad que sobre la legitimidad de sus apoyos parlamentarios se cernía dada la conflictividad que había rodeado la obtención de escaños en las elecciones generales. Una vez resueltos los contenciosos surgidos tras las elecciones generales, el Presidente González utilizó en abril de 1990 el mecanismo de la cuestión para poner de relieve el amplio apoyo del que gozaba en el Congreso de los Diputados para desarrollar su programa de gobierno. Ganó la cuestión de confianza por mayoría absoluta, reforzando así su posición al inicio de la legislatura.

4. Valoración

La cuestión de confianza se presenta pues como un instrumento constitucional de exigencia de responsabilidad política que permite la vigencia de la relación de confianza entre Gobierno y Parlamento como elemento clave del sistema parlamentario de gobierno. Su es-

casa utilización en la práctica resulta acorde a su carácter de instrumento extraordinario de control político, con la peculiaridad de que su iniciativa parte del Ejecutivo, concretamente del propio Presidente del Gobierno.

En el balance de cuarenta años de andadura constitucional, y a pesar de las modificaciones experimentadas en el sistema de partidos en los últimos años, resulta reseñable, precisamente, la ausencia de novedades. No ha habido variaciones legislativas relevantes que afecten a la cuestión de confianza ni sentencias del Tribunal Constitucional sobre la materia en el plano estatal. Esto guarda sin duda estrecha relación con la ausencia del recurso en la práctica a este instrumento.

A pesar de la debilidad de los ejecutivos de las legislaturas más recientes, y de la evolución de la relación de fuerzas entre los partidos (del bipartidismo al multipartidismo), se ha aludido en el debate político a la cuestión de confianza solo tangencialmente, y a iniciativa de la oposición. Así, el PSOE, en la decimosegunda legislatura en la oposición, no pudiendo hacer efectiva una moción de censura por las dificultades para su planteamiento y por las escasas posibilidades de que prospere, ha instado al Presidente del Gobierno a recurrir a la cuestión de confianza en caso de no poder aprobar los Presupuestos Generales del Estado.

En caso de debilidad interna los Ejecutivos, salvo en caso de supuestos similares a los ya planteados en la práctica y en los que normalmente contarán con garantías de éxito, generalmente preferirán el recurso al derecho de disolución para desbloquear situaciones de inestabilidad parlamentaria.

Transcurridas cuatro décadas de práctica constitucional, y al margen del debate sobre la oportunidad y viabilidad de una eventual reforma del texto de nuestra Norma suprema, conviene reflexionar críticamente sobre las diversas instituciones y sus posibilidades de mejora. En el caso de la cuestión de confian-

za, podemos sugerir la conveniencia de recoger expresamente la prohibición de recurrir al derecho de disolución tanto una vez planteada la misma como en caso de pérdida de la votación de la confianza, tal y como se prevé en caso de moción de censura (art. 115.2 CE).

Más controvertida resulta la regulación del otro instrumento de ingeniería constitucional que complementa la posibilidad de exigencia de responsabilidad política: la moción de censura.

III. LA MOCIÓN DE CENSURA

1. Concepto

La moción de censura continúa siendo indispensable en el sistema parlamentario de gobierno en cuanto instrumento que permite la adecuación y ajuste de la relación de confianza entre el Parlamento y el Gobierno. Al igual que ocurre con la cuestión de confianza, a la moción de censura no se recurre frecuentemente. Sin embargo, constituye un mecanismo esencial de la sutil arquitectura del sistema de gobierno parlamentario como imprescindible instrumento para la exigencia de responsabilidad política de la confianza que el Congreso de los Diputados deposita en el Presidente del Gobierno (VIRGALA FORURIA, 1988). La moción de censura se configura como el mecanismo que permite al Congreso de los Diputados expresar al Presidente del Gobierno que este ha perdido la confianza en él depositada en la investidura de modo que necesariamente, si la votación parlamentaria sale adelante, el Presidente y su Gobierno deberán dimitir. La moción de censura ejerce una relevante influencia en la vida política también por la simple posibilidad de recurrir a ella o por mera la alusión a la misma (ELÍAS MÉNDEZ, 2005, 14).

Uno de los principales rasgos de la moción de censura del art. 113 CE es su carácter constructivo. El voto de censura constructivo resulta un rasgo novedoso en nuestro panora-

ma constitucional. Fue importado del modelo alemán no tanto en razón de las experiencias pasadas, como fue el caso de la Ley Fundamental de Bonn, sino en atención a las preocupaciones por la estabilidad durante la etapa constituyente. En los debates constituyentes, a pesar de la excepcionalidad de la moción de censura constructiva en el Derecho constitucional comparado y en la propia tradición constitucional española, esta fue presentada, paradójicamente, como imprescindible e inherente al sistema de parlamentarismo democrático moderno (MONTERO GIBERT, 1979, 26).

2. Regulación y tramitación

El art. 113 CE regula en sus cuatro apartados la tramitación de la moción de censura, completada por el Reglamento del Congreso de los Diputados en sus arts. 175 a 179. La regulación de la moción de censura está marcada por el carácter racionalizado que trata de dificultar la presentación de mociones de censura o cuando menos de evitar su presentación sin un significativo respaldo de un cierto número de Diputados, buscando limitar en última instancia la inestabilidad del sistema. Así, destaca en primer lugar la exigencia de un número mínimo de proponentes, en concreto, la décima parte de los Diputados (treinta y cinco), requisito que pretende evitar que miembros aislados de la Cámara alteren el normal funcionamiento de la institución (art. 113.2 CE). Dicha regulación exige por tanto, un apoyo considerable para comenzar la tramitación de la censura.

El segundo requisito en la regulación constitucional de la moción es el que le dota de su característico apellido de «constructiva», directamente importado, como decíamos, de la Constitución alemana vigente: el escrito de propuesta de censura debe incluir necesariamente un candidato a la Presidencia del Gobierno, un candidato «que haya aceptado la candidatura», según especifica el art. 175.2 del Reglamento del Congreso. La peculiaridad de la moción de censura constructiva es-

triba en que aúna en un solo acto dos procesos de naturaleza y contenido diferentes, como son la censura y la investidura (MONTERO GIBERT y GARCÍA MORILLO, 1984, 161), tornándose la censura en una «forma extraordinaria de investidura del Presidente del Gobierno entre dos procesos electorales» (SOLÉ TURA y APARICIO PÉREZ, 1984, 212).

El art. 175.2 RC añade que la moción de censura debe presentarse en escrito motivado, lo que permite no solo a los parlamentarios, sino igualmente a los ciudadanos conocer las causas de la moción, de conformidad con los principios de claridad, transparencia y publicidad que deben regir la vida parlamentaria. La Mesa del Congreso comprueba que el escrito de presentación de la moción de censura reúne los requisitos señalados y si estos concurren la admite sin discrecionalidad alguna a trámite, dando cuenta al Presidente del Gobierno y a los portavoces de los grupos parlamentarios (art. 176.1 RC). El art. 115.2 CE impide a partir de ese momento al Presidente del Gobierno la disolución del Congreso, del Senado o de las Cortes Generales mientras esté en trámite la moción de censura, a fin de no obstaculizar el normal desarrollo del procedimiento de exigencia de responsabilidad política.

Se impone un plazo de enfriamiento o reflexión de cinco días hábiles entre la presentación de la moción y su votación, un lapso de tiempo llamativamente largo —aunque tomado de la Constitución de la II República— para la finalidad perseguida: evitar la precipitación en la votación, impidiendo la formación de mayorías casuales por la concurrencia de circunstancias excepcionales, además de servir también para proporcionar al jefe del Gobierno la justa oportunidad de reunir apoyos suficientes para enfrentarse a la votación de la moción. Se trata en fin de un elemento más del proceso racionalizador que persigue en última instancia garantizar que la votación sea la expresión meditada y segura de la voluntad de la mayoría parlamentaria. Existe la posibilidad de presentar mociones alternati-

vas en los dos primeros días del citado plazo (arts. 113.3 CE y 176.2 RC), rasgo singular, salvo en el precedente alemán, en el Derecho comparado, que posibilita en todo caso la flexibilidad de las propuestas.

Aunque no se prevé expresamente en el art. 113 CE, no se pone en duda la conveniencia y necesidad de que la votación de la moción o mociones vaya precedida de un debate, acorde asimismo con la naturaleza y lógica parlamentaria (art. 177.1 a 3 RC). Puesto que ni constitucional ni reglamentariamente se establece ningún plazo de dilación para el comienzo del debate, este podrá iniciarse cuando así lo fije el Presidente del Congreso de los Diputados, que habrá convocado el Pleno al efecto. No obstante, resulta sensato esperar el transcurso de los dos días en que se pueden presentar mociones de censura alternativas, a fin de evitar el desorden en la tramitación de las mismas. Dado que la presentación de la moción de censura supone la apertura de un lapso temporal de incertidumbre y expectación, se ha señalado que convendría paralizar el resto de actividad parlamentaria y concentrar todos los esfuerzos en la pronta resolución de la exigencia de la responsabilidad política. En caso de concurrir una moción de censura y una cuestión de confianza (ninguna regulación impide esta circunstancia), se considera que, aun habiéndose presentado la cuestión de confianza con posterioridad, y siempre que no haya comenzado el debate de la censura, debe darse preferencia a la cuestión de confianza, puesto que su tramitación más rápida y sencilla posibilitará la más pronta resolución del *impasse* político.

Las dos primeras intervenciones en el debate corresponden, por este orden, a la defensa que uno de los Diputados firmantes debe realizar de la moción de censura, explicando las razones de la misma tanto al resto de Diputados como a los ciudadanos en general, participando a continuación el candidato propuesto en la moción para la sustitución del Presidente del Gobierno. No puede por menos que llamar la atención el hecho de que no

se prevea la actuación del Presidente del Gobierno y que evidencia que la variante constructiva de la censura supone la unión entre la censura y la investidura, desarrollándose las distintas fases del debate que preceden a la votación de forma idéntica a la establecida en el Reglamento del Congreso para el de investidura.

La previsión expresa de la intervención del candidato propuesto ha venido a atajar algunas críticas que apuntaban que sin la debida exposición y correspondiente debate en torno al programa político del gobierno que pretende formar faltaba un importante requisito en la posible investidura del nuevo Presidente. Por esta razón, la fórmula empleada por el art. 177.1 RC «podrá intervenir» debe entenderse en el sentido de que el candidato propuesto «deberá» hacerlo (VÍRGALA FORURIA, 1988, 250-252). Por otra parte, en relación con los debates en general, el art. 70.5 RC establece la posibilidad de que los miembros del gobierno puedan hacer uso de la palabra siempre que lo soliciten, «sin perjuicio de las facultades que para la ordenación de los debates corresponden al Presidente de la Cámara». La no limitación temporal de las intervenciones de censura y de defensa de la candidatura a Presidente del Gobierno muestra la trascendencia de las mismas. En cambio, sí se impone una restricción de treinta minutos a las intervenciones que, tras la preceptiva interrupción destinada a la organización de la estrategia de las distintas fuerzas parlamentarias y a la preparación de sus discursos, efectuarán en el debate propiamente dicho de la moción los representantes de cada uno de los grupos parlamentarios de la Cámara. El turno de réplica o rectificación se limita a diez minutos para todos los intervinientes.

La posibilidad de acordar el debate conjunto de todas las mociones de censura presentadas se ha estimado disfuncional por algunos autores que opinan que puede introducir confusión en cuanto a los términos de un debate ya de por sí poco claro por la doble naturale-

za de la moción de censura constructiva, que tiende a convertir el debate en una crítica al candidato alternativo en vez de la pertinente crítica al Presidente y al Gobierno destinatarios de la operación de censura. En este sentido, aducen MONTERO GIBERT y GARCÍA MORILLO (1984, 175 y 176) que «(e)n principio, sería de esperar que cada una de las intervenciones parlamentarias responda a la doble naturaleza de la moción de censura constructiva, explicando al resto de la Cámara y a la opinión pública su postura sobre los motivos de la censura al Gobierno y sobre el programa del candidato que aspira a presidirlo si aquel resulta destituido (...) Pero es de temer, sin embargo, que ambas queden difuminadas, cuando no confundidas, en el curso del debate (...) (E)sa fue precisamente una de las principales notas que caracterizó al debate de la moción de censura presentada en 1980».

La aprobación de una moción de censura requiere, en todo caso, el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros del Congreso de los Diputados, 176 diputados (arts. 113.1 CE y 177.5 RC). Llama la atención el contraste existente entre la mayoría simple, suficiente en los procesos de la investidura y de la cuestión de confianza, y la mayoría absoluta que requiere el voto de censura, pudiendo criticarse que tal distinción rompe la simetría parlamentaria propia de la elección del Presidente del Gobierno. Se trata sin embargo de un requisito que, aunque al sumarse al carácter constructivo de la moción imposibilita prácticamente el triunfo de la misma, resulta pertinente en relación con la concepción y regulación del voto de censura como una medida excepcional que no debe interferir ordinariamente en el transcurso de la vida parlamentaria y gubernamental. De conformidad con el art. 177.4 RC, «(1)a moción o mociones de censura serán sometidas a votación a la hora que previamente haya sido anunciada por la Presidencia». A diferencia del desarrollo de la votación en la Cámara Baja alemana, que se efectúa, por prescripción del art. 97.2 del Reglamento del *Bundestag*, mediante papeletas secretas, la votación en el Congreso será —al igual que en

los casos de investidura del Presidente del Gobierno o de cuestión de confianza— pública por llamamiento, ordenación acorde con la debida responsabilización pública de los Diputados en una votación de tal trascendencia. El art. 177.3 RC establece que, a pesar de que puede acordarse el debate conjunto de todas las mociones incluidas en el orden del día, estas deberán ser sometidas a votación por separado, siguiendo el orden de su presentación. En caso de aprobarse una moción de censura, no será ya necesario someter a votación las restantes que se hubieran presentado.

3. Efectos

Se contemplan en el art. 114.2 CE los efectos de la aprobación de una moción de censura. Una sola votación posee, de conformidad con la doble naturaleza de la moción de censura constructiva, un doble efecto: la dimisión forzosa o caída del Gobierno anterior y el otorgamiento de la investidura al candidato propuesto como Presidente del Gobierno. Así, en caso de prosperar la moción, el Presidente del Congreso de los Diputados debe ponerlo inmediatamente en conocimiento del Rey y del Presidente del Gobierno, quien deberá, dado que no se establece un plazo determinado, presentar inmediatamente su dimisión. Puesto que se considera al candidato investido de la confianza de la Cámara, no resultará necesario —a diferencia del caso de pérdida de la votación de la cuestión de confianza— recurrir de nuevo al procedimiento de investidura del art. 99 CE. El Rey no posee discrecionalidad alguna en relación con esta operación, sino que debe nombrar automáticamente al candidato electo como Presidente del Gobierno, con el refrendo del Presidente del Congreso. Seguidamente, el nuevo Presidente procederá a formar gobierno. De este modo, con la fusión de la dimisión y la investidura se acorta y facilita la resolución de la crisis, tal y como se pretende con el carácter constructivo de la moción.

En el propio art. 113.4 CE se regula el efecto jurídico de la no aprobación de una moción

de censura, que consiste en una limitación más impuesta a los promotores: «Si la moción de censura no fuere aprobada por el Congreso, sus signatarios no podrán presentar otra durante el mismo período de sesiones», agregando el art. 179 RC que «ninguno de los signatarios de una moción de censura rechazada podrá firmar otra durante el mismo período de sesiones. A estos efectos, la presentación en período entre sesiones se imputará al siguiente período de sesiones». Se pretende con esta restricción evitar la posible paralización de la función de dirección gubernamental por la constante presentación de votos de censura. La limitación de los efectos de esta sanción es doble (art. 179 RC): solo afecta al mismo período de sesiones en que se rechazó la moción y únicamente se aplica a los Diputados signatarios de una moción que haya efectivamente llegado a ser rechazada tras una votación. Por último, conviene no olvidar que un efecto adicional del fracaso de la moción de censura consiste en la reactivación de la posibilidad, hasta ese momento paralizada, de disolución del Congreso, del Senado o de las Cortes Generales por el Presidente del Gobierno (art. 115.2 CE).

4. Práctica aplicativa de la moción de censura constructiva en España

A) *La moción de censura de 1980*

Apenas un año y medio después de la aprobación de la Constitución se planteó la primera aplicación práctica de su art. 113. Si se ha criticado que la moción de censura resulta apenas operativa como instrumento de control jurídico del gobierno, esta primera experiencia puso de manifiesto que las consecuencias políticas de la moción pueden poseer, sin embargo, gran relevancia. En mayo de 1980, los grupos socialistas del Congreso presentaron una moción de censura contra el entonces Presidente del Gobierno, Adolfo Suárez. En la fecha de presentación de la misma, dado que aún no se había aprobado el Reglamento definitivo del Congreso de los Diputados, se care-

cía de una regulación jurídica de la tramitación del voto de censura, por lo que se procedió por la Presidencia de la Cámara a dictar la Resolución de 28 de mayo de 1980 que ordenaba el debate y votación de las mociones de censura. Tal Resolución fue posteriormente incorporada, sin apenas modificaciones, al Reglamento del Congreso.

Se considera que el momento elegido para la presentación de la moción fue impecable desde el punto de vista parlamentario, por cuanto se efectuó durante una sesión del Pleno del Congreso, dentro de un debate de política general. Como motivación de la moción se adujeron las siguientes razones: la ineficacia en la construcción del Estado democrático y de las autonomías, la desorganización y corrupción de la Administración, el fracaso en lo relativo a los grandes objetivos de política económica y en la lucha contra la inflación y el paro, la insuficiencia de la política social y el deterioro de los servicios públicos y, por último, la falta de un proyecto autonómico (*BOCD-CD*, I Legislatura, núm. 403-1, de 13 de junio).

Uno de los principales rasgos de la experiencia de 1980 fue, sin lugar a dudas, el protagonismo del que gozó, a lo largo de todo el procedimiento, la figura del candidato propuesto para la sustitución del Presidente del Gobierno, Felipe González, protagonismo favorecido por la confusión entre la censura y la investidura que propicia la normativa. Así describen MONTERO GIBERT y GARCÍA MORILLO (1984, 187) esta peculiaridad, que rayaba lo anómalo en cuanto a la finalidad de la moción de censura, aunque resulta coherente con la regulación efectiva del procedimiento: «Casi todos los grupos parlamentarios actuaron como si la censura, que es el principal objetivo del art. 113, fuese solo una excusa procedimental para dilucidar la cuestión esencial, que se centraba en examinar si el candidato merecía la confianza de la Cámara para ser votado». En efecto, tanto el debate como las razones esgrimidas por los distintos grupos para justificar el sentido de la votación giraban en torno a la idoneidad del candidato, ob-

viando la crítica o exigencia de responsabilidad al Gobierno, cuyo grupo parlamentario contribuyó a su vez a centrar la atención sobre los «censuradores». Frente a las pretensiones del principal partido de la oposición, se contrapusieron argumentos como el reproche por aspirar a la Presidencia del Gobierno sin haber ganado unas elecciones democráticas, disfunción inevitablemente ligada a la doble naturaleza de la moción de censura constructiva.

El resultado de la votación fue de 152 votos a favor de la moción (los de PSOE, PCE, PSA y algunos Diputados del grupo mixto), 166 en contra (los de UCD), 21 abstenciones (las de CD, Minoría Catalana y restantes miembros del grupo mixto) y 11 ausencias. La iniciativa de la moción, aunque no pudo prosperar al obtener únicamente 152 de los 176 votos requeridos, tuvo no obstante unos efectos políticos muy beneficiosos para los promotores de la misma, acordados además con sus intenciones. Se logró, aprovechando la crisis que atravesaba UCD, poner de relieve el escaso apoyo efectivo de las distintas fuerzas políticas al Gobierno; evidenciar ante los parlamentarios y los ciudadanos los puntos débiles de la gestión gubernamental; y, finalmente, se presentó la alternativa socialista de cara a las siguientes elecciones generales. En efecto, la tramitación de la moción de censura, hábilmente gestionada, redundó en un fortalecimiento del grupo socialista, produciéndose un debilitamiento del Gobierno aun habiendo fracasado la moción, lo que se evidenció unos meses más tarde al experimentar esta la necesidad de plantear una cuestión de confianza, según vimos en el apartado anterior. El triunfo de la cuestión de confianza proporcionó al Presidente Suárez cuando menos un reforzamiento, aunque efímero. En 1982 el PSOE ganaba las elecciones generales por mayoría absoluta.

B) *La moción de censura de 1987*

Muy distintas fueron las circunstancias políticas que rodearon la moción de censura en

1987, aunque existía una importante coincidencia entre ambas: el objetivo principal de las mociones de 1980 y de 1987 no consistía en derribar al Gobierno, sino en conseguir unos determinados efectos políticos, lo que venía a confirmar la desvirtuación de la institución de la moción de censura constructiva.

En marzo de 1987 el grupo popular del Congreso presentó una moción de censura contra el Gobierno socialista dirigido por Felipe González. Contrariamente a la experiencia de 1980, se ha considerado inoportuno el momento elegido para la presentación de la misma, pues apenas un mes antes se había celebrado el debate sobre el estado de la nación. En esta ocasión, fueron seis los argumentos que motivaban formalmente la moción: el deficiente funcionamiento de los servicios del Estado, la ineficaz gestión económica, ineficacia e inadecuación de la Administración Central, la errática política exterior y de defensa, la actitud intervencionista del Estado y, por último, la ausencia de cauces de diálogo entre la sociedad y las instituciones (*BOCG-CD*, III Legislatura, Serie D, núm. 56, 26 de marzo de 1987).

De nuevo, la estructura propia de la moción de censura constructiva concentró una parte importante del interés inicial en la figura del candidato presentado a la presidencia, Antonio Hernández Mancha, flamante Presidente de Alianza Popular, aunque distintas circunstancias no propiciaron en esta ocasión el lanzamiento de su figura. Frente a la moción de censura, el partido ahora gobernante esgrimiría argumentos similares a los que en 1980 habían sido utilizados en contra de su iniciativa de moción de censura: puesto que el voto de censura no contaba con posibilidades reales de prosperar, se estaba utilizando la moción con una finalidad distinta a la constitucionalmente prevista. Como cabía esperar, la votación se saldó en contra de la moción de censura, con un resultado de 67 votos a favor (Alianza Popular y Unión Valenciana), 195 votos en contra (PSOE, IU, PNV, EE y AIC) y 71 abstenciones (CiU, CDS, PDP, PL y siete

Diputados del grupo mixto). Una vez más, los distintos grupos parlamentarios encontraron dificultades al tener que pronunciarse en una única votación respecto a la censura y la investidura, pues, aun compartiendo la censura al Gobierno, no deseaban otorgar la confianza de la Cámara al candidato propuesto.

Los objetivos políticos del principal partido de la oposición que efectivamente subyacían a la presentación del voto de censura consistían en rentabilizar la conflictividad social vivida en el invierno de 1986-1987; reafirmar la primacía de Alianza Popular entre los partidos de oposición, perfilándose así como plausible alternativa de gobierno; y en promover la candidatura del Senador Hernández Mancha. Sin embargo, y a diferencia del desarrollo de los acontecimientos en 1980, el resultado político de la iniciativa no fue favorable a los responsables de la misma, que eligieron para la presentación de la moción un momento y unas circunstancias políticas poco propicias. Más que la presentación y toma en consideración del programa de gobierno del candidato de Alianza Popular, se transformó el debate en una crítica al mismo, poniéndose de relieve la inexistencia de una verdadera alternativa de gobierno en aquel momento, lo que redundó en un fortalecimiento del Gobierno del PSOE.

En contra de lo esperado, pues, se habían presentado en los primeros años de andadura democrática, en un intervalo de siete años, dos mociones de censura. Sin embargo, el hecho de que entre 1987 y 2017 no se haya reiterado el recurso a tal técnica de exigencia de responsabilidad política confirma el cumplimiento de las intenciones y pronósticos iniciales de que se iba a tratar de una medida de carácter extraordinaria, reservada únicamente a situaciones de carácter excepcional.

C) *La moción de censura de 2017*

Hubo, pues, que esperar treinta años para un nuevo recurso a la moción de censura en el

plano estatal, seguramente propiciada por la aparición de nuevos partidos en la escena política y la consolidación del multipartidismo. La moción de censura planteada por Unidos Podemos contra Mariano Rajoy en abril de 2017 comparte con las anteriores el objetivo de presentar a un líder de la oposición como viable Presidente del Gobierno, además de aprovechar la crisis o debilidad del partido gobernante. Y su originalidad estriba en haber sido la moción de censura propuesta por el segundo, y no por el primer partido de la oposición. Añade así, además de la connotación de esa pretendida proyección política, la pretensión adicional de desplazar como alternativa al referido primer partido de la oposición, al PSOE.

Con respecto al momento de presentación, en mayo de 2007, la moción de censura se plantea ante un Gobierno que viene sufriendo las consecuencias de escándalos de corrupción, y mientras el PSOE se encuentra inmerso en un proceso de primarias y, por tanto, de debilidad interna para presentar una moción alternativa, lo que sin embargo Unidos-Podemos le ofrecía en la práctica.

La fijación de la fecha del debate resultó condicionada por la tramitación de la Ley de Presupuestos, prioritaria, y por los anteriores compromisos del Congreso. De modo que el debate fue finalmente celebrado el 13 de junio, iniciado por la portavoz de Unidos-Podemos, Irene Montero, y protagonizado por el candidato a Presidente del Gobierno, Pablo Iglesias. También el Presidente Mariano Rajoy hizo profuso uso de su derecho a intervenir protagonizando el enfrentamiento dialéctico con el candidato durante la primera jornada del debate y consiguiendo así no dejarse arrebatar protagonismo en la Cámara por el candidato.

La segunda jornada del debate se cerró con la votación en la que se rechazó la moción con los siguientes resultados: 170 votos en contra (PP como partido en el gobierno y los partidos que le han prestado apoyo en la investidura).

ra, Ciudadanos y Coalición Canaria), 82 votos a favor (Podemos y sus confluencias, Compromís, ERC y Bildu) y 97 abstenciones (PSOE, PNV y PDeCAT). En un contexto político fragmentado, el partido impulsor no negoció, significativamente, alianzas previas a la moción de censura, por lo que finalmente cosechó escasos apoyos en la votación final.

Este recurso a la moción de censura parece confirmar algunos rasgos de la práctica aplicada ya observados con anterioridad. Resulta de interés analizar los efectos políticos de una institución cuyo resultado jurídico ha sido, como en anteriores ocasiones, negativo y previsible. Se confirma así el uso electoralista de una institución inicialmente ideada con otra finalidad. La moción de censura constructiva raramente tendrá, pues, la consecuencia de exigencia de responsabilidad política y resulta más bien usado como un arma electoral orientada a las siguientes citas electorales. Conviene así pues en la valoración de los efectos políticos de la moción tener en cuenta la ejecución concreta y las circunstancias políticas que condicionan la misma. En este caso, el propio candidato pretendía una estrategia de relanzamiento ante una cierta parálisis que le asediaba, con la pretensión adicional de desplazar al líder de la oposición. En la valoración del debate debe no obstante aludirse a la actuación del Presidente del Gobierno que utilizó dicha confrontación para la crítica a un partido al que recordó su papel de tercero en el panorama político de la duodécima legislatura.

Esta tercera moción de censura se saldó finalmente con escaso alcance político, tal y como ya se había vaticinado por algunas voces. Las intenciones electoralistas resultaron evidentes al no haber el partido impulsor realizado la recomendable labor de tejer acuerdos previos con otras fuerzas políticas. El propio partido reconocía finalmente que no pretendían si no el rédito electoral.

Esta última experiencia confirma, pues, el uso de la moción de censura como instrumen-

to electoral al servicio de los partidos de la oposición, alejada en la práctica de su finalidad para la exigencia de responsabilidad política. No obstante, cabe reconocer que —en cuanto institución de control parlamentario— permite situar el debate político en el seno de la Cámara de representación ciudadana y revitalizar el Parlamento, si bien únicamente durante un breve lapso de tiempo.

En la práctica los resultados políticos del impulso y presentación de una moción de censura no son homogéneos ni previsibles, variando en función de las circunstancias políticas y de la habilidad de los distintos líderes implicados, en particular del candidato y del Presidente del Gobierno.

D) *La moción de censura de 2018*

Dados los antecedentes de la práctica aplicada de esta institución en España, resultó cuando menos inesperado el resultado de la moción de censura presentada por el PSOE en mayo de 2018, apenas un año después del anterior precedente.

La gran novedad respecto a supuestos anteriores estribaba en que probablemente fue la primera vez que la moción de censura constructiva se planteaba no solo con fines electoralistas sino persiguiendo la auténtica finalidad para la que fue diseñada: la posibilidad de exigencia de responsabilidad política que, si no se lograba, de nuevo cuando menos habría de relanzar la figura del candidato como alternativa viable a la presidencia del gobierno.

La presentación de la moción se justificó como respuesta del PSOE, principal partido de la oposición, a la sentencia del caso Gürtel y a la falta de reacción política del Presidente del Gobierno a la misma. Por otra parte, el Gobierno presidido por Mariano Rajoy parecía gozar de una cuando menos aparente tranquilidad basada en haber logrado, a pesar de su debilidad parlamentaria, aprobar los Presupuestos de 2018.

Así, pues, en escrito firmado el 25 de mayo de 2018, 84 diputados del Grupo parlamentario socialista presentaron la moción de censura al Gobierno presidido por Mariano Rajoy, incluyendo como candidato a la Presidencia del Gobierno a Pedro Sánchez, quien había renunciado a su acta de Diputado en octubre de 2016 y no gozaba por tanto en ese momento de su condición de tal. El 24 de mayo de 2018 se había dado a conocer la Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional sobre la pieza principal del conocido como «caso Gürtel». En la fundamentación de la moción se adujo que «(e)sta sentencia condena a diferentes cargos públicos y orgánicos del Partido Popular, así como a la propia organización política como responsable a título lucrativo». Se esgrimió la corrupción institucional del partido en el gobierno y la consiguiente crisis de confianza en las instituciones por parte de los ciudadanos, así como que quedara afectada «la credibilidad de la Presidencia y del Gobierno y la propia dignidad de la democracia española», justificando la moción en la finalidad de «recuperar la dignidad de las instituciones y restablecer la imprescindible estabilidad política» (BOCG Congreso de los Diputados D-358 de 29 de mayo de 2018). Admitida la moción de censura el 28 de mayo por la Mesa de la Cámara, se procedió a la apertura del plazo de dos días para la presentación de mociones alternativas, lo que sin embargo no tuvo lugar.

El debate comenzó, no habiendo en esta ocasión motivo —según apreciación de la Presidencia del Congreso— para su dilación, el 31 de mayo a las 9 de la mañana. El diputado Ábalos, secretario de Organización del PSOE, presentó la moción de censura, siendo respondido por el Presidente del Gobierno. A continuación intervino el candidato propuesto en la moción de censura, Pedro Sánchez, respondiendo de nuevo el Presidente del Gobierno. A las sucesivas intervenciones de los representantes de los distintos grupos parlamentarios, fue dando respuesta el candidato Sánchez.

Significativo del discurso que esgrimió el candidato resultó la reiterada invitación a la di-

misión del Presidente del gobierno, para quien dicha posibilidad podía en efecto resultar una opción política —no unánimemente aceptada como opción jurídica viable una vez iniciada la tramitación de la moción— que evitara el triunfo de la misma. Sin embargo, el Presidente Rajoy decidió ignorar esta opción y no acudió, significativamente, a la Cámara durante el resto del debate de la moción en la tarde del 31 de mayo.

Sometida a votación la moción de censura el 1 de junio de 2018, resultó —a pesar de la incertidumbre inicial— aprobada por 180 votos a favor (PSOE, Unidos Podemos, ERC, PDeCAT, PNV, Compromís, EH Bildu y Nueva Canarias), 169 en contra (PP, Ciudadanos, UPN y Foro Asturias) y 1 abstención (Coalición Canaria), siendo decisivo el voto del PNV, que apenas unos días antes sí había apoyado al Gobierno de Rajoy para la aprobación de los Presupuestos.

De esta manera quedaba, por primera vez en la historia de la democracia española y a pesar de su fuerte racionalización, aprobada una moción de censura constructiva por el Congreso de los Diputados, produciendo los efectos previstos en el artículo 114.2 de la Constitución.

5. Valoración

Al igual que ocurrió en Alemania con respecto a la valoración de la moción de censura constructiva tanto en las discusiones habidas durante el proceso constituyente como con posterioridad, especialmente en los años 60 y 70, esta institución ha recibido numerosas críticas por parte de la doctrina española. El principal reproche a la misma se fundamenta en que, siendo teóricamente uno de los instrumentos de control parlamentario por excelencia, limita sin embargo en gran medida la posibilidad de exigencia de responsabilidad política, hasta el punto de considerarse que queda desnaturalizada. De modo que la originaria moción de censura —se afirma— con-

serva su nombre, pero ha quedado prácticamente vacía de sentido y ha perdido su virtualidad práctica. Y es que la consagración constitucional de la moción de censura, convertida en símbolo del control propio del parlamentarismo, encubre su desvirtuación (MONTERO GIBERT, 1979, págs. 5 y 6).

Así lo evidencia el contraste existente entre la finalidad original de la moción de censura —exigencia de responsabilidad política— y los verdaderos objetivos de su utilización en la práctica —lanzamiento de un nuevo candidato a la Presidencia del Gobierno, poner de manifiesto que el Gobierno ha perdido apoyos, o que la oposición se consolida como auténtica alternativa de gobierno—. El carácter constructivo de la moción desplaza el interés de la censura hacia la operación de posible investidura, de modo que, tal y como han señalado SOLÉ TURA Y APARICIO PÉREZ (1984, pág. 209), «(m)ás que de una forma de control del Gobierno por parte del Parlamento, se trata, en su plasmación concreta, de una forma de control del candidato alternativo y del programa de su posible mayoría por parte del Gobierno y del grupo o de los grupos parlamentarios que apoyan a éste,» alterándose así la figura de los controladores y los controlados. Así lo hemos podido apreciar al analizar las experiencias de 1980, 1987 y 2017.

La moción de censura de 2018 ha venido no obstante a demostrar que la moción de censura de la Constitución de 1978, a pesar de su alto grado de racionalización, sí puede permitir la exigencia efectiva de responsabilidad política, especialmente en un panorama multipartidista como es el que se ha instalado en España a partir de 2016. La fragmentación del panorama electoral y el ajustado equilibrio entre fuerzas políticas puede contribuir al recurso más frecuente a estos mecanismos de control extraordinario en los próximos años.

Considero que la exitosa tramitación de la moción de censura de 2018 y sus consecuencias puede ser considerada una muestra de la madurez alcanzada por el sistema democráti-

co en España, que permite un cambio de gobierno dentro de una misma legislatura, sin afectación de la estabilidad del sistema. Si bien ha habido voces que cuestionan la legitimidad del Presidente del Gobierno surgido de la moción de censura, lo cierto es que constitucionalmente la previsión es precisamente la investidura del candidato propuesto, que, al igual que su predecesor, resulta legitimado por el apoyo de la Cámara. Cuestión distinta es la viabilidad de un Gobierno en posición de debilidad parlamentaria tras el éxito de una moción de censura. Si bien el precedente alemán de 1982 apunta hacia la posible debilidad del ejecutivo surgido de esta operación de exigencia de responsabilidad política y el necesario recurso en un determinado plazo a las urnas (ELÍAS MÉNDEZ, 2015, págs. 65 y 66), lo cierto es que las circunstancias políticas pueden ir modulando el caso español en diferente sentido.

En todo caso, conviene, tras una larga etapa de estabilidad y bipartidismo, también poner en valor la estabilidad gubernamental que propicia la racionalización de la moción de censura, especialmente en un contexto multipartidista y de gobiernos alejados de la mayoría absoluta. En este sentido, somos partidarios de no introducir cambios significativos en la regulación constitucional de la relación de exigencia de responsabilidad del Gobierno por parte del Parlamento. La necesaria revitalización del parlamentarismo y la exigencia de control y responsabilidad al Ejecutivo deben más bien ser abordados a través de la introducción de cambios en otros elementos de la cultura y regulación de la vida política (ética política, transparencia y dación de cuentas de los partidos; reforma del sistema electoral; responsabilidad individual de los ministros; reforma de los Reglamentos parlamentarios (GARCÍA ROCA, pág. 76; GARCÍA-ESCUDERO, pág. 116)); así como la necesaria evolución del análisis hacia la perspectiva mayoría-minoría superadora de una ya anquilosada relación entre el Ejecutivo y el Legislativo (SÁNCHEZ NAVARRO, pág. 255; ÁVAREZ VELEZ, pág. 236).

IV. REFLEXIÓN FINAL

Una de las principales objeciones al carácter racionalizado de la cuestión de confianza y de la moción de censura consiste en la confusión de la que parte entre dos conceptos complejos y afines, pero no idénticos: la estabilidad gubernamental y la estabilidad del sistema. La teórica finalidad de la regulación constitucional vigente de la cuestión de confianza y de la moción de censura radica en el fortalecimiento de la estabilidad del sistema democrático, pero redundante fundamentalmente en la permanencia de los gobiernos. La estabilidad y duración de los gabinetes (al igual que la ausencia de violencia o la ausencia de cambio estructural o la legitimidad) pueden, en efecto, ser indicadores de la estabilidad democrática, pero no existe una equivalencia entre ambos. La estabilidad gubernamental no sólo depende de la configuración concreta del voto de censura, sino que esencialmente se encuentra en función del juego de la mayoría parlamentaria, del sistema de partidos, del sistema electoral, de la influencia y posición del jefe del Estado, del derecho de disolución del Parlamento por parte del Gobierno, así como de la estabilidad socioeconómica general (VON BEYME, 1978, págs. 375 y 376; MONTERO GIBERT, 1979, págs. 30 y ss.).

Uno de los más perniciosos efectos de la racionalización de la cuestión y de la moción de censura consiste, pues, en que propicia la permanencia de los gobiernos aun cuando éstos únicamente gocen de un apoyo minoritario y, por lo tanto, se vean incapaces de llevar a cabo su programa político, disfunción que sí podría tener efectos desestabilizadores de todo el sistema (LOEWENSTEIN, 1986, págs. 113 a 115). Las consiguientes dificultades para el derribo de los gobiernos minoritarios por parte de la oposición parlamentaria pueden implicar la prolongación de las crisis y, en última instancia, el sacrificio del poder del Parlamento en aras a una pretendida estabilidad.

El progresivo distanciamiento entre la teórica finalidad constitucional de la cuestión de con-

fianza y de la moción de censura y su utilización en la práctica pone de relieve sus carencias para el efectivo control del Gobierno por el Parlamento. La relevancia de ambos mecanismos de exigencia de responsabilidad política radica en que posibiliten el buen funcionamiento del sistema parlamentario, el control del poder del Ejecutivo por el Legislativo como garantía de la democracia.

La regulación de los artículos 112, 113 y 114 fue adoptada por el constituyente ante la incertidumbre del futuro. Sin duda la actual regulación favorece la actitud responsable de la oposición impidiendo iniciativas meramente destructivas, pero también sacrifica en cierta medida el grado de agilidad democrática del sistema. Lo cierto es que el diseño constitucional vino a paliar unos problemas que ya se habían resuelto o que iban a ser solucionados poco después.

No obstante, el carácter fallido de la undécima legislatura y el complejo panorama político y de multipartidismo que caracteriza la duodécima legislatura revitalizan de nuevo los valores de estabilidad del sistema, recordando la trascendencia de los elementos del parlamentarismo, decantados como sabemos históricamente en razón de experiencias concretas. A esta afirmación contribuye además la demostración, justamente en el cuarenta aniversario de la Norma fundamental, de que el recurso exitoso a la moción de censura sí es posible en nuestro régimen constitucional.

En el balance que en el cuarenta aniversario de la Constitución realizamos, cabe reconocer la rigidez y desvirtuación de la moción de censura constructiva en situaciones de relativa normalidad. Pero también conviene poner en valor que dicha institución queda así precisamente reservada para casos excepcionales de pérdida de confianza en el Ejecutivo por parte del Legislativo (SIMÓN YARZA, pág. 107). Las disfunciones de la vida parlamentaria y en particular la debilidad del Legislativo no son achacables a la regulación de los instrumentos de exigencia de responsabilidad polí-

tica, por lo que deberán ser esencialmente afrontadas mediante la mejora de los elementos con los que guardan relación, sea el siste-

ma electoral o el funcionamiento de los partidos, además de la relevancia de promover una ética política de responsabilidad.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ VÉLEZ, M. I., «Relaciones entre Cortes generales y Gobierno: sobre la investidura del Presidente del Gobierno y los mecanismos de exigencia de la responsabilidad política (1978-2016)», *Revista de Derecho Político*, núm. 101, 2018, págs. 215-238.

BLONDEL, J., *Introducción al estudio comparativo de los Gobiernos*, Revista de Occidente, Madrid, 1972.

BUSTOS GISBERT, R., *La responsabilidad política del gobierno: ¿realidad o ficción? (La necesaria reformulación de un principio esencial del sistema parlamentario)*, Colex, Madrid, 2001.

ELÍAS MÉNDEZ, C., *La moción de censura en España y Alemania, (Estado, Länder y Comunidades Autónomas)*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2005.

FERNÁNDEZ SEGADO, F., «La cuestión de confianza: marco jurídico constitucional y praxis política», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 21, 1987.

GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., «Las Cortes Generales: nuevos roles y transformación de funciones», en FREIXES SANJUÁN, T. y GAVARA DE CARA, J. C., *Repensar la Constitución. Ideas para una reforma de la Constitución de 1978: reforma y comunicación dialógica*, Parte primera, CEPC y BOE, 2016.

GARCÍA MORILLO, J., *El control parlamentario del gobierno en el ordenamiento español*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1985.

GARCÍA ROCA, J. (Ed.), *Pautas para una reforma constitucional*, Thomson Reuters Aranzadi, 2014.

GONZÁLEZ-TREVIJANO, P. J., *La cuestión de confianza*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.

LOEWENSTEIN, K., *Teoría de la Constitución*, 2.^a ed., Ariel, Barcelona, 1986.

MELLADO PRADO, P., *La responsabilidad política del Gobierno en el ordenamiento español*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1988.

MIRKINE-GUETZEVITCH, B., *Modernas tendencias del Derecho Constitucional*, Reus, Madrid, 1934.

MONTERO GIBERT, J. R., «La moción de censura en la Constitución de 1978: supuestos constituyentes y consecuencias políticas», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 12, noviembre-diciembre 1979, págs. 5-40.

MONTERO GIBERT, J. R. y GARCÍA MORILLO, J., *El control parlamentario*, Temas Clave de la Constitución Española, Tecnos, Madrid, 1984.

MONTILLA MARTOS, J. A., «Las relaciones entre las Cortes y el Gobierno», en BALAGUER CALLEJÓN, F. (Coord.), *Manual de Derecho Constitucional*, vol. II, 2.^a ed., Tecnos, Madrid, 2007.

OLLERO, C., *Derecho y Teoría Política en el proceso constituyente español*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *La Constitución española de 1978. Un estudio de Derecho y Política*, Fernando Torres Editor, Valencia, 1981.

REQUEJO PAGÉS, J. L., «Las relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 70, 2004.

SÁNCHEZ AGESTA, L., «El régimen parlamentario en el Proyecto constitucional. La relación de Gobierno y Parlamento en el proceso de decisión», en RAMÍREZ, M. (Dir.), *El control parlamentario del Gobierno en las democracias pluralistas (el proceso constitucional español)*, Labor, Barcelona, 1978.

SÁNCHEZ DE DIOS, M., *La moción de censura (Un estudio comparado)*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1992.

SÁNCHEZ NAVARRO, A. J., «Control parlamentario y minorías», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 88, 1995, págs. 223-255.

SOLÉ TURA, J. y APARICIO PÉREZ, M. A., *Las Cortes Generales en el sistema constitucional. Temas Clave de la Constitución Española*, Tecnos, Madrid, 1984.

SIMÓN YARZA, F., «La moción de censura: ¿constructiva u «obstructiva»?», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 103, 2015, págs. 87-109.

VÍRGALA FORURIA, E., *La moción de censura en la Constitución de 1978 (y en la historia del parlamentarismo español)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.

VON BEYME, K., «El problema de la estabilidad de los gobiernos. Un estudio comparado», en RAMÍREZ, M. (Dir.), *El control parlamentario del gobierno en las democracias pluralistas*, Labor, Barcelona, 1978.

Artículo 115

1. El Presidente del Gobierno, previa deliberación del Consejo de Ministros, y bajo su exclusiva responsabilidad, podrá proponer la disolución del Congreso, del Senado o de las Cortes Generales, que será decretada por el Rey. El decreto de disolución fijará la fecha de las elecciones.

2. La propuesta de disolución no podrá presentarse cuando esté en trámite una moción de censura.

3. No procederá nueva disolución antes de que transcurra un año desde la anterior, salvo lo dispuesto en el artículo 99, apartado 5.

Sumario: I. Teoría general de la disolución del parlamento. 1. Concepto y órgano competente. 2. Sentido histórico y actual. II. Régimen de la disolución en la Constitución Española. 1. Supuestos en que procede. 2. Órgano decisorio de la disolución. 3. Alcance de la disolución. 4. Fecha de las elecciones. 5. Limitaciones temporales a la disolución parlamentaria. 6. Efectos de la disolución. III. Aplicación del presente artículo.

FERNANDO SANTAOLALLA LÓPEZ

LETRADO DE LAS CORTES

PROFESOR TITULAR DE DERECHO CONSTITUCIONAL

I. TEORÍA GENERAL DE LA DISOLUCIÓN DEL PARLAMENTO

1. Concepto y órgano competente

Los Parlamentos democráticos expiran al transcurrir un período de tiempo prefijado, lo que en España llamamos «Legislatura», que suele durar entre 4 y 6 años. Entonces se elige uno nuevo, posibilitando así que su composición se adecue a la voluntad de los ciudadanos. Junto a ello, en los sistemas parlamentarios, el Parlamento puede extinguirse también por su disolución anticipada.

La disolución del Parlamento no es otra cosa que la decisión por la que **se impone el fin del órgano representativo antes de ago-**

tarse la Legislatura. En vez de concluir al expirar el período por el que fue elegido, la disolución supone anticipar este momento. Con ello decaen todos sus procedimientos, facultades y prerrogativas.

También en este caso el fin adelantado va **aparejado a la elección de un nuevo Parlamento**, ya que en otro caso implicaría la abolición pura y simple de la institución y la propia existencia del Estado democrático. Desde este punto de vista debería hablarse de la disolución de *un* Parlamento más que de la disolución *del* Parlamento.

Esta decisión de disolver suele corresponder al Gobierno. Aunque en algunos países se conoce la autodisolución o disolución decreta-

da por el propio Parlamento, la realidad es que se trata de un supuesto excepcional (caso de los *Länder* alemanes, pero no de la Asamblea federal). Allí donde se conoce esta facultad, la misma constituye un atributo de poder ejecutivo en la práctica totalidad de Estados.

2. Sentido histórico y actual

La disolución fue una facultad que ostentaban los monarcas del antiguo régimen y que utilizaban como medio de deshacerse de un Parlamento hostil, como ocurrió en Inglaterra. Los reyes convocaban y disolvían los Parlamentos, que de este modo quedaban subordinados a su voluntad.

Con el Estado constitucional la disolución del Parlamento pierde ese carácter y se transforma en **un instrumento de regular conflictos entre el poder legislativo y el ejecutivo**. La exigencia de responsabilidad política del segundo por el primero adquiere un contrapeso en esta facultad de disolver el Parlamento. La disolución se presenta como un arma de que dispone el Gobierno en sus relaciones con las cámaras y con la que puede contrarrestar la influencia de estas últimas. Esta medida gubernamental pende como una amenaza sobre el Parlamento: la mayoría parlamentaria sabe que en caso de denegar la confianza al Gobierno y provocar su caída, este puede replicar disolviendo las cámaras y convocando nuevas elecciones, en las que esos parlamentarios tendrán que afrontar el riesgo de perder su escaño.

En definitiva, ya no es un procedimiento para poner sordina a la representación popular, sino para hacer que sea precisamente el pueblo quien dirima el conflicto surgido entre el brazo legislativo y el ejecutivo: las elecciones confirmarán al Gobierno, si resulta una nueva mayoría afín, o provocarán su sustitución cuando emerge una mayoría de color distinto.

Pero el sentido de la disolución también cambió después al compás de la evolución históri-

ca. Cuando, tras la segunda guerra mundial, el parlamentarismo devino un parlamentarismo basado en grandes partidos de masas, centralizados y muy disciplinados, la situación descrita en el párrafo anterior se hizo muy ocasional. Merced a la disciplina partidaria que une a la mayoría parlamentaria con el Gobierno resultaba muy difícil que esa mayoría pusiese en aprietos al Gobierno y, por tanto, que hubiese que recurrir a la disolución como contrapeso entre poderes políticamente distintos.

En ese marco, la disolución anticipada se convierte en **un instrumento de la dialéctica entre la mayoría gubernamental y la oposición parlamentaria**. Cuando el Gobierno necesita imprimir una corrección a su programa político y, por tanto, el respaldo popular para llevarlo a cabo, la disolución ofrece una oportunidad para apelar a la ciudadanía en las nuevas elecciones. Lo mismo puede decirse cuando se presenta una situación imprevista que demanda consultar al pueblo para que decida el tipo de política que desea al efecto. Según cuál sea la nueva mayoría, la ciudadanía habrá decidido qué tipo de política desea en adelante.

En estos y en otros casos la disolución ofrece al Gobierno una ocasión para revalidar su mayoría y poder continuar gobernando. No es extraño que el Gobierno utilice este instrumento y convoque elecciones anticipadas en un momento en que la situación parece serle políticamente favorable. Al poder decidir unilateral y sorpresivamente la fecha de las elecciones se convierte en una estratagema de la lucha partidaria. En este sentido, la disolución anticipada es una ventaja con la que cuenta el partido político en el poder.

Otro supuesto típico de disolución anticipada se produce en **los sistemas multipartidistas**, donde las mayorías parlamentarias se construyen mediante **coaliciones de partidos distintos**. No es raro entonces que un desacuerdo entre los mismos determine el fin de esa mayoría, lo que priva al Gobierno de su

base política. En ese caso, la disolución anticipada permite la búsqueda de otras mayorías a través de nuevas elecciones.

De otra parte, conviene señalar que, aunque la facultad de disolver se ha convertido en un atributo gubernamental y, en particular, del primer ministro, formalmente, en cambio, sigue siendo un acto del jefe del Estado, sea este Rey o Presidente de República. En unos casos, su actuación es reglada, debiéndose a una única decisión del Gobierno o de su presidente, como ocurre en las monarquías parlamentarias (Reino Unido, España, etc.). En otros, el jefe del Estado puede disponer de una mayor o menor influencia. Esto es lo que ocurre en las repúblicas, como por ejemplo Francia e Italia. Sin duda, la mayor legitimidad democrática de los presidentes republicanos explica la diferencia.

Finalmente, en algunos casos la **disolución** está concebida al margen de las consideraciones anteriores y se impone por la Constitución como **parte de ciertos procedimientos**. Tal es lo que ocurre cuando se la regula como una fase de la reforma constitucional.

II. RÉGIMEN DE LA DISOLUCIÓN EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

1. Supuestos en que procede

La Constitución contempla varios supuestos de disolución: por un lado, están aquellos en que opera con un carácter imperativo, esto es, en que la concurrencia de cierta situación obliga a disolver las cámaras y a convocar nuevas elecciones. Por otro, están los de carácter voluntario, en los que la disolución se produce porque el presidente del Gobierno así lo decide, libremente, sin que exista norma que le obligue.

Manifestaciones de **la disolución imperativa** son: a) la disolución automática que el art. 99.5 previene para el caso de que ninguno de los candidatos a la presidencia del Gobierno

obtenga la investidura del Congreso, supuesto en que el Rey tiene que decretar la disolución de esta cámara y el Senado, y b) la disolución automática que el art. 168.1 impone para las reformas totales o parciales fundamentales de la propia Constitución, y luego de su aprobación de principio por las Cortes Generales. La primera situación solo se ha producido una vez. Cabe citar también el caso de la disolución de la Asamblea de Madrid tras su elección en mayo de 2003 (véase apartado III). La segunda previsión permanece inédita. Por tanto, las disoluciones imperativas tienen un carácter secundario en nuestro sistema.

El caso realmente importante es el de las **disoluciones voluntarias**, que son precisamente el objeto del artículo que nos ocupa.

2. Órgano decisorio de la disolución

En todos los casos es el Rey quien decreta formalmente la disolución, en conformidad con lo previsto en el art. 62.b) (*Corresponde al Rey... convocar y disolver las Cortes Generales*). Por eso, **la disolución aparece publicada en el BOE como real decreto**.

Con ello se sigue la regla general del Derecho comparado y de nuestro Derecho histórico. Sin embargo, **la actuación del Rey es en todos los casos obligada**. En los primeros casos (disolución automática) la decisión le viene impuesta por la propia Constitución. Se trata, por lo demás, de unas situaciones fácilmente verificables en la realidad. En los segundos (disolución voluntaria) quien decide realmente es el presidente del Gobierno. Nótese que el art. 115 utiliza un tono imperativo para referirse a la actuación del monarca: «El Presidente del Gobierno... podrá proponer la disolución... *que será decretada por el Rey*».

Por tanto, ni el Rey puede decidir por sí mismo la disolución ni negarse a firmar el decreto de disolución cuando sea requerido para ello por el presidente del Gobierno. Las facul-

tades formales que el art. 62.b) reconoce al Rey deben entenderse necesariamente en relación con lo dispuesto en los arts. 99.5 y 115.1, de los que se deduce sin ambigüedad que se encuentra en una situación de estricta vinculación.

La impresión anterior ha sido corroborada por el art. 2.2 de la Ley 50/1999, de 27 de noviembre, del Gobierno, en la medida que atribuye al presidente, y solo al presidente, *proponer al Rey... la disolución del Congreso, del Senado o de las Cortes Generales*.

La intervención del Consejo de Ministros es preceptiva pero no vinculante, se produce a efectos de ser oído, pero sin capacidad decisoria. El presidente del Gobierno, en concordancia con el liderazgo que le reserva la Constitución, está legitimado para decidir por sí mismo, sin tener que sujetarse al criterio de los restantes miembros de su gabinete. Por eso en todas las disoluciones producidas hasta la fecha se ha hecho constar el carácter simplemente deliberativo del Consejo de Ministros.

3. Alcance de la disolución

Uno de los puntos más sustanciales del precepto examinado es la determinación de que la disolución podrá afectar al Congreso, al Senado o a las Cortes Generales.

La fórmula originariamente escogida en el anteproyecto de Constitución limitaba la disolución al Congreso de los Diputados. Después, y sin el debate que hubiese sido deseable, se amplió el abanico de la disolución a las Cortes Generales, o sea, a ambas cámaras simultáneamente. Finalmente, en el Senado se abrió paso la redacción definitiva, a tenor de la cual puede ser disuelta cualquiera de las cámaras o ambas al mismo tiempo.

La solución adoptada no se compagina con el tipo de parlamentarismo escogido, donde la relación de confianza con el Gobierno se pro-

duce respecto del Congreso de los Diputados y nunca respecto del Senado.

Todas las circunstancias que justifican el recurso a la disolución se presentan en las relaciones Gobierno-Congreso y están ausentes, por contra, en las relaciones Gobierno-Senado. Téngase en cuenta que la constitución del gabinete y su responsabilidad política se producen solo en la cámara baja. Por ello **es innecesaria y complicada la posibilidad de disolver el Senado**. Si se observa el panorama de otros países, se puede comprobar que existe una tendencia general contraria a la disolución de las asambleas que no pueden exigir responsabilidad política al Gobierno. Tal es el caso de la Cámara de los Lores del Reino Unido, del Senado de Francia y del *Bundesrat* de República Federal Alemana. Sí existe, en cambio, esta posibilidad en el caso de las segundas cámaras que pueden exigir dicha responsabilidad, como ocurre con el Senado italiano.

Por lo anterior hay que pensar que, lejos de las consideraciones teóricas expuestas, han sido otras de **orden práctico** las que explican la regulación comentada. El hecho de ser el Senado una cámara predominantemente elegida por sufragio universal y directo (art. 69), su indisolubilidad hubiese posibilitado que su elección dejase de coincidir cronológicamente con la del Congreso, dado que el mandato de aquella habría sido siempre de cuatro años mientras que la de la segunda — por efecto de la disolución— podría ser de hecho menor. Ello hubiese obligado a convocar unas elecciones separadas para el Senado, con el riesgo de aumentar el cansancio electoral y el desinterés participativo. Su disolución conjunta asegura, en cambio, que su elección coincida también en la fecha.

4. Fecha de las elecciones

El ap. 1 termina diciendo que *el decreto de disolución fijará las fechas de las elecciones*. Con ello se quiso resaltar que la consecuen-

cia lógica de la disolución es la celebración de nuevas elecciones, que se hacen así obligadas.

Esta norma debe integrarse necesariamente con el art. 68.6, que establece que las elecciones tendrán lugar entre los treinta y los sesenta días desde el fin del mandato.

Ambas normas han sido desarrolladas por el art. 42.1 de la LOREG, que prescribe básicamente tres cosas: que el decreto de convocatoria debe publicarse en el *BOE* al día siguiente de su expedición, que el mismo entrará en vigor al día siguiente de este hecho y que las elecciones habrán de celebrarse el día quincuagésimo cuarto —no antes ni después— posterior a la convocatoria. Lo mismo se aplica a las Asambleas de las Comunidades Autónomas.

5. Limitaciones temporales a la disolución parlamentaria

Los aps. 2 y 3 del presente artículo contienen sendas limitaciones temporales a la facultad de disolver el Parlamento. Estas limitaciones recaen sobre el Gobierno.

El ap. 2 prohíbe la propuesta de disolución **cuando esté en trámite una moción de censura**. Se trata de una limitación muy expresiva del acusado parlamentarismo racionalizado que preside nuestra ley fundamental. En particular, se trata de salir al paso de usos que pudieron estar vigentes durante el parlamentarismo decimonónico y que permitían al Gobierno sustraerse a la exigencia de responsabilidad política decretando la disolución anticipada. Ahora, presentada una de estas mociones, el gabinete no podrá evitar su debate y votación mediante el recurso a la disolución de las cámaras. La prohibición de proponer la disolución debe entenderse referida a toda la tramitación de las mociones de censura, desde su depósito hasta su votación. Si la moción resulta aprobada habrá de estarse a lo dispuesto en el art. 114.2; si, por el contra-

rio, es desechada, entonces el presidente del Gobierno recobra su facultad de disolver la cámara o cámaras que resulten procedentes.

De todas formas, esta limitación tiene escasa incidencia práctica.

Como el apartado examinado se contrae a las mociones de censura y no a las cuestiones de confianza, no puede extenderse a estas últimas la limitación de las primeras. Formalmente, no existe impedimento para que el Gobierno pueda proponer la disolución antes de que se vote una cuestión de confianza. Sin embargo, desde un punto de vista puramente político esta es una operación que lógicamente comprometería la autoridad moral y la imagen de seriedad del Gobierno. Por eso, aunque intuya que la confianza no le va a ser otorgada, debe ser riguroso con el procedimiento que él mismo ha iniciado, permitiendo la votación de la cuestión propuesta.

El ap. 3 contiene una segunda limitación temporal, consistente en la **prohibición de disponer una nueva disolución antes de que transcurra un año desde la anterior**. La razón teórica de esta limitación es evitar un abuso de la facultad disolutoria que compete al presidente del Gobierno. Se quiere impedir que el ejecutivo pueda eludir su control y supervisión por las cámaras recurriendo a algo tan sencillo como hacerlas desaparecer mediante el expediente de la disolución.

El plazo de un año que se establece desde la anterior disolución parece haberse inspirado en el art. 12 de la Constitución francesa. Como plazo no resulta excesivo, más bien parece moderado. Téngase en cuenta que entre la disolución y la constitución de la cámara resultante de las elecciones pueden transcurrir varios meses, por lo que el período efectivo de vida parlamentaria que ha de pasar hasta que resulte admisible una nueva disolución es incluso inferior a un año: este se computa desde la anterior disolución y no desde la constitución de la nueva cámara. En tan corto lapso de tiempo es muy difícil que

se presente la conveniencia de consultar al electorado y, por consiguiente, de disolver de nuevo. En menos de un año es posible que haya cambios de Gobierno por las diversas causas previstas en el art. 101.1, pero lo que ya no es tan factible es que la opinión pública varíe de criterio sobre cuestiones importantes e inaplazables, que es lo único que justificaría una nueva disolución y unas nuevas elecciones.

No obstante, una situación muy particular se produjo cuando se disolvió el 3 de mayo de 2016 el Parlamento elegido el 20 de diciembre de 2015. No se entendió conculcado el art. 115.3 a pesar de no haber transcurrido un año desde la anterior disolución, pues no se trataba del supuesto contemplado en dicho apartado: aquella disolución de 2015 se debió al transcurso del periodo regular cuatrienal de la legislatura, no a un final anticipado de la misma.

Del referido plazo se excluye, como es lógico, la disolución provocada por el supuesto de que **ningún candidato** a la presidencia del Gobierno **haya obtenido la confianza del Congreso**, según lo dispuesto en el art. 99.5. Téngase en cuenta que se trata de una **disolución automática**, no dispuesta libremente por el presidente del Gobierno en funciones, por lo que no hay peligro de uso arbitrario de la misma.

Por razones parecidas, y aunque no se mencione expresamente, estimamos que la prohibición del ap. 3 no afecta a las disoluciones necesarias para la reforma constitucional, según el procedimiento del art. 168.1. Dicha prohibición se incluye en el artículo que regula la disolución discrecional decretada por el presidente del ejecutivo y tiene como fin evitar un ejercicio abusivo de la misma. Ambas circunstancias están ausentes en la disolución para la reforma constitucional, por lo que no tendría mucho sentido extender la prohibición a supuesto tan distinto. De todas formas, es muy difícil que se presente la eventualidad de disolver el Congreso antes de transcurrir un año desde la disolución para la reforma constitucional del art. 168.1.

Por su parte, el art. 21.4.a) de la Ley del Gobierno ha introducido un nuevo supuesto de exclusión de la disolución anticipada: el Gobierno en funciones. No se comprende muy bien esta prohibición, pues precisamente a un Gobierno de este tipo puede que no le quepa otra alternativa que la de provocar nuevas elecciones. Esta limitación introduce rigidez donde se requiere flexibilidad.

6. Efectos de la disolución

La disolución constituye un fin anticipado del mandato parlamentario y, por eso, **sus efectos son los mismos que los producidos por el agotamiento de la Legislatura**. Los asuntos en tramitación decaen y los miembros de la cámara disuelta pierden su condición de tales, con sus derechos y privilegios. No obstante, el fin afecta a la composición del Parlamento, no a la institución en cuanto tal. El Parlamento, en cuanto órgano estatal, sobrevive sin solución de continuidad.

Esto explica que la disolución carezca de un carácter total y absoluto. En algunos países (Francia, Bélgica, Portugal) el Parlamento extinto puede volver a reunirse si se presentan casos extraordinarios antes de la constitución del siguiente. En otros (Italia) se produce *ope legis* la prórroga del Parlamento disuelto hasta la formación del que resulte elegido. En España, siguiendo los antecedentes de las Constituciones de 1812 y 1931, pervive en cada cámara una comisión extraordinaria o diputación permanente, encargada de asumir ciertas competencias en el período que se extiende desde la disolución hasta la reunión del nuevo Parlamento (art. 78 de la Constitución). Es un órgano integrado por un número reducido de miembros de las antiguas cámaras y que conservan su condición de parlamentarios, destinado a dar continuidad a las mismas, pero cuya composición y funcionamiento no dejan de plantear interrogantes.

III. APLICACIÓN DEL PRESENTE ARTÍCULO

Cuarenta años después de aprobarse la Constitución, los **aps. 2 y 3 del art. 115 permanecen inéditos** (salvo lo ya indicado en II.5), y no por casualidad, sino porque, como ya se ha adelantado, contemplan supuestos de difícil realización.

Un problema novedoso e importante se dio en 2016 con el gobierno en funciones, subsiguiente a las elecciones de diciembre anterior. Tal situación impedía tanto la disolución anticipada como la imperativa derivada del art. 99.5, ya que esta última exige que se produzca una votación de investidura. Ni había Gobierno regular ni el entonces presidente en funciones se avenía a someterse a una investidura. Finalmente, la situación se desbloqueó al votarse y rechazarse en marzo de ese año la investidura de D. Pedro Sánchez, candidato del Grupo socialista, dando así lugar a la primera aplicación de dicho artículo.

A nivel autonómico, cabe referir el caso de la disolución de la Asamblea de Madrid en 2003 sin producirse votación de investidura por falta de candidato tras las elecciones de ese año. El Consejo de Estado, en su dictamen de 26 de junio, avaló esta disolución, pero invocando un punto no existente para el Congreso de los Diputados: exigencia reglamentaria de que el presidente de dicha Asamblea tenga que presentar en los quince días siguientes a la elección un candidato a la investidura. Al no haberse verificado este trámite, se habría producido una situación equivalente a la de una votación fallida.

Una situación parecida se está experimentando al escribirse este comentario en el Parlamento catalán, tras la aprobación de la aplicación del art. 155 de la Constitución y la celebración de elecciones en diciembre de 2017: durante un tiempo prolongado no se produjo una votación de investidura. Finalmente, en marzo de 2018 se votó y rechazo la

del Sr. Turull, haciendo así correr el plazo para disolución automática.

Por el contrario, el ap. 1 ha tenido una continua aplicación. Todas las terminaciones de Legislatura (once más la constituyente) se han producido al amparo de la disolución decretada por el presidente con la simultánea convocatoria de elecciones generales. Bien es verdad que en muchos casos la disolución vino cuando la Legislatura estaba virtualmente agotada, como aconteció en 1986 con la II Legislatura, en 1993 con la IV y, especialmente, en las últimas aplicaciones: en 2000 con la VI Legislatura, 2004 con la VII, en 2008 con la VIII y sobre todo en 2011 con la X. En estos casos, políticamente puede darse por consumido naturalmente el período por el que fueron elegidos diputados y senadores. Pero desde un punto de vista formal todas han aparecido como disoluciones. Los decretos correspondientes (*infra*) invocan lo dispuesto en el art. 115 y expresan que se trata de disolución, propuesta por el presidente del Gobierno previa deliberación del Consejo de Ministros y simultánea convocatoria de nuevas elecciones.

Disoluciones anticipadas en el sentido profundo de la palabra, de acortamiento sustancial de la Legislatura, se han dado en la Constituyente (en 1979), I Legislatura (1982), III Legislatura (1989) y, sobre todo, la XI Legislatura (2016) que apenas duró unos meses.

Véanse al respecto los Reales Decretos 3073/1978, de 24 de diciembre (disolución de la Legislatura constituyente); 2057/1982, de 27 de agosto (disolución de la I Legislatura); 794/1986, de 22 de abril (disolución de la II Legislatura); 1047/1989, de 1 de septiembre (disolución de la III Legislatura); 534/1993, de 12 de abril (disolución de la IV Legislatura); 1/1996, de 8 de enero (disolución de la V Legislatura); 64/2000, de 17 de enero (disolución de la VI Legislatura); 100/2004, de 19 de enero (disolución de la VII Legislatura); 33/2008, de 14 de enero (disolución de la VIII Legislatura); 1329/2011, de 26 septiembre (disolución

de IX Legislatura); 977/2015, de 26 de octubre (disolución de X Legislatura) y 184/2016, de 3 de mayo (disolución de XI Legislatura).

En todo caso, la tendencia clara al agotamiento de las Legislaturas es un síntoma de madurez, en cuanto dota al sistema de estabilidad,

evitándose la manipulación interesada de la fecha de las elecciones.

Igualmente, en todas las ocasiones la disolución ha afectado al Congreso y al Senado, sin que se haya hecho uso de la posibilidad de disolución separada.

BIBLIOGRAFÍA

BAYÓN CHACÓN, G., *La disolución del Parlamento y otros estudios*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1999.

BAR CENDÓN, A., *La disolución de las cámaras legislativas en el ordenamiento constitucional español*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1989.

FERNÁNDEZ SEGADO, F., «La disolución de las cámaras», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, IX, Edersa, Madrid, 1998.

LOEWENSTEIN, K., *Teoría de la constitución*, Ariel, Barcelona, 1976.

SANTAOLALLA LÓPEZ, F., *Derecho parlamentario español*, Espasa, Madrid, 1990.

— «Artículo 115» en GARRIDO FALLA, F. (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Civitas, Madrid, 2001.

Artículo 116

1. *Una ley orgánica regulará los estados de alarma, de excepción y de sitio, y las competencias y limitaciones correspondientes.*

2. *El estado de alarma será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros por un plazo máximo de quince días, dando cuenta al Congreso de los Diputados, reunido inmediatamente al efecto y sin cuya autorización no podrá ser prorrogado dicho plazo. El decreto determinará el ámbito territorial a que se extienden los efectos de la declaración.*

3. *El estado de excepción será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros, previa autorización del Congreso de los Diputados. La autorización y proclamación del estado de excepción deberá determinar expresamente los efectos del mismo, el ámbito territorial a que se extiende y su duración, que no podrá exceder de treinta días, prorrogables por otro plazo igual, con los mismos requisitos.*

4. *El estado de sitio será declarado por la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, a propuesta exclusiva del Gobierno. El Congreso determinará su ámbito territorial, duración y condiciones.*

5. *No podrá procederse a la disolución del Congreso mientras estén declarados algunos de los estados comprendidos en el presente artículo, quedando automáticamente convocadas las Cámaras si no estuvieren en período de sesiones. Su funcionamiento, así como el de los demás poderes constitucionales del Estado, no podrá interrumpirse durante la vigencia de estos estados.*

Disuelto el Congreso o expirado su mandato, si se produjere alguna de las situaciones que dan lugar a cualquiera de dichos estados, las competencias del Congreso serán asumidas por su Diputación Permanente.

6. *La declaración de los estados de alarma, de excepción y de sitio no modificarán el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes reconocidos en la Constitución y en las leyes.*

LOS ESTADOS EXCEPCIONALES

Sumario: I. Introducción. Ideas generales y evolución histórica. II. Los estados excepcionales. 1. El derecho de excepción en la CE de 1978. 2. El estado de alarma. 3. El estado de excepción. 4. El estado de sitio. 5. Las garantías frente a los estados excepcionales. III. Conclusiones.

IGNACIO TORRES MURO

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
DEL CUERPO DE LETRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. INTRODUCCIÓN. IDEAS GENERALES Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Contra lo que será, sin duda, la norma en estos comentarios, el que vamos a realizar no se apoya en ninguna jurisprudencia, puesto que el tema de las situaciones excepcionales no ha sido abordado nunca por nuestro Tribunal Constitucional, quizás afortunadamente. Los materiales a manejar son, por tanto, unas reflexiones generales e históricas previas, y una legislación que no ha sido puesta a prueba por la realidad, desde el momento en que, **tras la entrada en vigor del texto de 1978, no se ha producido ningún supuesto en el que se declarara alguno de los estados previstos en el art. 116.**

Las primeras ideas, consecuentemente, tienen que ver con la inexistencia de una práctica que nos orientaría en nuestros afanes descriptivos, pero que no se ha producido. No es que estemos ante un precepto muerto, pero sí ante uno que no ha encontrado aplicación, lo que obliga al comentarista a construir en el aire, aunque este estado de cosas aparece como uno especialmente deseable puesto que, al fin y al cabo, lo que se regula en el mismo son las llamadas situaciones de anormalidad constitucional, y de estas hemos tenido suficientes en nuestra historia como para añorarlas, en una manera de ver las cosas que sería un tanto desviada.

Las reflexiones generales sobre las situaciones de excepcionalidad coinciden en señalar que se trata de momentos en los que entra en crisis el normal funcionamiento de las instituciones del Estado, y que han sido abordados en los diversos ordenamientos, y a lo largo de una compleja evolución histórica, de muy diversas maneras (*vid.*, ÁLVAREZ GARCÍA, 1996, *passim*; FERNÁNDEZ SEGADO 1977, págs. 11 y ss.; y CRUZ VILLALÓN, 1980, *passim*), que incluyen, desde un recurso a la clásica frase de que *salus publica suprema lex*, a intentos de juridificar unos asuntos que se resisten a ser tratados por el derecho.

Nuestra historia es especialmente rica en problemas de este tipo, hasta el punto de que se

ha podido escribir que **la vida constitucional española se ha regido mucho más frecuentemente por las normas de emergencia que por las ordinarias** (CARRO MARTÍNEZ, 1998, pág. 231; las págs. 230 y ss. para el análisis histórico) en una relativa exageración que no desmienten los estudios, más o menos detallados, que se han hecho sobre el tema, en los que impresiona ver la escasez de períodos de vigencia en nuestro país de un ordenamiento que pudiera ser calificado de normal, y la frecuencia con la que se recurrió a los diversos institutos del derecho de excepción (por ejemplo, BALLBÉ, 1983, *passim*; FERNÁNDEZ SEGADO, 1977, págs. 73 y ss., y CRUZ VILLALÓN 1984, págs. 36 y ss).

Es patente en nuestra Constitución de 1978 la voluntad de superar dicho estado de cosas, basándonos en nuestra propia historia y en la rica experiencia comparada, configurar un derecho de excepción que funcione como garantía del texto constitucional frente a las situaciones de crisis (CRUZ VILLALÓN, 1984, pág. 19). En ese sentido, tanto el art. 116 como la legislación de desarrollo (Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio; en adelante LOEAES) suponen una nueva manera de abordar estos problemas, que parte de la existencia de un Estado constitucional consolidado, que puede permitirse regular las situaciones excepcionales, haciendo una aproximación a los mismos radicalmente diferente a la habitual en nuestra historia, como veremos en lo que sigue.

II. LOS ESTADOS EXCEPCIONALES

1. El derecho de excepción en la CE de 1978

La inclusión de un artículo dedicado al derecho de excepción en la CE de 1978 no fue prácticamente discutida por ningún grupo, y en los debates constitucionales (una síntesis de los mismos en CARRO MARTÍNEZ 1998, págs. 258 y ss.) no se produjeron las disensiones típicas de otras normas más controvertidas. Las líneas

generales del resultado son que nos hallamos, como se ha dicho (CRUZ VILLALÓN, 1984, págs. 48 y ss.) ante un derecho de excepción limitado, diversificado y parlamentario.

Limitado, porque **las situaciones de emergencia no pueden suponer en ningún caso la suspensión genérica de la Constitución**. Hay una «Constitución suspendible» (derechos previstos en el art. 55 CE), y el resto es resistente a la excepción, como consecuencia de que el principio estructural básico en el modelo de estado excepcional adoptado es el de enumeración, de modo que el fenómeno de la suspensión de garantías solamente puede extenderse a los derechos de los que hemos hablado, de cuya importancia nadie duda (libertad personal, libertades de expresión e información, reunión, huelga...) pero que no son todos los constitucionales.

Diversificado, porque el art. 116 prevé **tres tipos de estados excepcionales, dedicados cada uno de ellos a responder a situaciones diferentes**. La regulación pretende ser omnicomprensiva, de manera que no se deje nada fuera, y en las normas de desarrollo se ha partido de una concepción pluralista, de acuerdo con la cual se trataría de estados cualitativamente distintos, relativos a situaciones de emergencia cualitativamente diferentes. En unos casos, como veremos, catástrofes naturales y accidentes de gran magnitud (alarma), en otras graves alteraciones del orden público (excepción), y finalmente la supervivencia del Estado y de su ordenamiento constitucional (sitio).

Parlamentario, porque **sólo se admite al Congreso de los Diputados como autor de una suspensión de derechos**. El mismo no solamente puede autorizar o no el estado excepcional que se le propone —salvo en el caso del de alarma en el que decide sobre la prórroga—, sino que también determina su ámbito, duración y contenido.

Como ya dijimos, las previsiones constitucionales han sido desarrolladas por la

LOEAES, que responde (CRUZ VILLALÓN 1984, págs. 64 y ss.) a los principios de necesidad y proporcionalidad (las medidas deben ser las estrictamente necesarias, y proporcionales), temporalidad (el derecho de excepción deja de ser el aplicable una vez finalizada su vigencia), vigencia inmediata (entra dicho derecho en vigor en el mismo momento de ser publicado en el *BOE*), publicidad (difusión obligatoria por todos los medios), y responsabilidad (no se exime del mismo a las situaciones de excepción, controles judiciales e indemnización).

2. El estado de alarma

El estado de menores efectos sobre las disposiciones constitucionales es el de alarma (art. 116.2 CE), **previsto para responder (art. 4 LOEAES) a catástrofes, calamidades o desgracias públicas**, a crisis sanitarias, a la paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad, y a situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad. Esa enumeración legal ha sido calificada de imprecisa (CRUZ VILLALÓN, 1984, pág. 66), como, en general, todas las reglas que lo regulan, que, tras ese intento de poner puertas al campo, entran en el tema de la declaración del mismo, reservada al Consejo de Ministros mediante el correspondiente Decreto (art. 6 LOEAES), a solicitud, cuando el ámbito territorial de los problemas sea todo o parte del territorio de una Comunidad Autónoma, del Presidente de la misma (art. 5 LOEAES). La prórroga más allá de quince días se reserva al Congreso de los Diputados que podrá establecer el alcance y las condiciones vigentes durante la misma (art. 6.2 LOEAES).

En cuanto a los efectos, es de resaltar que no supone suspensión del texto constitucional en ninguno de sus extremos, y que lo que puede suceder durante el mismo, por un lado, es que se pongan bajo **las órdenes de la autoridad competente** (art. 9 LOEAES) todos los funcionarios públicos y autoridades de la zona afectada en cuanto sea nece-

sario para la protección de personas, bienes y lugares, pudiendo serles impuestos servicios extraordinarios por su duración o por su naturaleza. Por otro lado se prevén **una serie de posibles medidas a adoptar**, que traen consigo evidentes restricciones de derechos (arts. 11 y 12 LOEAES), como limitaciones en la circulación, o permanencia, de personas o vehículos, requisas temporales, prestaciones personales obligatorias, intervenciones u ocupaciones transitorias, limitaciones o racionamiento de servicios o artículos de primera necesidad, órdenes para asegurar el abastecimiento, movilización de personal, actuaciones para la lucha contra enfermedades infecciosas, la protección del medio ambiente, en materia de aguas y sobre incendios forestales.

La valoración general de esta normativa por parte de la mayoría de la doctrina es bastante crítica pues, para unos, esta situación excepcional ha quedado vacía y sin contenido, dado que el estado de alarma y la nada son la misma cosa, porque las facultades de la autoridad son las mismas que le corresponden en período de normalidad (CARRO MARTÍNEZ, 1998, pág. 253), y, para otros, no parece adecuado ni para enfrentarse con éxito a las catástrofes naturales o tecnológicas ni a situaciones de conflictividad social (CRUZ VILLALÓN, 1984, pág. 80), siendo verdaderamente problemática su funcionalidad. La falta de utilización de este instrumento puede ser un índice de la realidad de este último reproche, pero también es cierto que las crisis que han existido en nuestro país desde su regulación han podido ser resueltas por otras vías, y que no se ha presentado una catástrofe de tales dimensiones que hiciera necesario recurrir al mismo, por lo que el juicio debe moderarse por la falta de experiencias reales de aplicación.

3. El estado de excepción

Mucho más definido se encuentra el régimen del estado de excepción (art. 116.3 CE), considerado como heredero de la antigua suspen-

sión de derechos. Aquí, como veremos más adelante, sí que se produce una alteración del régimen constitucional ordinario.

El presupuesto (art. 13.1 LOEAES) del mismo es **una significativa crisis de orden público**, para la que no resulte suficiente la utilización de las potestades públicas ordinarias. Se trata de reaccionar contra situaciones que alteren gravemente el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los servicios públicos esenciales para la comunidad, o cualquier otro aspecto del orden público.

La iniciativa de su declaración corresponde al Gobierno que, a tales efectos, remitirá (art. 13.2 LOEAES) al Congreso de los Diputados una solicitud de autorización que deberá contener toda una serie de requisitos (determinación de efectos, derechos cuya suspensión se solicita, medidas a adoptar respecto a ellos, ámbito territorial y duración —máximo de treinta días, con una posible prórroga de otro tanto—, y cuantía máxima de las sanciones pecuniarias).

La Cámara debatirá dicha solicitud (art. 13.3 LOEAES), pudiendo aprobarla en sus propios términos, o introducir modificaciones en la misma. **Una vez obtenida la autorización, el Gobierno (art. 14 LOEAES), mediante decreto, procede a declarar el estado de excepción.** Conviene recordar, además, que, de acuerdo con el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 15) la adopción de medidas, que deroguen las obligaciones previstas en el mismo, supone que toda Alta Parte Contratante tendrá plenamente informado al Secretario General del Consejo de Europa de las mismas y de los motivos que las han inspirado, así como de la fecha en que hayan dejado de estar en vigor y las disposiciones del Convenio vuelvan a tener plena aplicación.

Todo este procedimiento ha sido calificado de fórmula innecesariamente complicada por la doctrina (CRUZ VILLALÓN, 1984, pág. 87), y pue-

de ser cierto que no esté precisamente dotado de la agilidad que en muchos casos resultará necesaria, pero también lo es que supone una expresión clara del fuerte garantismo del que se ha dotado toda la regulación de los estados excepcionales en la CE y en la LOEAEs.

Por lo que respecta a los efectos los principales, son **la suspensión de derechos y garantías, que, de acuerdo con el art. 55 CE**, podrán ser la libertad personal (art. 17 CE) —salvo los derechos a ser informado de los motivos de la detención, a no ser obligado a declarar, y a la asistencia letrada—, la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE), el secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), las libertades de circulación y residencia (art. 19 CE), las libertades de expresión e información [art. 20.1 a) y d) CE], el derecho de reunión y manifestación (art. 21 CE), y el derecho de huelga (art. 28.2 CE) y de adopción de medidas de conflicto colectivo (art. 37.2 CE).

La LOEAEs va desgranando en sus arts. 16 y ss. **las medidas que podrán tomarse** en ese régimen de suspensión de derechos: detenciones de hasta diez días; inspecciones o registros domiciliarios sin autorización del juez, pero comunicándolo al mismo; intervención de comunicaciones, de nuevo sin autorización del juez, pero comunicándosela; intervención y control de toda clase de transportes; prohibición de la circulación de personas o vehículos; delimitación de zonas de protección y seguridad; exigir comunicación de desplazamientos; disponer desplazamientos; fijar transitoriamente la residencia; suspensión de medios de comunicación y secuestro de publicaciones; sometimiento a autorización previa, disolución y prohibición de reuniones y manifestaciones, salvo las reuniones orgánicas de partidos, sindicatos o asociaciones empresariales; prohibición de huelgas y medidas de conflicto colectivo.

Otro tipo de medidas se refieren al control de los extranjeros (art. 24 LOEAEs), incautación de armas, municiones o sustancias explosivas (art. 25 LOEAEs), intervención de industrias

o comercios, cierre de locales (art. 26 LOEAEs), vigilancia y protección de edificios, instalaciones, etc. (art. 27 LOEAEs), las propias del estado de alarma (art. 28 LOEAEs), suspensión de funcionarios (art. 29 LOEAEs), y prisión provisional de los responsables de los disturbios (art. 30 LOEAEs).

La conclusión de este examen bien pudiera ser que aquí sí que nos encontramos ya con una regulación operativa, con importantes consecuencias, y que podría servir para reaccionar ante situaciones especialmente graves, limitando las garantías habituales para facilitar la actuación de los poderes públicos.

4. El estado de sitio

Llegamos ya a la respuesta a los supuestos más graves de alteración, el que tradicionalmente se llamaba estado de guerra, y ahora se denomina estado de sitio (art. 116.4 CE), huyendo quizás de la palabra, y recogiendo experiencias de otros países. Aquí se trata de **enfrentarse**, como **se ha dicho**, a una verdadera crisis de Estado (CRUZ VILLALÓN, 1984, pág. 108) que provoca una alteración tanto en las garantías constitucionales como en la distribución de competencias entre los poderes de éste.

El art. 32 LOEAEs nos ilustra sobre sus presupuestos, cuando nos habla de que se produzca, o amenace producirse, **una insurrección o acto de fuerza contra la soberanía o independencia de España, su integridad territorial o el ordenamiento constitucional, que no pueda resolverse por otros medios**. Entonces el Gobierno, podrá proponer al Congreso de los Diputados la declaración de estado de sitio. Dicha declaración, que realiza este último órgano, por mayoría absoluta, determinará el ámbito territorial, duración y condiciones del mismo.

En cuanto al contenido posible de la misma hay que distinguir, por un lado, **la suspensión de derechos**, que será prácticamente igual que en el caso del estado de excepción,

con la diferencia de que se podrá autorizar la temporal de las garantías jurídicas del detenido (art. 17.3 CE). Por otro lado, el estado de sitio supone **cambios en la distribución de competencias entre los poderes del Estado** (arts. 33 y ss. LOEAES). El Gobierno asume todas las facultades extraordinarias previstas en la CE y en la LOEAES, y designa a la **autoridad militar** que, bajo su dirección, haya de ejecutar las medidas que procedan. Se admite la emisión de los clásicos bandos de dicha autoridad, pero los mismos habrán de respetar la Constitución, la LOEAES y las condiciones de declaración del estado de sitio. Pueden quedar sometidos a la jurisdicción militar, de acuerdo con la declaración, determinados delitos y, por fin, las autoridades civiles podrán ejercer los poderes no atribuidos a las militares, y deberán informar a estas últimas de todo lo relacionado con el orden público.

La conclusión de este análisis no puede ser otra que la de que nos encontramos con una manera de regular las cosas muy distinta a la tradicional, lo que justifica el cambio de nombre al que aludíamos al principio, puesto que, sobre todo, la posición de las autoridades militares en el mismo es muy diferente de la que se estilaba en tiempos pretéritos, como corresponde a un Estado en el que ha venido afirmándose progresivamente la primacía del poder civil, ese Gobierno que dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado (art. 97 CE), y que también en las situaciones excepcionales debe ser el principal protagonista.

5. Las garantías frente a los estados excepcionales

La regla general respecto a las garantías frente a los estados excepcionales viene claramente expresada en el art. 1.4 LOEAES cuando dispone que **su declaración no interrumpe el normal funcionamiento de los poderes constitucionales del Estado**, condensando lo afirmado en el art. 116.5 CE. Las previsiones

respecto a las Cortes Generales son terminantes: no está permitida la disolución del Congreso de los Diputados y quedan automáticamente convocadas las Cámaras si no estuvieren en período de sesiones. Además, dado que no puede interrumpirse su funcionamiento, hay que considerar que en caso de que fuera a expirar su mandato éste se prorrogaría. No así cuando la situación excepcional se produjera disuelto el Congreso de los Diputados, supuesto en el cual se recurre a la Diputación Permanente.

El Gobierno, principal protagonista, como sabemos, de estos estados tampoco ve afectada su continuidad, discutiéndose si puede ser sometido a mecanismos de exigencia de responsabilidad (moción de censura) y respondiendo un sector de la doctrina (CRUZ VILLALÓN, 1984, pág. 136) que esto es posible porque la configuración de los mismos en España asegura dicha continuidad. La problemática de los órganos de las Comunidades Autónomas, por su parte, debe plantearse en el marco de la llamada «coerción estatal» (art. 155 CE).

Conocidas son también las reglas que establecen, en el art. 169 CE, que no podrá iniciarse la reforma constitucional en tiempo de guerra o de vigencia de alguno de los estados previstos en el art. 116 CE. En el comentario a aquel artículo deberá abordarse el problema.

El art. 3 LOEAES dispone que los actos de la Administración adoptados durante la vigencia de estos estados son **impugnables en vía jurisdiccional, y que los daños y perjuicios que se produzcan son indemnizables**. No se modifica el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes (art. 116.6 CE). Los Tribunales siguen funcionando, pues, con normalidad. Tampoco parece que puede excluirse el control por el Tribunal Constitucional de las declaraciones mismas, y por los Tribunales ordinarios de la del estado de alarma, aunque aquí surgen las dudas que se derivan de los límites del control jurisdiccional de los poderes públicos, dudas que solamente la práctica podrá resolver.

III. CONCLUSIONES

Partiendo de la base de que el juicio sobre unas normas que nunca han pasado la prueba de su puesta en práctica es, cuando menos, aventurado, no se puede compartir, sin más, la opinión de la supuesta inanidad del art. 116 CE, y de sus normas de desarrollo, desde el momento en que sirven, sin duda, al objetivo de realizar una necesaria delimitación, en un sentido inequívocamente democrático y constitucional, de un problema que sigue planteándose en los Estados modernos, y que en el pasado se resolvió, demasiadas veces, cediendo ante la llamada fuerza normativa de lo fáctico y declarándolo fuera del mundo de lo propiamente jurídico.

Siendo como es, con toda evidencia, un tema frontera, el hecho de que el texto constitucional de 1978 no haya renunciado a su regu-

lación, y que la misma esté rodeada de caute- las de todo tipo que exigen que, para desarrollarse dentro del marco del mismo, se sigan toda una serie de normas que aseguran objetivos tan importantes como la preeminencia de los poderes civiles, o la preservación, hasta donde sea posible, de los derechos fundamentales básicos, es destacable. Pudiera argüirse que las mismas hacen inútiles a estos estados para responder a situaciones de verdadera excepcionalidad. Puede que así sea, y no nos consideramos tan ingenuos como para afirmar que mediante ellas se ponen reglas definitivas a unas situaciones difíciles de normar, pero sí es cierto, también, que el derecho de excepción español, tal y como lo configura el artículo que hemos comentado, es un ejemplo de cómo se puede atender a la preservación de la *salus publica* con métodos plenamente constitucionales.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ GARCÍA, V., *El concepto de necesidad en Derecho público*, Civitas, Madrid, 1996.
- BALLBÉ, M., *Orden público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, Alianza, Madrid, 1983.
- CARRO MARTÍNEZ, A., «Artículo 116. Situaciones de anormalidad constitucional», en ALZAGA VILLAMIL, Ó. (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978, tomo IX, Arts. 113 a 127*, Cortes Generales, Edersa, Madrid, 1998, págs. 210 y ss.
- CRUZ VILLALÓN, P., *El estado de sitio y la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980.
- *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid, 1984.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F., *El estado de excepción en el Derecho constitucional español*, Edersa, Madrid, 1977.
- LÓPEZ GARRIDO, D. (ed.), *Estados de alarma, excepción y sitio. Trabajos parlamentarios*, Cortes Generales, Madrid, 1984.

ACTUALIZACIÓN DE LOS COMENTARIOS DEL ARTÍCULO 116

VÍCTOR FERRERES COMELLA

CATEDRÁTICO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
UNIVERSITAT POMPEU FABRA

Desde la publicación de los comentarios al art. 116 en la última edición de esta obra, el hecho más relevante que se ha producido en España en esta materia es la declaración del estado de alarma para hacer frente al cierre del espacio aéreo español que se produjo los días 3 y 4 de diciembre de 2010, en vísperas del puente de la Constitución, como consecuencia de una huelga encubierta de controladores aéreos. Por primera vez bajo la vigencia de la Constitución de 1978, el Gobierno recurrió a este instituto de Derecho excepcional.

La declaración del estado de alarma se efectuó por medio del Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo. El Gobierno justificó la medida ante la «calamidad pública» que suponía impedir a un número muy elevado de ciudadanos el ejercicio del derecho a la libre circulación por todo el territorio nacional, y ante el fracaso de todos los intentos llevados a cabo para evitar dicha calamidad. El Real Decreto mencionó expresamente el ap. c) del art. 4 de la LOEAES, en relación con los aps. a) y d). Es decir, se refirió al supuesto en que se produce una paralización de servicios públicos esenciales como consecuencia de la realización de una huelga (o del planteamiento de un conflicto colectivo) que no observa los servicios mínimos (c), y que provoca una calamidad pública (a) y una situación de desabastecimiento de productos de primera necesidad (d).

La declaración del estado de alarma afectó, en todo el territorio nacional, a las torres de

control de los aeropuertos y a los centros de control gestionados por AENA. La medida adoptada por el Gobierno consistió en la militarización de los controladores aéreos al servicio de AENA: estos pasaron a tener la consideración de personal militar, quedando sometidos a las órdenes directas del Jefe de Estado Mayor del Ejército del Aire y a las autoridades que este designase.

La duración del estado de alarma fue de quince días. El Gobierno estimó necesario prorrogar dicho estado, por lo que solicitó al Congreso de los Diputados que otorgara la pertinente autorización, al amparo de lo previsto en el art. 116.2 CE. El Congreso acordó conceder la prórroga solicitada, de manera que el Gobierno adoptó un segundo decreto (Real Decreto 1717/2010, de 17 de diciembre), prorrogando el estado de alarma en los mismos términos iniciales, hasta el 15 de enero de 2011.

La estrategia seguida por el Gobierno dio lugar a varias controversias judiciales. Los trabajadores afectados sostenían, básicamente, que no concurría el presupuesto habilitante para declarar el estado de alarma, y que la militarización del personal desencadenaba la aplicación de un régimen especial que suponía una limitación injustificable de sus derechos fundamentales (concretamente, el derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho a la libertad de expresión, los derechos de reunión y manifestación, el derecho de afiliación política y sindical, el derecho de sufragio pasivo, la libertad sindical y el dere-

cho de huelga, y el ejercicio colectivo del derecho de petición).

Así, la Unión Sindical de Controladores Aéreos (USCA) recurrió ante el Tribunal Supremo el decreto del gobierno por el que se declaró el estado de alarma. Ese sindicato impugnó también, en otro procedimiento, el decreto en virtud del cual se prorrogó dicho estado. Los decretos fueron recurridos, a su vez, por un grupo de controladores aéreos. Todos los recursos planteados fueron inadmitidos, por entender el Tribunal Supremo que el gobierno actúa como órgano constitucional, y no como órgano administrativo, cuando interviene en los supuestos excepcionales del art. 116 CE, por lo que la jurisdicción competente para verificar la validez jurídica de los decretos no es la contencioso-administrativa, sino la jurisdicción constitucional (ATS 3.^a de 10 de febrero de 2011, ATS 3.^a de 5 de abril de 2011, y ATS 3.^a de 30 de mayo de 2011). El Tribunal Constitucional hizo suya la tesis del Tribunal Supremo, al resolver el recurso de amparo interpuesto por los controladores contra una de las decisiones de inadmisión dictadas por el Tribunal Supremo (STC 83/2016, de 28 de abril).

En un procedimiento paralelo, los controladores aéreos presentaron un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional contra el acuerdo del Congreso de los Diputados autorizando la prórroga del estado de alarma. El Tribunal consideró que el recurso de amparo no es el cauce adecuado para combatir la validez de un acto parlamentario de esa naturaleza. El Tribunal estimó que el acto de autorización de la prórroga tenía «valor de ley» y que, por ello, debía ser impugnado a través del recurso de inconstitucionalidad y la cuestión de inconstitucionalidad (ATC 7/2012, de 13 de enero). El Tribunal argumentó que los estados de emergencia entrañan una modifica-

ción temporal de determinadas normas del ordenamiento jurídico, incluidas normas con rango de ley. El pronunciamiento del Tribunal contó con un voto particular formulado por el magistrado Luis Ignacio Ortega Álvarez, al que se adhirieron los magistrados Javier Delgado Barrio y Pablo Pérez Tremps. En ese voto particular, los magistrados disidentes razonaron que el decreto del Gobierno por el que se declara el estado de alarma carece de valor de ley, como también carece de valor de ley el acto parlamentario de autorización de la prórroga, por lo que era viable el recurso de amparo.

Conviene indicar, por último, que el día antes de que se declarara el estado de alarma, el Gobierno dictó un decreto «ordinario» (Real Decreto 1611/2010), sobre la base de la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea. En virtud de ese decreto, el Ministerio de Defensa pasó a ejercer temporalmente la dirección del control de la circulación aérea en todo el territorio nacional. A tal efecto, el decreto encomendó al Jefe de Estado Mayor del Ejército del Aire la organización, planificación, supervisión y control de los controladores aéreos, debiendo exigir la presencia en sus puestos de trabajo de los controladores civiles ausentes. La Unión Sindical de Controladores Aéreos (USCA) impugnó el decreto ante el Tribunal Supremo. Este razonó que nada impide que unos mismos hechos puedan dar lugar sucesivamente a la medida prevista en la Ley de Seguridad Aérea y a la declaración del estado de alarma, «si se advierte que la primera resulta insuficiente para la situación existente». Según el Tribunal, la primera medida tenía cobertura en la mencionada Ley de Seguridad Aérea, y guardaba una razonable proporcionalidad con la gravedad de los problemas a los que había que hacer frente, por lo que confirmó su validez (STS 3.^a de 16 de abril de 2014).

TÍTULO SEXTO

DEL PODER JUDICIAL

DEL PODER JUDICIAL

Sumario: I. Introducción: Poder Judicial y potestad jurisdiccional. II. ¿El poder nulo? III. La imparcialidad del Juez. IV. Poder y Derecho.

TOMÁS VIVES ANTÓN

VICEPRESIDENTE EMÉRITO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
CATEDRÁTICO DE DERECHO PENAL
UNIVERSIDAD DE VALENCIA

I. INTRODUCCIÓN: PODER JUDICIAL Y POTESTAD JURISDICCIONAL

Lo primero que llama la atención al analizar el Título VI de la CE es que, de una parte, en el encabezamiento, la rúbrica correspondiente reza «Del Poder Judicial», mientras que en el texto (art. 117.3) se atribuye en exclusiva a los Juzgados y Tribunales «el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado».

Empieza así un relato en el que el poder de los Jueces se concibe como potestad de decir el Derecho; pero, a la vez, como un poder del Estado equiparable a los demás, con lo que se instala una cierta ambigüedad respecto a su naturaleza. ¿Se trata de un poder con amplios márgenes de autonomía o de uno enteramente sometido «al imperio de la ley»?

Esa pregunta tiene dos clases de respuesta: la respuesta que describe lo que *es* y la que razona sobre lo que *debería ser*. Esas respuestas solo pueden darse definitivamente tras el estudio completo de la regulación y estructura del Poder Judicial, tarea impropia de una nota introductoria, que solo puede abrirle el camino a ese estudio.

Para dar, pues, paso al análisis de los diversos artículos del Título VI de la CE de 1978 es necesaria una breve reflexión previa sobre su significado global. Ese significado que subyace

tanto a lo que, en su época, hizo el Poder Constituyente al aprobarla, como, ante todo, a lo que *no* hizo: sobre ese tapiz de luces y sombras cobrará todo su sentido el análisis de los preceptos concretos. Para ello sería preciso examinar separadamente muchas de las figuras que pueblan ese tapiz; pero, para ser todo lo conciso que, en una Introducción es deseable, me limitaré solamente a dos, a saber: la «nulidad» del Poder Judicial y la imparcialidad del Juez. En ambos casos trataré de subrayar la importancia de lo que la Constitución no dice, quizás porque en el momento en que nació *no* parecía importante decirlo. Y lo haré así porque lo que hizo es evidente: sacó al Poder Judicial de la impotencia y la insignificancia a las que la dictadura lo había relegado.

II. ¿EL PODER NULO?

En la época de nacimiento de la Constitución, las apelaciones a MONTESQUIEU eran constantes. MONTESQUIEU habla con insistencia de la separación de poderes y, por lo tanto, del poder de los jueces. En este punto, la rúbrica del Título VI no hace sino plasmar algo que se desprende de sus formulaciones.

Pero, en MONTESQUIEU, el Poder Judicial es «en cierto modo nulo», de una parte por la diversidad y pluralidad de quienes componen los órganos de enjuiciamiento (MONTESQUIEU pensaba en el Jurado); y, de otra, por el rigor con

el que concibe la sumisión al Derecho que, como en nuestra Constitución (art. 117.4), no permite que se atribuyan a los Juzgados y Tribunales más potestades que las de decirlo o defenderlo, con lo cual, en su propuesta, no hay ambigüedad alguna y, parece, que en nuestra Constitución tampoco.

Sin embargo, basta pensar en el papel que ha acabado atribuyéndose al Jurado —sometido a los Jueces profesionales a través de un control excesivo de la motivación— para comprender que, en nuestro sistema jurídico real, no es así. No razonaré esa afirmación. Un colega norteamericano me decía que, en su país, el Jurado expresaba la desconfianza del pueblo hacia los Jueces, mientras que, en el nuestro, era un vehículo de la desconfianza de los Jueces hacia el pueblo.

Esa es una primera muestra de ambigüedad, pero cabe hablar de otra, quizás aún más profunda.

Como se ha dicho, la Constitución representa la salida definitiva del ordenamiento jurídico español del régimen totalitario; de modo que el primer objetivo del constituyente fue borrar los vestigios de dicho régimen que, en el caso de la jurisdicción, residían, en primer término, en su insignificancia frente al Ejecutivo y en los mil vericuetos mediante los que este anonadaba su independencia.

Así, el primer paso fue proclamar la potestad jurisdiccional como Poder equiparable a los demás Poderes del Estado y garantizar, incluso mediante la creación de un órgano constitucional específico, el CGPJ, la independencia de los Jueces.

Pero no se crea que la configuración constitucional obedeció solo a esa loable finalidad política; sino que, a la vez, se adaptó a ciertas orientaciones «teóricas», no exentas de fundamento, pero quizás lastradas por una confusión básica.

Pues, en efecto, la descripción de la resolución judicial como un proceso puramente de-

ductivo, como la concebía MONTESQUIEU, parecía —y parece— inaceptable.

Ahora bien, el rechazo más o menos amplio de la idea de silogismo como rectora de la función jurisdiccional y el consiguiente abandono de la concepción del Juez como autónoma, como mera «boca que pronuncia las palabras de la ley» no conduce —no debería conducir— a la idea contraria, esto es, a concebir al Juez como una suerte de legislador particular, que no *aplica* el Derecho, sino que lo *crea*.

Partiendo de que las leyes contienen *reglas*, la diferencia básica residiría en que el Juez, al resolver, ha de *seguir una regla* (la pertinente para la resolución del caso) y no *goza*, por tanto, *jamás*, de la libertad inherente al poder legislativo.

Ciertamente, el proceso *puramente deductivo* es solo un modo especial de seguir reglas, aplicable exclusivamente en los casos en que la regla determina, de modo lógicamente necesario, los cursos de acción a seguir; pero eso no quiere decir que fuera de esos casos cualquier decisión pueda ser entendida como seguimiento de la regla.

En efecto, además de la deducción lógica, hay muchas formas de conexión entre una regla y una acción determinada que dan lugar a que la acción pueda ser vista —o no— como seguimiento de la regla de que se trate.

Para el caso de las resoluciones judiciales en los llamados «casos difíciles», DWORKIN habla de la relación entre una parte de una novela y las que le siguen: el modo de continuar no está totalmente predeterminado, pero tampoco es *absolutamente* libre.

Según creo, esa imagen da una idea demasiado débil de la vinculación del Juez a la ley, pues en el ordenamiento jurídico esa vinculación es, generalmente, mucho más fuerte. Ciertamente, hay materias y supuestos en los que la imagen de DWORKIN puede considerarse una metáfora acertada, en la medida en que dibuja,

aproximada aunque no exactamente, la situación del Juez; pero, de ningún modo, puede aceptarse como caracterización normal de la actividad de los jueces, y resulta contradictoria cuando la utiliza un autor que opina que, por arduo que sea el caso, el Juez debe y puede encontrar algo así como la *solución correcta*. Eso no podría decirse de quien escribe una novela; y es que, aun en el caso en que los criterios que haya de aplicar el juez estén menos determinados, siempre están sujetos a principios, cosa que no puede decirse del novelista.

Al proponer, no ya el rechazo del modelo silogístico, sino la sustitución de ese modelo insuficiente por el más amplio y adecuado que deriva de la noción de *seguir una regla* como pauta de vinculación del Juez a la ley, remito al desarrollo que de ella hace WITTGENSTEIN en las *Investigaciones filosóficas*. Junto a la idea de que el significado de las palabras no puede depender solo de interpretaciones de las mismas (pues si así fuera, todo podría hacerse concordar con la regla y también discordar, con lo que no habría regla alguna), sino que nace de *usos estables*, de determinados *juegos de lenguaje*, la noción de seguir una regla contiene, en sí misma, la idea de una vinculación de los Jueces a la norma contenida en la ley que, no siendo tan fuerte como la deductividad lógica, es más exigente de cuanto se desprende de la imagen de DWORKIN. Porque la existencia de una regla presupone que «hay una captación de la regla que *no* es una *interpretación*, sino que se manifiesta de caso en caso de aplicación, en lo que llamamos *seguir la regla* y en lo que llamamos *contravenirla*». No puedo extenderme aquí en las implicaciones de esas ideas de WITTGENSTEIN, pues para hacerlo habría de emprender un previo análisis, filosóficamente complejo, e impropio de esta introducción. Baste decir que esas ideas han dado lugar al paradigma filosófico vigente (el paradigma lingüístico-pragmático) al que la metodología jurídica es todavía casi ajena, pero que no puede seguir ignorando.

Dicho esto, importa señalar que lo que la frase transcrita quiere decir es que allí donde la

regla no señala un único curso de acción, los Jueces y Tribunales habrán de despejar la duda, eligiendo alguna de las posibles alternativas, pero en modo alguno operando como legislador.

Creo que esa inadecuada equiparación del Juez con el legislador da lugar a una multitud de confusiones; pero, a mi juicio, la más importante es la que concibe la independencia de los Jueces respecto de influencias y presiones ajenas al Ordenamiento como una suerte de *independencia jurídica*, a tenor de la cual pertenece al contenido constitucionalmente garantizado de la independencia del Juez la potestad de interpretar la ley como quiera, sin que nadie le pueda obligar a entenderla de otro modo.

Los frutos de esa concepción son amargos desde cualquier perspectiva, pues el Estado de Derecho presupone el imperio de la ley y deja de existir si la ley queda sometida al arbitrio de los Jueces. Pero resulta especialmente inaceptable en materia de garantías constitucionales, pues al atribuir a la jurisdicción ordinaria un ámbito exento frente a la intervención del Tribunal Constitucional, limita ilegítimamente la capacidad de tutela de las garantías constitucionales que a este corresponde en cualquier materia. O, dicho de otra manera, con dicha doctrina se intenta indirectamente determinar, desde un inaceptable modo de concebir la jerarquía normativa, cuándo y hasta dónde pueden operar los derechos fundamentales. Así, los «Jueces de la legalidad» hacen operar a la ley ordinaria como límite general a la Constitución, e incluso a su núcleo más básico, la Declaración de Derechos, creando situaciones aberrantes.

Lo dicho no es más que una descripción crítica de algo que está sucediendo en el Poder Judicial: algo que me parece inaceptable y que, desde luego, no sucedería si el centro de la configuración de la potestad de los Jueces no fuera la idea de poder; sino la de sumisión al Derecho. O, dicho de otro modo, si el Poder Judicial volviese a ser ese poder «en cierto modo nulo», en que MONTESQUIEU pensaba.

III. LA IMPARCIALIDAD DEL JUEZ

En más de una ocasión he subrayado la extrañeza que produce el hecho de que la CE de 1978, ni al configurar las garantías (art. 24), ni al definir a los Jueces y Magistrados (art. 117.1) no aluda, siquiera, a la *imparcialidad*. He intentado defender la idea de que esa omisión se debe a que, dado que no ser parte es un componente definitivo de la idea de Juez, los padres de la Constitución no consideraron necesaria mencionarla.

Pero más bien parece que, a lo sumo, pensarán en la imparcialidad como objetividad —esto es, como imparcialidad subjetiva— y no le otorgaron demasiada importancia, pues la dieron por supuesta en Jueces convertidos en una suerte de héroes culturales que impiden los desafueros del poder político.

Basta ver el escaso acierto de la LOPJ en la regulación de la abstención y la recusación, tanto por lo inadecuado de la configuración de las causas cuanto por la escasa o nula garantía que ofrecen al justiciable los órganos que han de resolverla, para comprender que el legislador orgánico dio por sentada la imparcialidad y, en lugar de entender la regulación como un proceso en defensa de una garantía esencial, la vio, sencillamente, como una molestia.

La penetración de la idea de *imparcialidad objetiva* está teniendo lugar por obra, básicamente, de la jurisprudencia del TEDH y de su recepción por el Tribunal Constitucional; pero nuestro ordenamiento no la ha internalizado. De modo que, en todo el ámbito de los procesos públicos y, especialmente, en el del proceso penal, la imparcialidad objetiva del Juez resulta, sencillamente, desconocida.

Ese desconocimiento tiene una curiosa excepción. El Tribunal Constitucional, en el ATC de 13 de febrero de 2007, llegó a entender que un dictamen académico anterior al inicio del proceso legislativo cuyo enjuiciamiento iba a tener lugar y, además, desconectado de dicho proceso, determinó la estima-

ción de parcialidad objetiva en el Magistrado constitucional recusado.

De ese modo la imparcialidad objetiva que en el Tribunal Constitucional y máxime, en un proceso sobre normas, puede y debe tener matices diferenciales restrictivos respecto a la de los Jueces y Tribunales ordinarios, es entendida de un modo expansivo difícilmente defendible, mientras en los demás procesos públicos se es ampliamente condescendiente con evidentes actos de parcialidad del Juez que, incluso, llegan a ser estructuralmente necesarios dada la configuración legal de la figura: baste pensar en el Juez de Instrucción que, por un lado, dirige la investigación oficial y, por otro, enjuicia su adecuación al Derecho.

Creo que muchos de los defectos que atribuimos a nuestro sistema jurídico nacen de que no se concibe al Juez como un *árbitro* que dirime una contienda en la que no puede tomar partido, sino como un actor más, que ha de procurar que la controversia termine en una resolución justa.

Con ello quiero decir también que, en la medida en que de esa inadecuada configuración jurídica nace una imagen pública equivocada de lo que debe ser un Juez (pues la mayoría está encantada con la idea de un supuesto árbitro que, sin embargo, actúe a su favor) enmendar el déficit constitucional que, enjuiciado globalmente, presenta nuestro sistema judicial, requiere reflexión, claridad de ideas y capacidad de llevarlas a cabo. En otras palabras: es políticamente difícil; y, sin embargo, ha de hacerse, porque es una exigencia constitucional.

Sería un error creer que los defectos de nuestro sistema judicial pueden corregirse fácilmente; y, en mi opinión, algunas de las propuestas de reforma, sin duda bien intencionadas, incurren en él. Así, por ejemplo, para reafirmar la igualdad de todos los ciudadanos ante la justicia, se propone la supresión de los fueros; pero, se olvida al hacerlo que, algunos de esos fueros, como verbigracia, el de los jueces, responden a una necesi-

dad constitucional: a la necesidad de imparcialidad del juez, que mal puede ser juzgado imparcialmente por compañeros próximos. De modo que, en lugar de suprimir todos los fueros, habría que dejar subsistir algunos, ciertamente atribuyendo entonces la instrucción y enjuiciamiento a órganos que pudieran llevar a cabo su función correcta e imparcialmente y evitando, a la vez, los disturbios que esos fueros producen actualmente en las causas con varios imputados.

Otra propuesta a tomar en consideración es la llamada a *despolitizar* la justicia. Si por despolitizar se entiende intentar evitar que la decisión del juez se guíe por consideraciones partidistas, ajenas a la sumisión al Derecho, nada más justo e importante que intentar conseguir esa despolitización; pero, sería un error grave creer que se avanza por ese camino al cambiar la elección parlamentaria de los miembros del Consejo General del Poder Judicial, transformando en corporativa la de la mayoría de ellos, porque la independencia y la imparcialidad, aun suponiendo que así quedasen libres de influencias de políticos, quedarían expuestas a influencias corporativas, tan temibles o más que aquellas.

Ningún sistema puede garantizar completamente algo que, en última instancia, es personal, como la imparcialidad necesaria para asegurar la sumisión al Derecho. Esa garantía solo puede proceder de una cultura. Y llegar a crear una cultura de imparcialidad en sociedades políticamente tan competitivas como las actuales es una labor imprescindible pero ardua.

IV. PODER Y DERECHO

Para resolver, en la medida de lo posible, las perplejidades que derivan del análisis anterior es preciso partir del significado del Derecho moderno. Ese significado cristali-

za en la Ilustración que, como dijera KANT, es la «salida del género humano de su culpable minoría de edad». En el ámbito del Derecho, esa mayoría de edad representa el fin del gobierno por los sentimientos, por las tradiciones, por las ideas religiosas o por cualquier clase de condición personal, y el comienzo de las sociedades humanas a gobernarse por la razón. Ese gobierno por la razón comporta el procedimiento democrático, que no sería tal si no expresase la igual libertad de todos.

En la Europa continental se ha vivido históricamente el choque entre esas dos exigencias, procedimiento democrático e igual libertad de todos, que, en países como Alemania, Italia o España, ha desembocado en la aprobación de Constituciones rígidas y normativas, dentro de las cuales se desarrollan diversos procedimientos democráticos, sometidos al juicio de validez de una jurisdicción constitucional.

Democracia y jurisdicción constitucional no son, pues, instituciones contrapuestas, sino que la jurisdicción constitucional es una garantía de la legitimidad de los procedimientos democráticos. O, dicho de otro modo, en nuestro país no hay ni puede haber democracia al margen de la Constitución.

Otro tanto cabe decir del Poder Judicial regulado en este título: tampoco hay justicia fuera de la Constitución. Los jueces han de aplicar la ley, entendiéndola conforme a los preceptos constitucionales y, en especial, conforme a las garantías de libertad que constituyen el núcleo más duro de la Constitución de 1978. De modo que el poder, tanto el poder de los órganos democráticos como el poder de los jueces, se halla sometido a los derechos fundamentales y a la Constitución que los garantiza: eso es algo que ni unos ni otros deberían olvidar.

Artículo 117

1. *La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley.*
2. *Los Jueces y Magistrados no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados, sino por alguna de las causas y con las garantías previstas en la ley.*
3. *El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo juzgar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan.*
4. *Los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho.*
5. *El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales. La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución.*
6. *Se prohíben los Tribunales de excepción*.*

Sumario: I. La potestad jurisdiccional. ¿Existe un concepto constitucional de «jurisdicción»? II. «Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial». Sobre el concepto de «Poder Judicial». III. «Jueces y Magistrados independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley». IV. «El ejercicio de la potestad jurisdiccional corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales». La reserva de jurisdicción. V. Las funciones no jurisdiccionales de los Juzgados y Tribunales. El principio de exclusividad jurisdiccional. VI. La unidad jurisdiccional.

IGNACIO DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ
CATEDRÁTICO DE DERECHO PROCESAL
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

Administrar justicia o ejercer jurisdicción consiste en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, en decir y hacer el Derecho en casos concretos, en

la tutela y realización del Derecho objetivo. Ahora bien, definir una potestad nada o poco nos dice acerca de *sobre qué materias* se ejer-

* Véase el art. 24.2 en lo referente al derecho al juez predeterminado por la ley e imparcial.

ce, acerca de *cómo* ha de ejercerse esa potestad o acerca de *quién* ha de ejercer esa potestad. Eso es algo que define cada ordenamiento jurídico y que, desde luego, también hace el nuestro. Ese *qué*, ese *cómo* y ese *quién* del ejercicio de la potestad jurisdiccional constituye el contenido de una rama del ordenamiento jurídico denominada Derecho procesal. Ahora bien, conviene señalar que aunque el ejercicio de la potestad jurisdiccional está regulado en nuestro ordenamiento jurídico por múltiples normas legales, antes que todo eso el ejercicio de la potestad jurisdiccional descansa sobre una serie de principios constitucionales. Esos principios constitucionales no solo han de servir de guía en la interpretación de las leyes, sino que constituyen un parámetro de constitucionalidad de las leyes y se erigen, por consiguiente, en un límite que el legislador no debe franquear al regular el ejercicio de la potestad jurisdiccional. Son numerosas las normas contenidas en la Constitución Española que afectan al ejercicio de la jurisdicción y que, por tanto, limitan las posibles regulaciones legales que de la jurisdicción se pueden llevar a cabo. Las que se contienen en el art. 117 CE afectan básicamente a los sujetos y órganos encargados de la función de administrar justicia, esto es, afectan al *quién*, más que al *qué* o al *cómo*. El art. 117 CE contiene el elenco de los principios constitucionales que regulan y condicionan el *quién* del ejercicio de la potestad jurisdiccional, es decir, los principios constitucionales que afectan a la organización jurisdiccional española. No obstante, la referencia que en el art. 117 CE se contiene a la potestad jurisdiccional exige alguna reflexión previa sobre el *qué* de *administrar justicia*. Antes de entrar en el análisis de esos principios constitucionales de la organización de la justicia en España, conviene detenerse en un *prius*.

I. LA POTESTAD JURISDICCIONAL. ¿EXISTE UN CONCEPTO CONSTITUCIONAL DE «JURISDICCIÓN»?

Todo lo que regula el art. 117 CE se refiere a una función estatal consistente en «administrar justicia» mediante el ejercicio de la «po-

testad jurisdiccional». La primera cuestión, de notable complejidad y difícil respuesta, que ha de plantearse es: ¿parte la Constitución de una noción nítida y perfilada de en qué consiste «administrar justicia» o ejercer la «potestad jurisdiccional»? ¿Existe un concepto constitucional de «jurisdicción»? ¿Parte el Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución de un concepto concreto de «potestad jurisdiccional»? Es evidente que en función del concepto de jurisdicción que se maneje, se dan respuestas distintas a si constituyen o no actividad jurisdiccional un buen número de actuaciones. Bastará citar la jurisdicción voluntaria, el arbitraje, la ejecución extrajudicial de garantías reales, la ejecución forzosa en general y, en particular, la ejecución forzosa frente a las Administraciones públicas, la instrucción penal, las resoluciones de los letrados de la Administración de Justicia, etc. Pues bien, no es aventurado afirmar que cuarenta años de vigencia de la Constitución no han permitido una delimitación precisa de qué se entiende por «potestad jurisdiccional» en la Constitución. Cabe afirmar que la «relatividad» del concepto de jurisdicción, afirmada en sede doctrinal, trasciende al ámbito de la interpretación (y aplicación) de la Constitución.

El concepto de jurisdicción es relativo, en la medida en que no puede ser formulado sin referencia al modelo de organización política que llamamos Estado y, en el seno de su evolución, sin enmarcarlo en el fenómeno político que llamamos división de poderes. Fuera de estas coordenadas, en un terreno de categorías puras, solo cabe distinguir entre los fenómenos de la creación y la aplicación del Derecho, distinción esta tampoco carente de dificultades. En el terreno de las categorías puras, distinguir diversas formas de aplicación del Derecho conduce a la aporía, a un callejón sin salida de la especulación lógica.

Ya enmarcados en un Estado que conoce la división de poderes, la dificultad principal consiste en hallar la nota o notas esenciales

que distinguen una forma de aplicar el Derecho que consideramos administrativa de otra forma de aplicar el Derecho que consideramos jurisdiccional. Es decir, aun en este marco de relatividad del concepto de jurisdicción, su delimitación no es tarea sencilla. En todo caso, dicha delimitación puede basarse en las siguientes ideas.

La jurisdicción es estatal. Integra el contenido de la soberanía del Estado. Quiere ello decir que la jurisdicción solo es ejercida por órganos del Estado y que en los casos en que la jurisdicción es ejercida por sujetos u órganos no estatales, el reconocimiento de los efectos de dicha actividad corresponde soberanamente al Estado.

La jurisdicción es una función estatal para cuyo cumplimiento el Estado atribuye a determinados órganos la necesaria potestad. La potestad jurisdiccional es la situación jurídica de poder necesaria para cumplir la función jurisdiccional.

La jurisdicción como función monopolizada por el Estado sustituye y prohíbe la autotutela de los individuos. La abolición de la justicia privada y el monopolio estatal de la jurisdicción comportan la necesidad para los individuos de servirse de los órganos del Estado para ver tuteladas las situaciones jurídicas reconocidas por el ordenamiento. El acceso a la jurisdicción se convierte en un derecho para los individuos, en lógica correspondencia con la prohibición de la autotutela. La idea de jurisdicción es inconcebible sin la existencia de un derecho público subjetivo de los individuos de acceder a ella.

La jurisdicción cumple un fin de resolver los conflictos de intereses existentes en una sociedad. No obstante, para la construcción del concepto de jurisdicción este rasgo es meta-jurídico. Constituye un dato sociológico que no puede desconocerse, pero que no es esencial al concepto de jurisdicción, en la medida en que, aunque normalmente en la actividad jurisdiccional subyace un conflicto de intere-

ses, ni la jurisdicción es el único medio de composición de conflictos, ni, sobre todo, el conflicto es condición necesaria para que se despliegue una actividad jurisdiccional.

También constituye una **nota definitoria de la jurisdicción el que la actuación del Derecho que produce se haga de modo irrevocable.** Ahora bien, la irrevocabilidad o fuerza de cosa juzgada propia de la aplicación jurisdiccional del Derecho no es una nota exclusiva de esta, en la medida en que esa irrevocabilidad también se da respecto de las aplicaciones del Derecho que llevan a cabo órganos administrativos. En este sentido hay que matizar: la irrevocabilidad no es nota esencial de toda aplicación jurisdiccional del Derecho; sí es cierto, en cambio, que la jurisdicción como función estatal es inconcebible sin que el instituto de la firmeza y el instituto de la cosa juzgada material desplieguen su eficacia en mayor o menor medida. Cabe además sostener, con REQUEJO PAGÉS, la tesis que postula que la aplicación jurisdiccional del Derecho posee necesariamente un grado de irrevocabilidad superior a cualquier otra.

Igualmente es condición necesaria para poder hablar de una aplicación jurisdiccional del Derecho la **nota de independencia del titular o titulares del órgano estatal** que cumple esta función. Por «independencia» a estos efectos debe entenderse ausencia de subordinación jurídica, es decir, falta de un vínculo jerárquico a las instrucciones emanadas de otro órgano. Justo correlato de ello es que la jurisdicción se ejerce con sometimiento exclusivo al Derecho. La aplicación jurisdiccional del Derecho no permite al órgano que la realiza opciones distintas de las predefinidas por el ordenamiento. En todo caso, la discrecionalidad, entendida como el fenómeno consistente en la pluralidad de opciones permitidas por el ordenamiento, no puede considerarse absolutamente excluida de la aplicación jurisdiccional del Derecho. Pero sí cabe afirmar que el sometimiento exclusivo al Derecho, como justo correlato de la

independencia, implica que la aplicación jurisdiccional del Derecho es la que conoce y admite un menor grado de discrecionalidad.

Si las anteriores son, a mi juicio, elementos necesarios para poder hablar de «jurisdicción», **la nota que finalmente, unida a las anteriores, distingue la jurisdicción es la del desinterés objetivo.** Esta expresión, libre y afortunada traducción del profesor DE LA OLIVA SANTOS del término italiano *alienità*, es la clave de la distinción entre la aplicación jurisdiccional del Derecho y la aplicación administrativa del Derecho. Si no hay desinterés objetivo, no hay jurisdicción. Y desinterés objetivo significa sencillamente que la jurisdicción es una forma de heterotutela y no de autotutela. La actuación del Derecho realizada por un órgano independiente y sometido únicamente al Derecho, de manera irrevocable (o potencialmente irrevocable), no es jurisdiccional si dicha actuación del Derecho responde a un fin de tutela de los intereses propios del ente en el que dicho órgano se integra, o, dicho en negativo, si el aplicador del Derecho no trasciende a los intereses públicos o privados en juego, que le resultan ajenos.

Las anteriores líneas esbozan las que, a mi juicio, constituyen hoy por hoy las notas necesarias para la idea de jurisdicción. La jurisdicción es la función estatal consistente en la tutela y realización del Derecho objetivo, de manera potencialmente irrevocable y a través de órganos que actúan con desinterés objetivo, independencia y sometimiento exclusivo al Derecho. Esta aproximación se ha hecho, como su lectura deja patente, desde la típica perspectiva de la jurisprudencia de conceptos. La cuestión, apuntada anteriormente, es si este concepto encaja en nuestra Constitución. Si del concepto descendemos a las realidades, las dudas empiezan a surgir, y muchas son difíciles de despejar. ¿Cuál es la diferencia entre el quién y el cómo de la imposición de una pena privativa de libertad por la comisión de un delito o de una falta y la imposición de una sanción de privación de libertad

por parte de una autoridad militar? ¿Qué distingue la imposición de una pena de multa por un juez de la imposición de una sanción de multa por una Administración pública? ¿Es jurisdiccional la labor de pesquisa propia de la instrucción penal? ¿Y la ejecución de una pena privativa de libertad? ¿Qué función jurisdiccional hay en la ejecución de una sentencia condenatoria de la Administración, cuando su cumplimiento se deja en manos de la propia Administración? ¿Es jurisdiccional el arbitraje, teniendo en cuenta que el laudo tiene la misma fuerza de cosa juzgada y la misma fuerza ejecutiva que una sentencia? Las preguntas podrían continuar.

En principio, definir un concepto tiene un fin descriptivo y no prescriptivo. Pero ese fin cambia radicalmente cuando el concepto se erige en la clave de bóveda de toda la arquitectura constitucional relativa a unos de los poderes del Estado. Porque, además, no se trata ya de que el concepto de jurisdicción sea de difícil precisión, es decir, que tiene, junto a un núcleo claro, un halo borroso. Es que si en ciertos casos resulta difícil precisar cuándo un órgano ejerce jurisdicción, la eventual respuesta nada nos dice acerca de sobre qué materias ha de ejercerse. La definición de la función jurisdiccional no abarca la precisión del ámbito objetivo sobre el que se ejerce. ¿Hay un ámbito necesario *ex Constitutione* de ejercicio de la potestad jurisdiccional? A mi juicio, la lectura de la Constitución permite hacer las siguientes consideraciones.

En primer lugar, en **el ámbito sancionador existe una reserva jurisdiccional en lo que respecta a la imposición de penas por la comisión de delitos y faltas.** La garantía jurisdiccional en la actuación del Derecho penal no está expresamente establecida por la Constitución, aunque se considera unánimemente deducible de la misma. No obstante, es necesario tener en cuenta que la separación entre la imposición jurisdiccional de penas y la imposición administrativa de sanciones es formal, dado que a ambas alcanzan las mismas exigencias derivadas del principio

de legalidad consagrado en el art. 25 CE (*lex scripta, lex praevia, lex certa*). El único límite sustancial expreso que impone la Constitución es el de que la Administración civil —por contraposición a la militar— no puede imponer penas que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad. También se puede intentar trazar un límite sustancial entre jurisdicción sancionadora y administración sancionadora a través de los principios de intervención mínima y de proporcionalidad, así como mediante la idea de que el Derecho administrativo sancionador no debe abarcar el mantenimiento del orden social general. Sin embargo, forzoso es reconocer que en nuestro ordenamiento ninguno de estos criterios traza una nítida separación entre los respectivos ámbitos de la potestad jurisdiccional sancionadora y de la potestad administrativa sancionadora, cuya representación gráfica sería la de círculos secantes y no la de círculos separados. Existen ámbitos materiales de conductas en que sanciones penales y sanciones administrativas se superponen y, lo que es más importante, esa superposición es variable en función de la voluntad del legislador. Si a ello se le añade que no solo las garantías constitucionales del art. 25 CE son aplicables al Derecho administrativo sancionador, sino que también lo son un buen número de las garantías del art. 24.2 CE, inicialmente concebidas para el proceso penal, se concluye que el acercamiento entre potestad jurisdiccional sancionadora y potestad administrativa sancionadora es notable. De cualquier manera, el ámbito de la jurisdicción se extiende al control de legalidad del ejercicio de la potestad administrativa sancionadora, como el de toda la actividad administrativa.

En efecto, en segundo lugar, **el ámbito de la jurisdicción se extiende en nuestro ordenamiento al control de la potestad reglamentaria y de la legalidad de la actuación administrativa**, según el art. 106.1 CE. Conviene, no obstante, hacer dos consideraciones. La primera es que el control de legalidad jurisdiccional se superpone al control de legalidad administrativo que se ejerce a través de

los recursos administrativos, de la revocación y de la revisión de oficio. Ahora bien, mientras este último es contingente, el primero es necesario. En este sentido, el art. 106.1 CE marca un ámbito cierto y necesario de la potestad jurisdiccional en nuestro ordenamiento. La segunda consideración, sin embargo, viene a matizar la primera. Aun existiendo por exigencia constitucional una plenitud en el control jurisdiccional de la actividad administrativa, lo que es variable y disponible para el legislador es el ámbito de dicha actuación administrativa. Ello es importante, porque el hecho de que múltiples ámbitos de la vida social puedan estar hoy y dejar de estar sometidos mañana (y viceversa) a potestades administrativas exorbitantes, en función de opciones políticas acerca del grado de intervención administrativa, implica que el tipo de tutela jurisdiccional sobre dichos ámbitos de la vida social es también variable. Ahora bien, siendo mudable el ámbito en que la tutela jurisdiccional se despliega sobre una previa actuación administrativa, no lo es el que toda actividad administrativa sea susceptible de control jurisdiccional.

En tercer lugar, **el ámbito de actuación de la jurisdicción se extiende en nuestro ordenamiento, de acuerdo con el art. 24.1 CE, a la tutela de los derechos e intereses legítimos de todas las personas**. Todas las relaciones y situaciones jurídicas que con arreglo al Derecho positivo sean calificables de derechos o intereses legítimos son, pues, por exigencia constitucional, susceptibles de tutela jurisdiccional. En el caso de los derechos directamente reconocidos por la Constitución, su intangibilidad por el legislador se extiende lógicamente a su tutela jurisdiccional. En el caso de los demás derechos e intereses legítimos, en cambio, su tutela jurisdiccional es una exigencia constitucional mientras mantengan tal condición, pero, siendo disponibles para el legislador, es también lógicamente disponible su tutela jurisdiccional. Lo difícilmente admisible es que el ordenamiento pueda negar el acceso a la tutela

jurisdiccional de lo que cualifica como derechos o intereses legítimos.

Al tiempo, debería entenderse que respecto de las contiendas que puedan surgir entre particulares en torno a sus derechos y a los correlativos deberes que para otro sujeto surjan de ellos, no cabe «administrativizar» su resolución. Obviamente en función de legítimas opciones políticas cabe legislar dotando a las Administraciones públicas de potestades administrativas de variado tipo en muchos sectores. Lo mismo que cabe lo contrario. Pero lo que no se puede reputar constitucionalmente admisible, por afectar a un núcleo necesario del ámbito material de la potestad jurisdiccional, es «administrativizar» la decisión de contiendas sobre situaciones jurídico-privadas y diferir la intervención judicial de dichas cuestiones a un eventual control ulterior por vía de recurso o por vía contencioso-administrativa. La interpretación lógica y teleológica de la Constitución señala aquí un ámbito material cierto o indispensable para el legislador de ejercicio de la potestad jurisdiccional.

En cuarto y último lugar, cabe afirmar que en nuestro ordenamiento forma parte **del ámbito de actuación de la jurisdicción el control de constitucionalidad de las leyes, a través de la cuestión de inconstitucionalidad.**

II. JUECES Y MAGISTRADOS INTEGRANTES DEL PODER JUDICIAL. SOBRE EL CONCEPTO DE «PODER JUDICIAL»

Uno de los comentarios más reiterados desde la aprobación de la Constitución acerca de la regulación que en ella se realiza del Poder Judicial es el encaminado a señalar lo significativa que resulta la utilización de dichos términos —«Poder Judicial»— desde la rúbrica misma del Título VI y en diversos preceptos del mismo, en contraste con otras denominaciones igualmente tradicionales, tales como «Administración de Justicia» o «Justicia» a

secas, que carecen de la virtud de denotar la vigencia de la división de poderes y de la independencia judicial. No obstante, avanzado en la reflexión, hay que señalar la necesidad de dotar a la expresión «Poder Judicial» de un sentido jurídico, es decir, que tales términos engloben un concepto preciso o, dicho de otro modo, que tengan un significado técnico-jurídico.

En una primera aproximación, y desde el punto de vista genérico de los poderes y las funciones del Estado, cabría afirmar que el **Poder Judicial es el conjunto de órganos encargados de ejercer la jurisdicción.** Con independencia de cuál sea el concepto de jurisdicción o, si se prefiere, aceptando que la jurisdicción es una función estatal susceptible de ser definida de una u otra manera, el Poder Judicial sería, en consecuencia, el conjunto de órganos estatales (o si se prefiere, de titulares de dichos órganos) encargados del cumplimiento de dicha función e investidos, por lo tanto, de la potestad necesaria a dicho fin (la potestad jurisdiccional o, también, el poder judicial con minúsculas).

Pocos negarían que esta primera definición sea válida como punto de partida. Y, sin embargo, es inexacta. Ni los órganos integrantes del Poder Judicial ejercen exclusivamente funciones jurisdiccionales, ni —y esta es la cuestión a analizar— las funciones jurisdiccionales son ejercidas exclusivamente por los órganos integrantes del Poder Judicial. La primera proposición deriva del art. 117.4 CE, que establece que los Juzgados y Tribunales ejercen, además de la potestad jurisdiccional, aquellas otras funciones que la ley expresamente les atribuya en garantía de cualquier derecho. Es, sin embargo, la segunda proposición la que ha de centrar la reflexión, porque, si además de los órganos que integran el Poder Judicial existen otros órganos que ejercen igualmente la potestad jurisdiccional —que es la típica de aquel—, ¿de qué modo puede definirse entonces el Poder Judicial? Dejemos el interrogante en el aire para hacer ciertas consideraciones antes de volver a él.

Sabido es que el Poder Judicial es un complejo orgánico policéntrico y descentralizado, es decir, que la potestad jurisdiccional viene atribuida a un gran número de sujetos integrantes o titulares de órganos jurisdiccionales. No existe, por tanto, un Poder Judicial, sino diversos sujetos con poder judicial que integran órganos. Mas lo que ahora interesa poner de relieve es que la Constitución ha atribuido potestad jurisdiccional a diversos tipos de órganos o, de nuevo si se prefiere, a sujetos titulares de dichos órganos que disfrutan de estatutos jurídicos diversos y con distintas atribuciones competenciales. Así, y como distinción provisional, podemos afirmar que la Constitución reconoce una jurisdicción ordinaria y unas jurisdicciones especiales. La distinción entre estos dos tipos de jurisdicción —ordinaria y especial— no reside meramente en el diferente ámbito de competencia de cada uno de ellos. Naturalmente, la jurisdicción ordinaria tiene una competencia que podríamos llamar genérica («se extiende a todas las personas, a todas las materias y a todo el territorio español», dice el art. 4 LOPJ), mientras que la jurisdicción especial tiene una competencia especializada (se extiende a determinadas personas o materias), desgajada de la primera. Sin embargo, con este solo criterio competencial y partiendo del dato positivo de que en nuestra jurisdicción ordinaria existen diversas ramas u órdenes, llegaríamos a la conclusión de que tales órdenes son jurisdicciones especiales.

El único criterio que, consecuentemente, sirve para distinguir la jurisdicción ordinaria de la especial es el que atiene al estatuto jurídico de los Jueces que la integran. En ese sentido es ordinaria la jurisdicción servida por Jueces con un estatuto jurídico ordinario, del que se separarían otros Jueces con estatuto jurídico distinto. Naturalmente, la jurisdicción ordinaria en este sentido estatutario y orgánico ha de serlo también por fuerza en cuanto a la competencia, pues lo contrario sería un contrasentido.

MONTERO AROCA ha realizado esta distinción en otros términos y seguramente con más claridad, al hablar de dos posibles acepciones de la expresión «Poder Judicial» en la Constitución, que él denomina «Poder Judicial político» y «Poder Judicial organización». Según el citado autor, puede hablarse del Poder Judicial político como el conjunto de todos los órganos dotados de potestad jurisdiccional, tanto ordinarios como especiales. Todos los órganos jurisdiccionales son Poder Judicial en este sentido. En su acepción más restringida, no obstante, como organización, el Poder Judicial abarca solo a cierto tipo de órganos jurisdiccionales, y no a todos, esto es, el Poder Judicial es una parte organizada del conjunto de Jueces y Magistrados que tienen potestad jurisdiccional. Así, el Poder Judicial organización se caracteriza por estar regulado en la LOPJ, por estar integrado por Jueces con un estatuto jurídico común y por estar sometidos a un órgano autónomo de gobierno: el CGPJ. Al margen de esta organización quedan, sin embargo, los titulares de otros órganos que ejercen inequívocamente funciones jurisdiccionales, como el Tribunal Constitucional, los Tribunales militares o el Tribunal de Cuentas, así como órganos pertenecientes a entes supranacionales, como el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea.

No cabe duda de que esta distinción de acepciones de la expresión «Poder Judicial» en la Constitución es acertada, en tanto en cuanto pone de manifiesto que, junto a los Juzgados y Tribunales ordinarios, están constitucionalmente reconocidos otros Tribunales de carácter especial tanto en lo referente a sus atribuciones (las garantías constitucionales, el ámbito estrictamente castrense, la jurisdicción contable, el Derecho comunitario) como en lo tocante al estatuto jurídico de sus miembros (ni están contemplados en la LOPJ, ni integrados en la carrera judicial, ni gobernados por el CGPJ; o forman parte de la estructura supranacional comunitaria).

Con ello, sin embargo, no se colman todas las distinciones necesarias o posibles. Avanzando un poco más, es necesario plantearse las diferencias entre esos Tribunales especiales reconocidos por la Constitución, que quedan al margen de lo que MONTERO AROCA llama el Poder Judicial organización. Es necesario plantearse si verdaderamente todos esos Tribunales están al margen del Poder Judicial organización. El problema que, en definitiva, se quiere plantear es el siguiente: cuando la Constitución habla del Poder Judicial en el Título VI, ¿qué órganos jurisdiccionales abarca o qué titulares o componentes de dichos órganos comprende? Concretando más: si tenemos en cuenta que la Constitución reconoce ciertos Tribunales especiales al margen de lo que podríamos llamar «jurisdicción ordinaria», tales como el Tribunal Constitucional, la jurisdicción militar, o el Tribunal de Cuentas en cuanto órgano con jurisdicción contable, ¿forman estos órganos en algún sentido parte de Poder Judicial?, ¿integran sus componentes el Poder Judicial, en el sentido del art. 117.1 CE?, ¿cuáles sí y cuáles no y por qué? Y sobre todo, ¿obligan las disposiciones del Título VI de la Constitución (arts. 117 a 127) en alguna medida a todos o a alguno de dichos Tribunales situados al margen de la jurisdicción ordinaria?

DE OTTO Y PARDO (1989, 54 y ss. y 133 y ss.) esbozó la posible diferencia al distinguir entre lo que denominó «jurisdicciones judiciales» y «jurisdicciones no judiciales». Para el citado autor, siendo la expresión «Poder Judicial» fuente de confusiones, para deshacerlas habría que partir de que el art. 117.1 CE atribuye la jurisdicción a «Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial», quedando, en cualquier caso, claro que «la titularidad de la función jurisdiccional corresponde a los Jueces y Magistrados considerados *uti singuli*, y no al conjunto orgánico», es decir, que «no hay un poder judicial titular de la potestad jurisdiccional del cual sean órganos los Jueces y Magistrados o los Juzgados y Tribunales, sino que son los propios Jueces y Magistrados, cada uno de ellos, los titulares de esa po-

testad», siendo «la jurisdicción, por tanto, una función de titularidad múltiple y difusa». Lo que caracteriza, en principio, a los titulares de esa función es que están gobernados por el CGPJ y se rigen por una legislación y un estatuto jurídico común, contenido en la LOPJ, que debe establecer su independencia, su inamovilidad, su responsabilidad y su sometimiento exclusivo al imperio de la ley.

Sucede, sin embargo, que la Constitución reconoce potestad jurisdiccional a otros sujetos que no son «Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial», es decir, que existen Tribunales cuyos titulares no son Jueces y Magistrados en el sentido del art. 117.1 CE, por cuanto no son gobernados por el CGPJ ni gozan del estatuto jurídico de la LOPJ, aunque, dicho sea de paso, sean igualmente independientes. Este sería el caso, por ejemplo, de los Magistrados del Tribunal Constitucional, que, según esto, ejercen una jurisdicción no judicial —al no ser Jueces y Magistrados—, frente a la ordinaria, que constituye una jurisdicción judicial.

La cuestión consiste en dilucidar si otras jurisdicciones reconocidas por la Constitución, aparentemente al margen de la ordinaria (la de los Tribunales militares o la contable del Tribunal de Cuentas), **son judiciales o no judiciales**. Para DE OTTO, en el caso del Tribunal de Cuentas, no cabe duda de que nos encontramos ante una jurisdicción no judicial, porque sus miembros, aunque según el art. 136.3 de la Constitución «gozarán de la misma independencia e inamovilidad y están sometidos a las mismas incompatibilidades que los Jueces», no están integrados en el Poder Judicial. En lo que a los Tribunales militares se refiere, DE OTTO brindó las interpretaciones posibles. Así, en primer lugar, cabe entender que la mención expresa de la jurisdicción militar en el art. 117.5 CE significa que esta se configura como una jurisdicción no judicial, absolutamente ajena al Poder Judicial y a sus rasgos constitucionales, de modo que estaría integrada por funcionarios militares sin condición de Jueces en el

sentido del art. 117.1 CE; en suma, se trataría de una jurisdicción administrativa constitucionalmente reconocida para el ámbito militar. Se puede interpretar, en segundo lugar, que la mención de la jurisdicción militar en el art. 117.5 CE significa que se trata de una jurisdicción judicial distinta de la ordinaria, de manera que sus componentes, aun no sometidos al estatuto único y al CGPJ, han de ser Jueces en el sentido del art. 117.1 CE, esto es, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley. Aun ajenos al complejo orgánico usualmente denominado «Poder Judicial», los Jueces militares serían, pues, «integrantes del poder judicial», en el sentido del art. 117.1 CE. Esta interpretación tendría base —según DE OTTO— en el dato de que el art. 117.5 CE haga una mención expresa de la jurisdicción militar, que resultaría superflua si se entendiese que los Jueces militares no están comprendidos en el art. 117.1 CE. También es posible, en tercer y último lugar, concebir que, siendo los Jueces militares integrantes del Poder Judicial, han de formar plenamente parte del mismo, con los mismos rasgos constitucionales que los denominados Jueces ordinarios —incluidos el estatuto jurídico común y el sometimiento al CGPJ—, de manera que, según DE OTTO, la especialidad de la Justicia militar no podría consistir en situarse al margen del Poder Judicial como organización, sino tan solo en tener un régimen parcialmente distinto dentro de esta.

A la misma cuestión, aunque con diferentes términos, aludió también Luis M.³ DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ (1991, 43 y ss.). Para el citado autor, la comprensión de los supuestos de Tribunales especiales reconocidos por la Constitución exige partir de dos de los principios fundamentales en la configuración constitucional del Poder Judicial: el principio de unidad jurisdiccional y el principio de exclusividad de la jurisdicción entendido en sentido positivo o, como lo llama el autor, la *reserva de Poder Judicial*. Como es sabido, el principio de unidad jurisdiccional es el resultado de una larga lucha histórica contra las jurisdicciones espe-

ciales que plasmaban privilegios o estaban dotadas de una menor o nula independencia. Dicho principio no prohíbe la especialización de los Tribunales, sino que proscribe la existencia de complejos orgánicos jurisdiccionales diferenciados, es decir, en definitiva, que los miembros de determinados Tribunales tengan un estatuto jurídico específico, ya que la historia enseña que normalmente esta especificidad está encaminada a minar la independencia judicial. La *reserva de Poder Judicial* (expresión que el autor citado prefiere a la de principio de exclusividad en sentido positivo, al estimar que este principio posee también un significado negativo al que cuadra mejor la nota de la exclusividad) significa que solo los Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial pueden ejercer la potestad jurisdiccional.

Ahora bien, lo importante a los efectos que nos interesan es que, como señala DIEZ-PICAZO, ninguno de estos dos principios —unidad y reserva de Poder Judicial— es absoluto, sino que ambos tienen excepciones constitucionalmente reconocidas. Así, la excepción al principio de unidad vendría dada por el reconocimiento de la jurisdicción militar, que estaría solo parcialmente encuadrada en el Poder Judicial y solo parcialmente sujeta a las exigencias que la Constitución impone a los Tribunales ordinarios. Por otro lado, la jurisdicción constitucional constituiría, según esto, la excepción reconocida de la reserva de Poder Judicial, al tratarse de un supuesto en que la Constitución permite el ejercicio de funciones inequívocamente jurisdiccionales a un órgano —el Tribunal Constitucional— claramente situado al margen del Poder Judicial.

Así pues, cada uno de estos autores utiliza términos distintos para aludir a un mismo fenómeno: el de los Tribunales especiales reconocidos por la Constitución. MONTERO AROCA habla de *Poder Judicial político* y *Poder Judicial organización*; DE OTTO, de *jurisdicciones judiciales* y *jurisdicciones no judiciales*; DIEZ-PICAZO, de excepciones del principio de unidad jurisdiccional y de excepciones a la

reserva de Poder Judicial. Como telón de fondo de estas disquisiciones se sitúan, a mi juicio, dos cuestiones: la primera, de orden conceptual, esto es, como señalábamos al principio, la búsqueda de un concepto constitucional del Poder Judicial razonablemente preciso; la segunda, problemática y con un trasfondo eminentemente jurídico-positivo, a saber: ¿son aplicables las disposiciones del Título VI de la Constitución a los Tribunales especiales constitucionalmente reconocidos al margen de la jurisdicción ordinaria?

Siguiendo la estela de las ideas expuestas, pero tratando de llevar las cosas hasta el final, lo que parece que subyace a la distinción de estos autores es la hipótesis siguiente. **Tra-tándose de jurisdicciones no judiciales o de excepciones a la reserva de Poder Judicial** —paradigmáticamente, el Tribunal Constitucional—, **estaríamos ante supuestos situados al margen absolutamente del Poder Judicial y, en consecuencia, del Título VI de la Constitución.** Ello significa que las normas contenidas en dicho Título no vincularían a las jurisdicciones no judiciales, de modo que, todo lo más, podría existir una aplicación de las normas legales de desarrollo de las disposiciones del Título VI si las leyes de organización y funcionamiento de dichas jurisdicciones remitieran a las mismas; pero esto sería libertad del legislador y no imposición constitucional.

Ejemplificando esta hipótesis en el Tribunal Constitucional, nos encontramos con un órgano que ejerce funciones jurisdiccionales al margen del Poder Judicial. El Tribunal Constitucional sería una jurisdicción no judicial, porque los Magistrados del Tribunal Constitucional no serían «Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial», en el sentido del art. 117.1 CE. Se trataría de una excepción a la reserva de Poder Judicial y, por tanto, las normas del Título VI serían indiferentes para el Tribunal Constitucional, que tiene su específica regulación constitucional. Dicha regulación es en algunos casos paralela o parcialmente reiterativa de la dedicada al Poder

Judicial, por lo que carecería de sentido si se estimara que el Tribunal Constitucional está en alguna medida integrado en el Poder Judicial. Así, por ejemplo, mientras el art. 127 CE se refiere a las incompatibilidades de Jueces y Magistrados, el art. 159.4 CE hace lo propio con las de los Magistrados del Tribunal Constitucional (con un parcial reenvío); del mismo modo, mientras el art. 118 CE hace referencia al valor de las resoluciones judiciales, el art. 164 CE lo hace respecto de las sentencias del Tribunal Constitucional.

Por el contrario, tratándose de jurisdicciones judiciales o de excepciones al principio de unidad jurisdiccional —paradigmáticamente, la jurisdicción militar—, estaríamos ante supuestos de órganos (y Jueces) integrados en el Poder Judicial y —aunque no *in toto*— vinculados a las disposiciones del Título VI de la Constitución. Y digo que no totalmente, porque el art. 122 CE estaría pensado solamente para la llamada jurisdicción ordinaria (estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados de carrera y sometimiento al gobierno del CGPJ). Pero, al margen del art. 122 CE, los demás preceptos del Título VI sí serían aplicables a las jurisdicciones judiciales (así, por ejemplo, los arts. 121 —responsabilidad del Estado—, 123 —Tribunal Supremo—, 124 —Ministerio Fiscal—, 127 —incompatibilidades—). Y les serían aplicables no por remisión de sus leyes de organización y funcionamiento, sino *ex Constitutione*.

Concretada esta hipótesis en la jurisdicción militar, desde luego se ve absolutamente corroborada por su legislación de desarrollo. El legislador ha querido que la jurisdicción militar no sea concebida como un cuerpo extraño, sino como una jurisdicción integrante del Poder Judicial (*vid.* art. 1 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar), aunque con las peculiaridades necesarias derivadas del ámbito estrictamente castrense en que desarrolla su función. Ciertamente, del escueto art. 117.5 CE es difícil sacar una conclusión, puesto que, aparte de limitar la jurisdicción

militar al ámbito estrictamente castrense y a los supuestos de estado de sitio, solo dice que la regulación legal se hará «de acuerdo con los principios de la Constitución». Aunque la expresión es vaga, algo debe significar, y no solo que la ley reguladora de la jurisdicción militar debe respetar la Constitución, porque eso sería una obviedad, sino que los principios constitucionales reguladores del Poder Judicial son aplicables a la jurisdicción militar en cuanto forma parte de este.

Esta es, me parece, la explicación comúnmente aceptada de la idea de Poder Judicial en nuestro ordenamiento. Es, desde luego, la hipótesis aceptada por el legislador o, al menos, la plasmada en nuestra legislación. Ahora bien, creo que cabe plantear, aunque solo sea para abrir un debate, que es posible construir **un concepto distinto de Poder Judicial**. Un concepto de Poder Judicial que no quede restringido a los Jueces y Magistrados contemplados en la LOPJ y gobernados por el CGPJ. Mas al mismo tiempo un concepto de Poder Judicial que, extendido a los demás Tribunales especiales reconocidos por la Constitución, **no tenga su exclusivo centro en la idea de potestad jurisdiccional**. A mi modo de ver, la rúbrica del Título VI de la Constitución —y lo que es más importante, su contenido— abarca a todos los Tribunales que administran justicia, es decir, no solo a los Jueces y Magistrados ordinarios, sino también a los que ejercen la jurisdicción constitucional, la contable o la militar. Todos ellos son «Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley», que administran en nombre del Rey la justicia que emana del pueblo. El Poder Judicial es, pues, subjetivamente, el conjunto de esos Jueces y Magistrados y, funcionalmente, el conjunto de las funciones que ejercen, tanto las jurisdiccionales como las no jurisdiccionales. Y el Título VI de la Constitución constituye la *lex constitutionalis generalis* aplicable a todos ellos. Y digo *lex generalis*, porque algunos de esos Jueces y Magistrados tienen en algunas facetas relativas a su estatuto or-

gánico y al ejercicio de sus atribuciones su propia *lex specialis*. Pero todos ellos forman parte del Poder Judicial del Estado.

III. JUECES Y MAGISTRADOS INDEPENDIENTES, INAMOVIBLES, RESPONSABLES Y SOMETIDOS ÚNICAMENTE AL IMPERIO DE LA LEY

El rasgo que principalmente caracteriza el ejercicio de la función jurisdiccional y que lo distingue del ejercicio de otras funciones públicas es que ha de hacerse con **independencia y sometimiento exclusivo al imperio de la ley**. La independencia es atributo esencial del ejercicio de la jurisdicción y es reiteradamente proclamada en la Constitución y en las leyes, así como en los tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por España (*vid.* arts. 117.1, 124.1, 127.2 CE; arts. 1, 12, 13, 14 y Título II del Libro IV de la LOPJ; arts. 6.1 CEDH y 14.1 PIDCP). Procede analizar a continuación el concepto, el ámbito y las garantías de la independencia judicial.

En general, *independencia*, en sentido jurídico, es lo contrario de *jerarquía*. Es independiente aquel que no está sometido jerárquicamente al poder de otra persona, órgano o ente, al que debe obedecer. La independencia es, por tanto, la ausencia de jerarquía. Aplicado esto a los Jueces y Magistrados, decir que son independientes es tanto como decir que no deben obedecer las órdenes de nadie, que en el ejercicio de la función jurisdiccional no deben estar ligados a instrucción, orden o indicación alguna. Ahora bien, que no estén sometidos a jerarquía no significa que los Jueces y Magistrados puedan obrar en el ejercicio de la jurisdicción según su libre albedrío. Los Jueces y Magistrados en el ejercicio de la potestad jurisdiccional a lo que están vinculados es al *imperio de la ley*, como dice el art. 117.1 CE, expresión esta que no es sino un extranjerismo (*rule of law*), que lo que significa es sometimiento al ordenamiento jurídico, sujeción al Derecho. Pero lo característico de la independencia judicial no es solo que en el

ejercicio de la función jurisdiccional los Jueces estén sometidos al ordenamiento jurídico. Al fin y al cabo, todos, tanto particulares como poderes públicos, estamos sometidos al Derecho. **Lo característico es que los Jueces están única y exclusivamente sometidos al Derecho.** A diferencia de otros poderes públicos, como el legislativo y el ejecutivo, que pueden de manera legítima tomar discrecionalmente opciones políticas, dentro del abanico que permita el Derecho vigente, e imponer dichas opciones a quienes estén jerárquicamente subordinados a ellos, los Jueces ejercen jurisdicción teniendo en cuenta exclusivamente el ordenamiento jurídico y dejando de lado, por tanto, las preferencias tanto personales como ajenas. Dicho esto, se entenderá claramente que independencia y sometimiento exclusivo al imperio de la ley son expresiones no ya complementarias, sino rigurosamente sinónimas en su sentido jurídico: se es independiente porque se está sometido *únicamente* al Derecho y se está sometido *únicamente* al Derecho porque se es independiente.

La idea de independencia como ausencia de jerarquía y como sometimiento exclusivo al Derecho resuelve de un plumazo el falso problema de la falta de legitimación democrática de los Jueces. En una primera aproximación parece que lo lógico en un Estado democrático es que todos los que ejercen poderes públicos sean elegidos democráticamente (por sufragio universal, libre directo y secreto) o, al menos, hayan sido designados o estén controlados por quienes sean elegidos democráticamente. Esto es cierto para todos aquellos poderes públicos en cuyo ejercicio quepa tomar opciones diversas que estén guiadas por la discrecionalidad política. Para esos poderes públicos la única manera de asegurar su legitimación y su control democráticos es que dependan directa o indirectamente del voto de los ciudadanos. Sin embargo, ese postulado se vuelve incierto cuando se trata de un poder, como el Poder Judicial, que precisamente a lo único a lo que debe atender es a lo que dispone el orde-

namiento jurídico. En ese caso, la legitimación democrática deriva directamente de la Constitución, que ha querido que haya una instancia de poder independiente, sometida únicamente al imperio de la ley y no a opciones políticas. Es más, siguiendo a REQUEJO PAGÉS, si en un Estado democrático no existe un Poder Judicial independiente, entonces lo que no hay es Estado de Derecho, porque no hay ningún poder que pueda asegurar que el Derecho objetivo democráticamente creado se cumple.

Como dispone enfáticamente el art. 13 LOPJ: «Todos están obligados a respetar la independencia de los Jueces y Magistrados». **El ámbito o alcance de la independencia judicial es, por tanto, absoluto.** Los Jueces son independientes porque no están jurídicamente sometidos a nadie. Tradicionalmente los riesgos para la independencia judicial no han provenido de los particulares (aunque en la sociedad actual, esos riesgos se han multiplicado de forma exponencial por el poder de los medios de comunicación de masas), sino de los poderes públicos. Y en el ámbito de los poderes públicos se suele distinguir según que los riesgos para la independencia judicial provengan de otros poderes públicos (básicamente del Poder Ejecutivo, pero también del Poder Legislativo, controlados ambos normalmente en un Estado democrático por la misma mayoría política) o que provengan del mismo Poder Judicial. Se acostumbra así a distinguir entre *independencia externa* (respecto de otros poderes del Estado) e *independencia interna* (respecto del propio Poder Judicial). La preocupación clásica de todos los regímenes constitucionales modernos ha sido garantizar la independencia judicial externa y, más concretamente, la de arrancar al Poder Judicial del control del Poder Ejecutivo. La existencia de un órgano de gobierno autónomo del Poder Judicial como es el CGPJ es la expresión más clara de esa preocupación. Más recientemente se ha acentuado también la preocupación por asegurar la independencia judicial interna, es decir, frente a otros Tribunales o frente a los órga-

nos de gobierno del Poder Judicial, empezando por el CGPJ mismo.

La LOPJ contiene varias disposiciones que desarrollan la proclamación que la Constitución hace de la independencia judicial en el art. 117.1 CE. Así, aparte del art. 13, ya mencionado, el art. 12 LOPJ está destinado a proclamar la independencia interna de los Jueces y Magistrados. Así, establece, en primer lugar, que en el ejercicio de la potestad jurisdiccional los Jueces y Magistrados son independientes respecto a todos los órganos judiciales y de gobierno del Poder Judicial. A continuación prohíbe a los Jueces y Magistrados corregir la interpretación del ordenamiento jurídico hecha por otros órganos judiciales sino cuando administren justicia en virtud de los recursos que las leyes establezcan. Y finalmente prohíbe a los Jueces y Tribunales, órganos de gobierno de los mismos y al CGPJ dictar instrucciones, de carácter general o particular, sobre la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico que lleven a cabo en el ejercicio de su función jurisdiccional.

Por otra parte, el art. 14 LOPJ establece, como forma de tutela de la independencia judicial, que los Jueces y Magistrados que se consideren perturbados en su independencia lo pondrán en conocimiento del CGPJ, dando cuenta de los hechos al Juez o Tribunal competente para seguir el procedimiento adecuado, sin perjuicio de practicar por sí mismos las diligencias estrictamente indispensables para asegurar la acción de la justicia y restaurar el orden jurídico. El Ministerio Fiscal, por sí o a petición de aquellos, promoverá las acciones pertinentes en defensa de la independencia judicial.

Baste decir, para terminar con el concepto y ámbito de la independencia judicial, que es predicable por igual de cualquier Juez o Magistrado, cualquiera que sea el Juzgado o Tribunal en el que desempeñe sus funciones. Dicho llanamente, la Constitución y las leyes proclaman la misma independencia para un

Magistrado del Tribunal Supremo que para un Juez de Paz.

Respecto de lo señalado hasta aquí ha de traerse a colación la STC 108/1986, FJ 6:

«Para desarrollar su tesis, los recurrentes se refieren en primer término a la independencia del Poder Judicial que, según ellos, comporta el autogobierno judicial y la representatividad interna. Respecto al primero de estos principios, el de la independencia del Poder Judicial, no hay duda de que constituye una pieza esencial de nuestro ordenamiento como del de todo Estado de Derecho, y la misma Constitución lo pone gráficamente de relieve al hablar expresamente del “poder” judicial, mientras que tal calificativo no aparece al tratar de los demás poderes tradicionales del Estado, como son el legislativo y el ejecutivo. El Poder Judicial consiste en la potestad de ejercer la jurisdicción, y su independencia se predica de todos y cada uno de los jueces en cuanto ejercen tal función, quienes precisamente integran el poder judicial o son miembros de él porque son los encargados de ejercerla. Así resulta claramente del art. 117.1 de la Constitución, con que se abre el Título VI de la misma dedicado al “poder judicial”:

“La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la Ley.”

Naturalmente, la independencia judicial (es decir, la de cada Juez o Tribunal en el ejercicio de su jurisdicción) debe ser respetada tanto en el interior de la organización judicial (art. 2 de la LOPJ) como por “todos” (art. 13 de la misma ley). La misma Constitución prevé di-

versas garantías para asegurar esa independencia. En primer término, la inmovilidad, que es su garantía esencial (art. 117.2); pero también la reserva de la ley orgánica para determinar la constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales, así como el estatuto jurídico de los jueces y magistrados (art. 122.1), y su régimen de incompatibilidades (art. 127.2). No es necesario ni posible entrar aquí en un examen detallado de la especial situación del poder judicial y de sus integrantes en la Constitución, aunque conviene señalar que esa independencia tiene como contrapeso la responsabilidad y el estricto acantonamiento de los jueces y magistrados en su función jurisdiccional y las demás que expresamente les sean atribuidas por ley en defensa de cualquier derecho (art. 117.4), disposición esta última que tiende a garantizar la separación de poderes.»

La independencia la tienen los Jueces y Magistrados porque la Constitución y la LOPJ la proclaman. No obstante, la mera proclamación constitucional y legal de la independencia judicial podría quedar vacía de contenido en la realidad si no fuera acompañada de garantías adecuadas. Para remarcar esta cuestión en ocasiones se ha utilizado la distinción —quizás no muy afortunada— entre *independencia formal* e *independencia real*. **Los Jueces y Magistrados son formalmente independientes porque la Constitución y la LOPJ así lo dicen.** Sin embargo, no por ello son automáticamente independientes en la realidad. Para conseguirlo se necesita que el ordenamiento jurídico revista a los Jueces y Magistrados de ciertas garantías que los hagan inmunes a presiones procedentes de los demás poderes públicos y de los particulares. La independencia judicial, en consecuencia, donde está en juego no es en el terreno de sus proclamaciones solemnes, sino en el terreno de la efectividad de las garantías que el ordenamiento jurídico establezca. Veamos cuáles son las que establece el nuestro.

La primera garantía, de orden formal, es la **existencia de una reserva de ley orgánica respecto del estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados.** Todo lo que afecta tanto a la relación orgánica como a la relación de servicios de los Jueces y Magistrados en cuanto funcionarios públicos debe estar regulado por ley orgánica y, además, no por cualquier ley orgánica, sino concretamente por la LOPJ, porque así lo exige el art. 122.1 CE. Con ello se está garantizando que el estatuto judicial no podrá ser afectado más que por la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados.

Por otra parte, la existencia de una reserva de ley debería implicar que el estatuto de los Jueces y Magistrados no pudiera ser regulado por reglamentos. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (*vid.* STC 108/1986, FJ 26) ha admitido que se puedan dictar reglamentos sobre *cuestiones de detalle*. Con base en esa jurisprudencia, la LOPJ —reformada en este punto por la Ley Orgánica 16/1994— establece en su disposición adicional 1.^ª2 que el Gobierno o, en su caso, las Comunidades Autónomas con competencias en la materia, aprobarán los reglamentos que exija el desarrollo de la LOPJ, salvo cuando la competencia para ello corresponda al CGPJ a tenor de lo que dispone el art. 110 LOPJ (referencia que en la actualidad debe entenderse hecha al art. 560.1.16.^a LOPJ).

Una segunda garantía para la independencia judicial es la **existencia del CGPJ**, creado para desapoderar al Poder Ejecutivo de todas las competencias relativas al estatuto jurídico de Jueces y Magistrados. Selección, formación y perfeccionamiento, provisión de destinos, ascensos, situaciones administrativas y régimen disciplinario de los Jueces y Magistrados son competencia del CGPJ y no del Gobierno, precisamente para que el Gobierno no pueda influir en la independencia judicial a través del ejercicio de esas potestades administrativas. Así, según la STC 108/1986, FJ 7:

«La concepción expuesta de la independencia del Poder Judicial es com-

partida, en sus líneas generales, por todos los países de nuestra área jurídico-política. Pero algunos de esos países han incorporado a sus Constituciones garantías específicas a fin de que esa independencia no se vea perturbada por medios más indirectos o sutiles. Tal fue el caso de Italia en su Constitución de 1948, o de Portugal en la suya de 1976, y siguiendo en parte su ejemplo, el de España en su vigente Constitución. Esta última, en su art. 122.2, prevé la existencia de un “Consejo General del Poder Judicial” como órgano de gobierno del mismo que será regulado por ley orgánica, la cual “establecerá su estatuto y el régimen de incompatibilidades de sus miembros y sus funciones, en particular en materia de nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario”. Así, las funciones que obligadamente ha de asumir el Consejo son aquellas que más pueden servir al Gobierno para intentar influir sobre los Tribunales: de un lado, el posible favorecimiento de algunos jueces por medio de nombramientos y ascensos; de otra parte, las eventuales molestias y perjuicios que podrían sufrir con la inspección y la imposición de sanciones. La finalidad del Consejo es, pues, privar al Gobierno de esas funciones y transferirlas a un órgano autónomo y separado. Es, desde luego, una solución posible en un Estado de Derecho, aunque, conviene recordarlo frente a ciertas afirmaciones de los recurrentes, no es su consecuencia necesaria ni se encuentra, al menos con relevancia constitucional, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos actuales.»

Resulta claro, a la luz de la STC 108/1986, FJ 8, que la finalidad del desapoderamiento del Ejecutivo de las potestades que pueden afectar a la independencia judicial se lleva a cabo a través de un órgano, el CGPJ, al que la Constitución no obliga a configurar como un

órgano de *autogobierno* del Poder Judicial, sino como un órgano de *gobierno autónomo* del Poder Judicial:

«Las consideraciones anteriores permiten entrar en lo que es realmente en este punto el meollo de las alegaciones de los recurrentes, y que consiste en sostener que la independencia judicial y la existencia constitucional del Consejo comportan el reconocimiento por la Constitución de una autonomía de la Judicatura, entendida como conjunto de todos los Magistrados y Jueces de carrera, y, en consecuencia, la facultad de autogobierno de ese conjunto de Magistrados y Jueces cuyo órgano sería precisamente el Consejo. Pero ni tal autonomía y facultad de autogobierno se reconocen en la Constitución ni se derivan lógicamente de la existencia, composición y funciones del Consejo. Para llegar a la primera conclusión basta la simple lectura del Texto constitucional, en el que, como se ha dicho, lo que se consagra es la independencia de cada juez a la hora de impartir justicia, sin que la calidad de “integrantes o miembros” del Poder Judicial que se les atribuye en preceptos ya citados tenga otro alcance que el de señalar que solo los jueces, individualmente o agrupados en órganos colegiados, pueden ejercer jurisdicción “juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado”. Tampoco se impone la existencia de un autogobierno de los jueces de una deducción lógica de la regulación constitucional del Consejo. Como se ha dicho, lo único que resulta de esa regulación es que se ha querido crear un órgano autónomo que desempeñe determinadas funciones, cuya asunción por el Gobierno podría enturbiar la imagen de la independencia judicial, pero sin que de ello se derive que ese órgano sea expresión del autogobierno de los jueces. La Constitución obliga, ciertamente, a que doce de sus vocales

sean elegidos “entre” jueces y magistrados de todas las categorías, mas esta condición tiene como principal finalidad que un número mayoritario de vocales del Consejo tengan criterio propio por experiencia directa sobre los problemas que los titulares de los órganos judiciales afrontan en su quehacer diario, de la misma forma que, al asignar los restantes ocho puestos a Abogados y otros juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio en su profesión, se busca que aporten su experiencia personas conocedoras del funcionamiento de la justicia desde otros puntos de vista distintos del de quienes la administran.»

Una de las principales garantías de la independencia judicial es la **inamovilidad**, es decir, tal y como dispone el art. 117.2 CE, que los «Jueces y Magistrados no pueden ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados sino por alguna de las causas y con las garantías previstas en la ley». El desarrollo legal de esa garantía constitucional se encuentra en el Capítulo I del Título II de Libro IV de la LOPJ (arts. 378-388), que lleva precisamente por rúbrica «De la inamovilidad de Jueces y Magistrados». En dichos preceptos se regulan tanto las causas como los procedimientos de separación, traslado, suspensión, jubilación y rehabilitación de los Jueces y Magistrados. Al respecto cabe señalar, en síntesis, que fuera de las causas legalmente previstas, la inamovilidad de los Jueces y Magistrados de carrera es permanente, es decir, sin límite de tiempo, y absoluta, es decir, se tiene derecho no solo a la pertenencia a la carrera y a la categoría, sino al concreto destino que se ocupa. Por consiguiente, sin causa legal nadie puede obligar a un Juez o Magistrado de carrera a abandonar el puesto que ocupa si no quiere. La inamovilidad de los Jueces y Magistrados que no pertenecen a la carrera judicial (Jueces de Paz, Magistrados suplentes, Jueces sustitutos, Jueces en régimen de provisión temporal) es también absoluta,

pero temporal, porque temporal es la duración de su cargo.

Al respecto, el Tribunal Constitucional se ha encargado de señalar que no constituye un atentado a la inamovilidad judicial la modificación de la edad de jubilación de los Jueces y Magistrados. Así, según la STC 108/1986, FJ 15:

«En cuanto a la primera de estas cuestiones, es decir, la supuesta vulneración del principio de inamovilidad judicial y, en concreto, del art. 117.2 de la Constitución, debe señalarse que no se advierte en qué puede consistir la violación del art. 117.2 citado que, en lo que aquí importa, establece que los jueces y magistrados no podrán ser jubilados sino por alguna de las causas y con las garantías previstas en la ley. Entre esas causas de jubilación se comprende la fijación de un límite de edad, y esta ha sido establecida por la ley, de forma que la garantía constitucional consagrada en el art. 117.2 ha sido cumplida, porque el precepto lo que evita es que la jubilación pueda ser regulada reglamentariamente o concedida según los casos individuales. La garantía de la inamovilidad viene dada no solo en cuanto se establece una reserva de Ley Orgánica (art. 122.1), sino en cuanto esa ley ha de regular las causas de la jubilación y, en el caso que aquí interesa, la edad, con carácter abstracto y general. Precisamente este carácter hace que el art. 386 de la LOPJ no pueda considerarse como una medida que afecte a la inamovilidad judicial, que solo se vería coartada si la ley autorizase a jubilar a los jueces según criterios discrecionales (concediendo prórrogas no preceptivas, por ejemplo), lo que evidentemente no ocurre.»

Tampoco atenta contra la inamovilidad judicial el ascenso forzoso de los Jueces Togados militares (STC 204/1994, FJ 10) o la adscripción

ción forzosa y suplementaria a otra Sala de los Magistrados de las Salas de lo Civil y Penal de los TT. SS. JJ. (ATC 102/2004, FJ 4).

Aparte de garantía de imparcialidad, también deben ser entendidas como garantía de la independencia judicial (*vid.* art. 127.2 CE) las **incompatibilidades y prohibiciones para el ejercicio del cargo de Juez o Magistrado** (*vid.* arts. 389-397 LOPJ). En garantía de la independencia está prevista igualmente la inmunidad judicial (*vid.* arts. 398-400 LOPJ). Asimismo, garantía de independencia —aunque discutida desde algunos sectores de opinión— es la prohibición constitucional (art. 127.1 CE) que afecta a los Jueces y Magistrados, mientras se hallen en activo, de desempeñar otros cargos públicos y de pertenecer a partidos políticos o sindicatos. En compensación a la prohibición de pertenecer a sindicatos (o de constituirlos), la Constitución prevé que los Jueces y Magistrados puedan constituir asociaciones profesionales. Esta previsión está desarrollada en el art. 401 LOPJ. Finalmente, la LOPJ no se olvida de la necesidad, para garantizar la independencia judicial, de asegurar la independencia económica de los Jueces y Magistrados (*vid.* arts. 402-404 bis LOPJ), asegurándoles una retribución digna y un régimen de Seguridad Social. En cualquier caso, los preceptos que la LOPJ dedica a esta cuestión parecen más declaraciones de principio que normas jurídicas.

Los Jueces y Magistrados no solo son independientes e inamovibles y están sometidos únicamente al imperio de la ley. **El art. 117.1 CE añade que han de ser responsables.** En el tema de la responsabilidad judicial todo ordenamiento jurídico está llamado a encontrar un delicado equilibrio. De un lado, es obvio que, siendo independientes, los Jueces no pueden ser irresponsables, es decir, no pueden no estar sujetos a normas jurídicas que permitan depurar su responsabilidad cuando se desvíen del imperio de la ley al que están exclusivamente sometidos. Tal cosa haría de los Jueces unos sujetos titulares de un poder sin control alguno y, en el fondo, aunque pa-

rezca una paradoja, la ausencia de responsabilidad podría acabar por minar su independencia, ya que la conciencia de que nadie les puede pedir cuentas les permitiría obrar al margen del ordenamiento jurídico. En este sentido, los Jueces han de ser responsables precisamente porque son independientes. Mas de otro lado, cuál sea el grado y ámbito de la responsabilidad judicial y cuál sea la instancia competente para depurar esa responsabilidad es determinante para asegurar la independencia judicial. Es decir, un exceso de responsabilidad judicial también puede minar la independencia judicial. Como puede comprobarse, hay que hallar un equilibrio. La responsabilidad es el reverso necesario de la independencia, pero no puede ser un reverso que la anule.

En nuestro ordenamiento los Jueces y Magistrados solo están sometidos a formas jurídicas de responsabilidad y no a responsabilidad política (que sería incoherente con la lógica del modelo). Esas formas de responsabilidad son tres: penal, disciplinaria y civil (art. 16 LOPJ). La responsabilidad penal (arts. 405-409 LOPJ) de los Jueces y Magistrados es la que deriva de la comisión de delitos o faltas en el ejercicio de su cargo. La responsabilidad disciplinaria (arts. 414-427 LOPJ) se refiere a acciones u omisiones que supongan el incumplimiento de deberes legales del Juez o Magistrado. La responsabilidad civil abarca el resarcimiento de los daños y perjuicios que causen cuando en el desempeño de sus funciones incurran en dolo o culpa; si bien y hoy por hoy no puede ser exigida directamente por los particulares, sino solo en vía de regreso por el Estado (art. 296 LOPJ). Aparte de la responsabilidad personal de los Jueces y Magistrados, el art. 121 CE y los arts. 292 y ss. LOPJ regulan la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia, a través de la cual se garantiza el resarcimiento de los daños y perjuicios que los particulares puedan sufrir injustamente como consecuencia de acciones u omisiones de la Administración de Justicia. Dicha responsabilidad abarca los daños y per-

juicios causados por error judicial o por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

De la mención que el art. 117.1 hace a que los Jueces y Magistrados han de ser «responsables» no se deduce un régimen legal necesario de la responsabilidad judicial. Debe entenderse, no obstante, que existe una *garantía institucional* de la responsabilidad personal de Jueces y Magistrados.

IV. «EL EJERCICIO DE LA POTESTAD JURISDICCIONAL CORRESPONDE EXCLUSIVAMENTE A LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES». LA RESERVA DE JURISDICCIÓN

El art. 117.3 CE («El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde *exclusivamente* a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan») consagra la regla de que **solo los Juzgados y Tribunales pueden ejercer la potestad jurisdiccional**. Esta regla puede ser denominada como *principio de reserva de jurisdicción* (otros autores la denominan *principio de exclusividad en sentido positivo* o *reserva de Poder Judicial*).

De este principio se deriva que el legislador no puede atribuir potestad jurisdiccional sino a *Juzgados y Tribunales* y que, por tanto, sería inconstitucional otorgar potestad jurisdiccional a otro tipo de órganos. Solo los Tribunales ordinarios o los Tribunales especiales al margen de la jurisdicción ordinaria, que la Constitución reconoce o permite, pueden ejercer jurisdicción. Así, por ejemplo, las Cortes Generales no podrían atribuirse a sí mismas por ley jurisdicción para enjuiciar determinados asuntos. Y sería igualmente inconstitucional atribuir jurisdicción al Gobierno o a la Administración. Y un modelo de justicia administrativa como el francés —seguido por otros países del continente europeo— en el que el control jurisdiccional

de la actividad de la Administración está encomendado a órganos integrados en la propia Administración, sería inconstitucional en España. Las denominadas *jurisdicciones administrativas* no son admisibles en nuestro ordenamiento constitucional. En este aspecto, el principio de separación de poderes, tan difuminado en otros ámbitos, opera de manera rígida y sin excepciones. Una manifestación específica de este principio se encuentra en el art. 26 CE, según el cual «se prohíben los Tribunales de Honor en el ámbito de la Administración civil y de las organizaciones profesionales».

A diferencia de quienes piensan que la reserva jurisdiccional a favor de Juzgados y Tribunales expresa algo tan arraigado en la esencia del Estado moderno que una Constitución no podría negarlo, parece más bien que el principio de reserva jurisdiccional o, al menos, su carácter absoluto o sin excepciones, constituye una opción política de nuestras Cortes constituyentes, que, aun basada en sólidos motivos, no puede considerarse una exigencia de la lógica o de la razón pura. Hay ordenamientos próximos al nuestro en los que no rige este principio o el mismo conoce importantes excepciones. Así, como se ha señalado antes, no son pocos los países europeos en los que la justicia administrativa es ejercida por órganos que, aunque dotados de independencia, forman parte del poder ejecutivo. Hay otros ordenamientos en que una cámara parlamentaria puede ejercer excepcionalmente funciones jurisdiccionales (por ejemplo, para juzgar al Presidente). Frente a estos ordenamientos, el constituyente español optó en 1978 por un rígido principio de reserva jurisdiccional a favor de Juzgados y Tribunales, que no conoce excepciones. La razón hay que buscarla seguramente en la necesidad de evitar extralimitaciones de otros poderes del Estado, que no faltaron en nuestra experiencia histórica. Sin la vigencia del principio constitucional de reserva de jurisdicción, los poderes legislativo y ejecutivo podrían tener la tentación —quizás irresistible— de crear jurisdicciones administrativas, sobre cuya inde-

pendencia no habría por qué dudar *a priori*, pero que carecerían de las garantías de que está rodeada la independencia de los órganos jurisdiccionales. Sin el principio de reserva jurisdiccional, todo el edificio constitucional de garantías de la Justicia podría llegar a ser demolido con el sencillo expediente de atribuir funciones jurisdiccionales a órganos carentes de esas garantías constitucionales.

La autotutela de las Administraciones públicas no supone una quiebra del principio de reserva jurisdiccional. El Tribunal Constitucional admitió tempranamente la compatibilidad de la autotutela administrativa con la reserva de jurisdicción (STC 22/1984). Sintetizando, la jurisprudencia constitucional al respecto lo que expresa es que la autotutela administrativa es compatible con el art. 117.3 CE siempre que se asegure no solo el ulterior control jurisdiccional de la legalidad de la actuación administrativa (impuesto en todo caso por los arts. 106 y 24 CE), sino a través de medidas cautelares. Al privilegio de autotutela administrativa la reserva de jurisdicción impone que quepa utilizar medidas cautelares, no solo de suspensión sino todas las que resulten adecuadas, de manera tal que el ciudadano tenga un instrumento para obtener una fiscalización plena e inmediata de la ejecutividad de la actuación administrativa. Así, según, entre otras muchas, la STC 199/1998, FJ 2:

«Reiteradamente hemos declarado que el privilegio de autotutela atribuido a la Administración Pública no es contrario a la Constitución, sino que engarza con el principio de eficacia enunciado en el art. 103 CE (SSTC 22/1984, 238/1992, 148/1993 y 78/1996), y que la ejecutividad de sus actos en términos generales y abstractos tampoco puede estimarse como incompatible con el art. 24.1 CE (SSTC 66/1984, 341/1993, 78/1996; AATC 265/1985, 458/1988, 930/1988, 1095/1988, 220/1991 y 116/1995), pero sin que tal prerrogativa pueda primar sobre el

contenido de los derechos y libertades de los ciudadanos (SSTC 22/1984, 171/1997). Ahora bien, del art. 106.1 CE se deriva que la actuación administrativa está sometida al control de legalidad de los Tribunales, y el art. 117.3 atribuye a estos no solo la potestad de juzgar sino además la de ejecutar lo juzgado. De modo que si los particulares acuden ante estos para impugnar los actos de la Administración y, en su caso, para que decidan sobre la ejecutividad o suspensión de los mismos, el derecho de los ciudadanos a la tutela judicial efectiva garantizado en el art. 24.1 implica que los órganos judiciales se deban pronunciar sobre ambos aspectos, con independencia del sentido concreto de la decisión.»

Y según el ATC 48/2004, FJ 2:

«Por otro lado recordábamos en nuestra STC 199/1998, de 13 de octubre (FJ 2), que el privilegio de autotutela atribuido a la Administración pública no es contrario a la Constitución, sino que engarza con el principio de eficacia enunciado en el art. 103 CE, y que la ejecutividad de sus actos en términos generales y abstractos tampoco ha de estimarse como incompatible con el art. 24.1 CE, pero sin que tal prerrogativa pueda primar sobre el contenido de los derechos y libertades de los ciudadanos. Ahora bien, del art. 106.1 de la Constitución se deriva que la actuación administrativa está sometida al control de legalidad de los Tribunales, y el art. 117.3 CE atribuye a estos no solo la potestad de juzgar sino además la de ejecutar lo juzgado. De modo que si los particulares acuden ante estos para impugnar los actos de la Administración y, en su caso, para que decidan sobre la ejecutividad o suspensión de los mismos, el derecho de los ciudadanos a la tutela judi-

cial efectiva garantizado en el art. 24.1 implica que los órganos judiciales se deban pronunciar sobre ambos aspectos, con independencia del sentido concreto de la decisión. Por lo que se refiere a la ejecutividad o suspensión de los actos, ya en la STC 66/1984, de 6 de junio, se declaró que el derecho a la tutela se satisface facilitando que la ejecución pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal y que este, con la información y contradicción que resulte menester, resuelva sobre la suspensión, declaración esta reiterada en posteriores resoluciones (además de otras, SSTC 76/1992, de 14 de mayo; 148/1993, de 29 de abril; 341/1993, de 18 de noviembre; 78/1996, de 20 de mayo; AATC 265/1985, de 24 de abril; 458/1988, de 18 de abril; 116/1995, de 4 de abril; 95/2000, de 30 de marzo). Y en sentido similar se afirmó que la protección de los Tribunales del orden contencioso-administrativo incluye la facultad de suspender cautelarmente los actos de ejecución en los términos que resulten precisos para garantizar la tutela judicial de los derechos implicados (AATC 371/1991, de 16 de diciembre; y 85/1992, de 30 de marzo).»

V. LAS FUNCIONES NO JURISDICCIONALES DE LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES. EL PRINCIPIO DE EXCLUSIVIDAD JURISDICCIONAL

El principio de exclusividad jurisdiccional (al que otros autores denominan *principio de exclusividad en sentido negativo*) es el reverso del principio de reserva de jurisdicción. Del mismo modo que este supone que solo los Juzgados y Tribunales establecidos por las leyes pueden ejercer la potestad jurisdiccional, aquel significa que **los Juzgados y Tribunales no pueden ejercer más función que la jurisdiccional**. No obstante, este no es un principio absoluto en nuestro ordenamiento. Así, el art. 117.4 CE dispone: «Los Juzgados y

Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho». Y reiterando en parte lo dispuesto en el transcrito precepto constitucional el art. 2.2 LOPJ dice: «Los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el párrafo anterior, las de Registro Civil y las demás que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho».

Así pues, los Tribunales, aparte de la función jurisdiccional, **solo pueden ejercer las funciones que taxativamente les atribuyan las leyes en garantía de cualquier derecho**. Dos son, pues, los requisitos que impone la Constitución a la atribución a los Tribunales de funciones no jurisdiccionales: la primera, de orden formal, que la atribución ha de hacerse por ley; la segunda, de contenido, que la atribución ha de tener por finalidad que los Tribunales garanticen algún derecho. No cabe, por tanto, atribuir a los Tribunales cualquier tipo de función no jurisdiccional. Con ello se está intentando salvaguardar, de un lado, una hipotética invasión por parte de los órganos judiciales de las competencias de otros poderes del Estado y, de otro lado, se intenta proteger la independencia y buen funcionamiento de los propios órganos judiciales, que podrían verse comprometidos si se les pudieran atribuir sin límite atribuciones no jurisdiccionales. Con base en esta habilitación constitucional, son varios los tipos de funciones no jurisdiccionales que actualmente desempeñan los Tribunales o, al margen de ellos, que desempeñan Jueces y Magistrados en su condición de tales.

VI. LA UNIDAD JURISDICCIONAL

El principio de unidad jurisdiccional tiene dos significados o vertientes que tienen que ver con realidades distintas. El primer significado o vertiente tiene que ver con la distribución territorial del poder estatal; el segundo significado o vertiente tiene que ver con la organización interna del Poder Judicial.

En su primera vertiente, **el principio de unidad jurisdiccional significa que la jurisdicción es competencia del Estado** y que, en consecuencia, los entes territoriales infraestatales no tienen atribuidas competencias jurisdiccionales. Como señala el art. 149.1.5.^a CE, la *Administración de Justicia* (entendida, según las SSTC 56/1990 y 62/1990, como sinónimo de potestad jurisdiccional) es competencia exclusiva del Estado y, por tanto, ni las Comunidades Autónomas (ni, por supuesto, los entes locales) pueden en nuestro actual régimen constitucional ejercer funciones jurisdiccionales. Así, a diferencia de otros Estados compuestos, básicamente Estados federales, en los que existen tanto Tribunales del Estado federal como Tribunales de los Estados federados, en nuestro país la descentralización política alcanza al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo, pero no al Poder Judicial. Las Comunidades Autónomas tienen asambleas legislativas (salvo Ceuta y Melilla) y tienen órganos ejecutivos y Administraciones a su servicio, pero no tienen un Poder Judicial propio. El Poder Judicial es único para todo el Estado español.

Sentado lo anterior, conviene matizar que el hecho de que el Poder Judicial en España sea Poder Judicial del Estado y que las Comunidades Autónomas no tengan un Poder Judicial propio no significa que aquellas no participen de forma alguna en la organización y funcionamiento del Poder Judicial en nuestro ordenamiento. Cuál sea la relevancia de la existencia de las Comunidades Autónomas para el Poder Judicial exige una explicación detallada, que ha de partir de varios preceptos constitucionales, cuya interpretación y desarrollo es necesario acometer. Se trata del art. 149.1.5.^a y 6.^a y del art. 152.1. De cada uno de ellos derivan aspectos diversos de la posible relevancia de las Comunidades Autónomas para el Poder Judicial.

El art. 149.1.5.^a CE establece que el Estado tiene competencia exclusiva sobre la «Admi-

nistración de Justicia». Y el apartado siguiente dispone que el Estado tiene competencia exclusiva sobre «la legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas». En una primera aproximación, dejando a un lado las eventuales leyes procesales autonómicas que se pudiesen dictar estableciendo especialidades derivadas de las particularidades del Derecho autonómico (sobre cuyo ámbito posible resulta capital la STC 47/2004), parece que el art. 149.1.5.^a CE podría ser interpretado en el sentido de que las Comunidades Autónomas carecen de competencia alguna en temas relativos a la Administración de Justicia y que todo lo que la concierna es competencia del Estado. El tenor literal del art. 149.1.5.^a CE abonaría esta interpretación. Sin embargo, no es la que han seguido ni el Tribunal Constitucional ni el legislador.

En las SSTC 56/1990 y 62/1990, el Tribunal Constitucional señaló que la expresión *Administración de Justicia* en el art. 149.1.5.^a CE no comprende todos los aspectos relacionados con la Justicia, sino solo en sentido estricto los que se refieren al ejercicio de la potestad jurisdiccional. De ahí que, junto a la Administración de Justicia en sentido estricto, quepa hablar de una Administración de Justicia en sentido amplio o, por utilizar los mismos términos que el Tribunal Constitucional, de una *administración de la Administración de Justicia*, la cual no es competencia exclusiva del Estado y en la que las Comunidades Autónomas pueden tener competencia. En esa *administración de la Administración de Justicia* se incluirían cuestiones como la dotación de medios materiales (edificios, medios informáticos, etc.) y la del personal al servicio de la Administración de Justicia (es decir, exceptuando los Jueces y Magistrados, los Secretarios; los funcionarios pertenecientes al Cuerpo de Gestión Procesal y Administrativa, al Cuerpo de Tramitación Procesal y Administrativa o al Cuerpo de Auxilio Judicial; los Médicos forenses, etc.).

Ahora bien, el Tribunal Constitucional sentó a su vez la premisa de que las competencias que las Comunidades Autónomas pueden asumir vienen determinadas también por lo que disponga la LOPJ (*vid.* art. 152.1 CE). Y aunque el articulado original de la LOPJ apenas si contenía menciones a las Comunidades Autónomas, donde sí se contienen profusas menciones a competencias de las Comunidades Autónomas en cuestiones relativas a la Justicia es en la mayor parte de los Estatutos de Autonomía (que, téngase en cuenta, fueron aprobados antes que la LOPJ). Pues bien, el Tribunal Constitucional interpretó —sobre la base de lo que bautizó como *cláusula subrogatoria*— que todas aquellas competencias atribuidas en la LOPJ al Gobierno y que entrarán en el ámbito de esa *administración de la Administración de Justicia* eran competencias que podían ser asumidas por las Comunidades Autónomas y, además, que eran competencias que debían entenderse asumidas por las Comunidades Autónomas en todos los casos en que los Estatutos aprobados las mencionaran. Es decir, el Tribunal Constitucional vino a decir que las Comunidades Autónomas se subrogaban —de ahí la expresión *cláusula subrogatoria*— en todas aquellas competencias que: 1) estuvieran atribuidas en la LOPJ al Gobierno; 2) fueran consideradas como administración de la Administración de Justicia, y 3) estuvieran efectivamente asumidas en los respectivos Estatutos de Autonomía.

Sobre la base de esta interpretación del Tribunal Constitucional y de las reformas de la LOPJ realizadas por la Ley Orgánica 16/1994 y por la Ley Orgánica 19/2003, la situación actual —sin entrar en detalle en el régimen de cada una de las Comunidades Autónomas— es, en síntesis, la siguiente: 1) Las Comunidades Autónomas pueden asumir la competencia relativa a la dotación de medios materiales necesarios para el funcionamiento de la Administración de Justicia. 2) Las Comunidades Autónomas pueden asumir la competencia relativa a la gestión del personal, tanto laboral como funcionario, al servicio de la Administración de Justicia, con excepción de los

Jueces y Magistrados y de los Letrados de la Administración de Justicia. 3) La Comunidades Autónomas podrían asumir la competencia normativa relativa al régimen jurídico de ese mismo personal al servicio de la Administración de Justicia (así como la de los Secretarios Judiciales). Sin embargo, al día de hoy esa sigue siendo una competencia del Estado.

Con lo dicho hasta ahora no acaba la relevancia que para la Administración de Justicia tiene el que España sea un Estado autonómico. Así, hay que tener en cuenta lo que prevé el art. 152.1 CE, que, resumidamente, implica: 1) la existencia de Tribunales Superiores de Justicia; 2) la participación de las Comunidades Autónomas en la organización de las demarcaciones judiciales de su territorio, y 3) el agotamiento de las instancias procesales ante órganos judiciales radicados en el territorio de cada Comunidad Autónoma. Y, además, la LOPJ —sobre todo a partir de las reformas realizadas por la Ley Orgánica 16/1994 y por la Ley Orgánica 19/2003, aunque también en su redacción originaria de 1985— da participación a las Comunidades Autónomas o tiene en cuenta su existencia en otros múltiples aspectos.

En conclusión, aunque el principio de unidad jurisdiccional supone que el Poder Judicial es estatal, ni la Constitución, ni la jurisprudencia constitucional, ni la legislación vigente dejan de tener en cuenta la descentralización política territorial en la organización del Poder Judicial. La situación actual puede ser descrita como un panorama confuso y de futuro incierto. Ello se debe, de un lado, a que a todas luces falta el consenso político acerca del modelo estable que se quiere implantar. Resulta notorio que la Administración de Justicia es uno de los ámbitos en que marcadamente se dan cita las contrapuestas tendencias políticas acerca de la estructura territorial del Estado. Además, a la inevitable complejidad que deriva en todo caso de la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas (sobre todo cuando el proceso no

se considera cerrado y las competencias de las Comunidades Autónomas no son coincidentes), se suma el hecho de que numerosas competencias gubernativas están en manos del CGPJ y de los órganos de gobierno interno de los Tribunales. Con todos estos datos no es extraño que lo que el Tribunal Constitucional bautizó como *administración de la Administración de Justicia* sea hoy por hoy en España, aparte de un tema abierto, una cuestión de notable complejidad en la que la pluralidad de órganos competentes (CGPJ, órganos de gobierno interno del Poder judicial, Ministerio de Justicia, Comunidades Autónomas) dificulta enormemente la toma de decisiones y la claridad acerca de la responsabilidad de las acciones y omisiones de cada cual.

Además de su vertiente o faceta territorial, el principio de unidad jurisdiccional tiene una segunda vertiente o un segundo significado, tan importante o más que el anterior. En su segunda vertiente, **el principio de unidad jurisdiccional significa que el conjunto de los órganos jurisdiccionales y el conjunto de los titulares y componentes de esos órganos —Jueces y Magistrados— están sometidos a un único régimen jurídico.** Dicho en otros términos, el principio de unidad jurisdiccional supone la prohibición de jurisdicciones especiales al margen de la jurisdicción ordinaria. La razón de la proclamación constitucional de este principio debe buscarse en la historia de nuestro país, en la que fueron frecuentes las jurisdicciones especiales creadas con la finalidad de minar la independencia judicial. Ahora bien, este principio constitucional no es absoluto, sino que tiene excepciones constitucionalmente reconocidas. Es decir, la Constitución, una vez proclamado el principio de unidad jurisdiccional, establece excepciones a dicho principio, puesto que prevé en unos casos o permite en otros que existan Tribunales al margen de la jurisdicción ordinaria. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional, el Tribunal de Cuentas, los Tribunales militares, los Tribunales consue-

tudinarios y tradicionales. En este sentido, el art. 3.1 LOPJ dispone: «La jurisdicción es única y se ejerce por los Juzgados y Tribunales previstos en esta Ley, *sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución a otros órganos*».

El principio de unidad jurisdiccional no prohíbe que en el seno de la jurisdicción ordinaria existan Tribunales especializados. Tal cosa sería absurda y propia de una justicia primitiva. Lo lógico en cualquier organización judicial mínimamente evolucionada es que no todos los Tribunales conozcan de los mismos asuntos. **Lo que el principio de unidad jurisdiccional prohíbe es que haya Tribunales organizados al margen de la jurisdicción ordinaria** o, por ser más precisos, que existan Tribunales integrados por jueces que no formen parte de la jurisdicción ordinaria, es decir, que sean jueces que no hayan sido reclutados por los mismos métodos que los jueces ordinarios y que no estén sometidos en todos los aspectos de su relación de servicios con el Estado (ascensos, responsabilidad disciplinaria, etc.) al mismo régimen jurídico que los jueces ordinarios. Y ello como reacción a la experiencia histórica que enseña que la finalidad de la creación de esos Tribunales al margen de la jurisdicción ordinaria (jurisdicciones especiales) era en la mayor parte de los casos tener Tribunales no independientes al servicio del poder ejecutivo, o controlables desde el mismo. De ahí que la Constitución proclame la unidad jurisdiccional. El hecho de que a continuación establezca o permita la existencia de ciertos Tribunales al margen de la jurisdicción ordinaria no es una contradicción, porque la Constitución misma se encarga de proclamar y, por tanto, exigir que se asegure la independencia de esas jurisdicciones especiales. Mas, al margen de las jurisdicciones especiales que la Constitución establece o autoriza, todos los demás órganos que ejerzan funciones jurisdiccionales han de ser órganos integrantes de la jurisdicción ordinaria y servidos, por tanto, por jueces ordinarios.

La pertenencia de un Tribunal —y de los jueces que lo formen— a la jurisdicción ordinaria no es una mera cuestión formal, sino que trae consigo una serie de garantías. Así, a la luz de la Constitución, para que un Tribunal merezca el calificativo de ordinario es necesario: 1.º) Que se trate de un Tribunal establecido y regulado por la LOPJ. El art. 122.1 CE dice que «la LOPJ determinará la constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales». Por tanto, no hay más Tribunales ordinarios que los que la LOPJ establezca. El art. 122.1 contiene una reserva de ley orgánica en lo que a la creación de órganos judiciales se refiere, circunscrita además a la LOPJ. Es decir, la determinación de los Tribunales no solo ha de hacerse mediante ley orgánica, sino que ha de hacerse concretamente a través de la LOPJ (o de reformas de la misma). 2.º) Que se trate de un Tribunal integrado por Jueces y Magistrados previstos en la LOPJ. Es decir, no solo el Tribunal, sino también sus componentes deben acomodarse a lo previsto en la LOPJ en lo que se refiere a su estatuto personal. Y obviamente ese estatuto personal contenido en la LOPJ debe acomodarse a las exigencias de la Constitución, entre ellas señaladamente la de que los Jueces y Magistrados sean independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley. Y, además, elemento esencial de ese estatuto personal es que los Jueces y Magistrados ordinarios quedan, en todos los aspectos de su relación de servicios y sin perjuicio de su independencia, bajo el gobierno del CGPJ.

De entre las jurisdicciones especiales expresamente previstas o admitidas por la Constitución, el propio art. 117.5 CE menciona, a continuación de la proclamación de la unidad jurisdiccional, a la jurisdicción militar. La existencia de una jurisdicción militar está expresamente prevista por la Constitución (aunque debe entenderse que no impuesta), si bien limitada al ámbito estrictamente castrense y a los supuestos de declaración del estado de sitio. De este modo, **la justicia militar está prevista en la Constitución como una excepción al principio de unidad ju-**

risdiccional. Ello no significa que la justicia militar tenga que ser necesariamente configurada como una jurisdicción especial al margen de la jurisdicción ordinaria. También cabría, por ejemplo, que la justicia militar fuera impartida por Tribunales especializados en el seno de la jurisdicción ordinaria, o incluso que sencillamente desapareciese y fuese administrada por los Tribunales ordinarios (los penales y los contencioso-administrativos). De hecho, aunque la jurisdicción militar está integrada por órganos judiciales especiales, en su cúspide se sitúa la Sala Quinta del Tribunal Supremo, que es claramente un órgano judicial ordinario. La actual configuración de la jurisdicción militar en nuestro país hace de ella una especie de híbrido entre jurisdicción especial y jurisdicción ordinaria.

La jurisdicción militar ha sido profundamente reformada tras la entrada en vigor de la Constitución, y para adecuarla a sus postulados. En la actualidad las normas básicas que regulan la jurisdicción militar son la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar (LOJM), la Ley Orgánica 44/1998, de 15 de diciembre, de Planta y Organización Territorial de la Jurisdicción Militar, y la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar.

La jurisdicción militar tiene atribuido básicamente el conocimiento de dos grandes bloques de materias: la materia penal militar y la materia contencioso-disciplinaria militar. La materia penal militar consiste en el enjuiciamiento de las conductas tipificadas como delitos o faltas *militares*. La determinación de la extensión de la jurisdicción penal militar depende de factores tales como que se trate de delitos cometidos en tiempo de paz (en tal caso opera la limitación constitucional de que la jurisdicción militar debe quedar restringida a lo estrictamente castrense, entendiéndose por tal fundamentalmente el mantenimiento de la disciplina militar, por lo que los delitos y faltas militares han de estar conectados con esa finalidad y, por tanto, en su configuración son esenciales criterios subjetivos —que hayan

sido cometidos por personal militar— o, en ciertos casos, de lugar —que hayan sido cometidos en recintos militares— o de tiempo —que hayan sido cometidos en el desempeño de funciones militares—) o que se trate de delitos o faltas cometidos durante la vigencia del estado de sitio o en tiempo de guerra, en cuyo caso la competencia de la jurisdicción militar es más amplia. La materia contencioso-disciplinaria militar se extiende al control jurisdiccional de la potestad disciplinaria militar, es decir, el conocimiento de los recursos presentados contra sanciones impuestas en aplicación del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil.

Debe resaltarse, en fin, que el órgano situado en la cúspide de la jurisdicción militar, la

Sala 5.^a del Tribunal Supremo está integrada por un Presidente y siete Magistrados. Sus componentes son nombrados por el CGPJ, cuatro conforme a las reglas propias de la jurisdicción ordinaria y otros cuatro entre miembros del Cuerpo Jurídico Militar. No obstante, todos los Magistrados de la Sala 5.^a del TS, incluidos los nombrados entre miembros del Cuerpo Jurídico Militar, forman parte de la carrera judicial. De este modo, aunque con una composición mixta, la Sala 5.^a del TS, por lo que se refiere al régimen estatutario de sus integrantes, es a todos los efectos un órgano jurisdiccional ordinario. Por lo tanto, la jurisdicción militar, que es una genuina jurisdicción especial —con fundamento constitucional—, engarza en su cúspide con la jurisdicción ordinaria.

BIBLIOGRAFÍA

DE LA OLIVA SANTOS, A., DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y VEGAS TORRES, J., *Derecho Procesal. Introducción*, 3.^a ed., Madrid, 2004, págs. 163 y ss. y 175 y ss.

DE OTTO Y PARDO, I., *Estudios sobre el Poder Judicial*, Madrid, 1989, págs. 54 y ss. y 133 y ss.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M., *Régimen constitucional del Poder Judicial*, Madrid, 1991, págs. 43 y ss.

MONTERO AROCA, J. (con GÓMEZ COLOMER, J. L., MONTÓN REDONDO, A., BARONA VILAR, S.), *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, 16.^a ed., Valencia, 2008, págs. 40-43.

REQUEJO PAGÉS, J. L., *Jurisdicción e independencia judicial*, Madrid, 1989.

Artículo 118

Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por estos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto.

Sumario: I. Dos obligaciones constitucionales: una puramente retórica y otra necesitada de un específico desarrollo normativo. 1. Consideraciones preliminares. 2. Sujetos pasivos de ambas obligaciones constitucionales. 3. El acceso indirecto al recurso de amparo del incumplimiento de ambas obligaciones constitucionales. II. La obligación constitucional de «cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes» de los órganos judiciales. III. La obligación constitucional de «colaboración» con los órganos judiciales. 1. Las medidas legislativas tendentes a dotar de efectividad a la presente obligación constitucional. 2. La obligación de colaboración con los Tribunales en la jurisprudencia constitucional.

JOSÉ GARBERÍ LLOBREGAT

CATEDRÁTICO DE DERECHO PROCESAL
UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA
EXLETRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. DOS OBLIGACIONES CONSTITUCIONALES: UNA PURAMENTE RETÓRICA Y OTRA NECESITADA DE UN ESPECÍFICO DESARROLLO NORMATIVO

1. Consideraciones preliminares

El art. 118 CE consagra **dos** distintas **obligaciones constitucionales**, a saber: de un lado, la de «**cumplir** las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales»; de otro, la de «**prestar la colaboración** requerida por estos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto».

La **primera** de las mencionadas obligaciones posee un carácter **puramente retórico**, ya que, en realidad, se trata de una proclamación

carente de toda efectividad práctica porque, ni el constituyente en su momento, ni el legislador ordinario con posterioridad, pueden con sus solemnes declaraciones normativas alcanzar a transformar la propia naturaleza de las cosas. Porque es evidente que hay infinidad de supuestos donde las resoluciones judiciales *no se cumplen porque no se pueden cumplir* (por ejemplo, por la total insolencia del condenado civilmente a pagar una cantidad de dinero, o por la muerte del condenado a penas privativas de libertad...), o *porque no se pueden cumplir en sus propios términos* (por ejemplo, por la imposibilidad de llevar a efecto la exacta prestación de dar, hacer o no hacer de que se trate), sin que dicho incumplimiento, además, *lleve aparejado la imposición de una sanción* (la ejecución forzosa no entraña, en absoluto, expediente

sancionatorio alguno, por tratarse únicamente de una actividad procesal sustitutiva del cumplimiento voluntario de la condena). Por todo ello, en su estricto significado jurídico, la obligación que comentamos no tiene otro valor que el meramente simbólico. En suma, reformulada la misma una vez atendidos tales condicionantes naturales, sociológicos y jurídicos, la cláusula constitucional podría haber rezado algo así como: «es obligado cumplir con las resoluciones judiciales firmes *que efectivamente puedan ser cumplidas y en la medida y en la forma en que razonablemente puedan serlo*».

La **segunda** obligación a que se refiere el precepto constitucional, en cambio, si bien en un principio pudiera parecer que pertenece a esa misma clase de proclamaciones retóricas, tan solemnes como inútiles, con que en algunas ocasiones nos obsequia el legislador, en realidad ello no es así. La obligación de «colaboración» con los órganos judiciales «en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto» adquiere todo su sentido y alcanza una inequívoca **efectividad práctica cuando el legislador ordinario**, al amparo de dicha genérica cláusula constitucional, decide, en primer lugar, imponer **en las leyes procesales concretos deberes de colaboración** que pesan sobre las partes en litigio o sobre los terceros; y, a continuación, decide igualmente sancionar de algún modo a quienes infrinjan la obligación o deber concreto de que se trate (bien con multas pecuniarias, bien con la pérdida de oportunidades procesales, bien mediante el uso de instrumentos que acarrearán perjuicios —tales como la *ficta confessio*...—).

Dos distintas obligaciones, pues, que, precisamente por serlo, serán analizadas de forma separada a lo largo del presente comentario. Ello no obstante, antes de comenzar con dicho análisis diferenciado nos haremos eco de dos aspectos comunes a ambas, cuales son su *titularidad* y su *inviabile articulación directa como fundamento de un recurso de amparo* ante el Tribunal Constitucional.

2. Sujetos pasivos de ambas obligaciones constitucionales

Tal y como corresponde a su formulación genérica o indeterminada en el texto constitucional, puede afirmarse que la titularidad de las obligaciones dispuestas en el art. 118 CE corresponde **a todos, sin excepción, sean personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, sean partes procesales o terceros ajenos** al conflicto enjuiciado en el proceso.

a) Es obvio que sobre quienes recae en primer lugar la obligación de «cumplir» las resoluciones judiciales firmes es sobre las espaldas de aquellos litigantes que hayan sido vencidos en el proceso. Pero de ahí no se puede llegar a la conclusión de que los terceros no se verán obligados en modo alguno a estar y pasar por lo resuelto judicialmente con carácter firme, pues existen determinadas clases de condenas judiciales (las doctrinalmente denominadas «constitutivas») que producen sus efectos *erga omnes* (por ejemplo, una disolución matrimonial, una declaración de incapacidad...) y, por tanto, en estos casos es la comunidad social en su conjunto la que se encuentra obligada a actuar conforme a la nueva situación jurídica constituida por la sentencia firme (cumpliéndola, pues, aun cuando sea de forma indirecta).

Así lo ha declarado tajantemente la jurisprudencia constitucional: «El cumplimiento de las Sentencias corresponde, como regla general, a quienes en ellas aparezcan condenados, como un deber impuesto constitucionalmente a todos sin excepción alguna (art. 118 CE)» (STC 206/1993, de 22 de junio; también en este sentido STC 1/1997, de 13 de febrero). Tanto es así que, por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha extendido con naturalidad dicha obligación de cumplir con las resoluciones judiciales firmes también a los *poderes públicos*, y no solo a la Administración (SSTC 166/1998, de 15 de julio, y 228/1998, de 1 de diciembre), sino incluso a los *propios Tribunales*, sobre los cuales pesa igualmente la obligación de cumplir lo

resuelto por otros diferentes órganos judiciales en las resoluciones que hayan alcanzado la firmeza (por ejemplo, asumiendo lo declarado por un órgano judicial superior al decidir una cuestión de competencia —STC 136/1997, de 21 de julio—).

b) Y lo mismo, e incluso con mayores y más sólidos fundamentos, cabría predicar de la obligación de «colaborar» con los Tribunales, la cual, en esencia, solo adquiere verdadero sentido si se consideran como sujetos pasivos de la misma, no solo las *partes procesales* (que, eso sí, siguen siendo los principales afectados de la presente obligación), sino también *cualesquiera terceros* (testigos, peritos, entidades bancarias, registros públicos, etc.) (véase, en este sentido, el art. 17.1 LOPJ), pues son incontables los supuestos en que para llevar a cabo un correcto enjuiciamiento de la cuestión litigiosa es absolutamente imprescindible el disponer de materiales (declaraciones testificales, dictámenes periciales, informes técnicos, certificaciones registrales...) que únicamente pueden aportar dichos terceros ajenos al proceso.

3. El acceso indirecto al recurso de amparo del incumplimiento de ambas obligaciones constitucionales

Por último, y por la estrecha relación que notoriamente se observa entre estas obligaciones impuestas por el art. 118 CE y la efectividad del derecho a la tutela judicial proclamado en el art. 24.1 CE, cabe preguntarse si aquellas pueden, y de qué modo, formar parte de la fundamentación jurídica de una demanda de amparo ante el Tribunal Constitucional.

De entrada, es absolutamente indiscutible que, a la luz de lo establecido en el art. 53.2 CE, el recurso de amparo únicamente puede encontrarse fundamentado en la lesión del art. 14 CE o en la de los derechos fundamentales y libertades públicas plasmados en la Sección 1.ª del Capítulo II del Título I de la Constitución. De lo que se sigue, en cualquier

ra de las interpretaciones lógicas capaces de ser suscritas, que el incumplimiento de las obligaciones constitucionales que ahora nos ocupan no puede, por sí solo, tener acceso a la vía extraordinaria del recurso de amparo (en este sentido, por ejemplo, se manifiestan los ya lejanos AATC 92 y 96/1992, de 30 de marzo).

Sin embargo, como bien se apunta en la STC 141/1998, de 29 de junio, en diversos pasajes de la Constitución están previstas concretas garantías procedimentales que no son susceptibles de ser invocadas autónomamente en un recurso de amparo, pero sí en conexión con alguno de los derechos y libertades comprendidos entre los arts. 14 a 30 de la norma fundamental, tal y como ocurre, por ejemplo, en los arts. 71, 102, 117.3 y 118 CE. Y de ahí que, de nuevo a título de ejemplo, de pronunciamientos como el contenido en la STC 34/1993, de 8 de febrero, quepa extraer la posibilidad de que una demanda de amparo pueda fundamentarse en el incumplimiento, al menos, de la obligación de cumplir las resoluciones judiciales firmes, dada su innegable relación con el derecho fundamental a la ejecución consagrado en el art. 24.1 CE («El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que enuncia el art. 24.1 CE comporta la obligatoriedad de cumplir las Sentencias y demás resoluciones firmes de los Juzgados y Tribunales, tal y como dispone el art. 118 CE...»).

En consecuencia: 1.º) la vulneración de la obligación de cumplir las resoluciones judiciales firmes, con sustento en la jurisprudencia constitucional citada, puede acceder indirectamente al recurso de amparo en forma de infracción del derecho fundamental a la ejecución (art. 24.1 CE); mientras que: 2.º) el incumplimiento de la obligación de colaborar con los Tribunales, en principio, no puede acceder a la vía de amparo, ni directa ni indirectamente, si bien podría quizás resultar jurídicamente admisible defender su posible acceso indirecto en forma de infracción del jurisprudencialmente infravalorado derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

II. LA OBLIGACIÓN CONSTITUCIONAL DE «CUMPLIR LAS SENTENCIAS Y DEMÁS RESOLUCIONES FIRMES» DE LOS ÓRGANOS JUDICIALES

En el examen individualizado de la primera de las obligaciones proclamadas en el art. 118 CE hay que señalar, como dato preliminar, que su desarrollo legislativo lo constituye, primariamente, lo dispuesto en el art. 17.2 de la vigente LOPJ, a cuyo tenor: «Las Administraciones Públicas, las Autoridades y funcionarios, las Corporaciones y todas las entidades públicas y privadas, y los particulares, respetarán y, en su caso, cumplirán las sentencias y las demás resoluciones judiciales que hayan ganado firmeza o sean ejecutables de acuerdo con las leyes».

Sin embargo, y como ha sido señalado con anterioridad, el **alcance** de la indicada obligación constitucional es ciertamente **limitado**, por cuanto existen algunas resoluciones judiciales firmes que nunca llegan a ser cumplidas o ejecutadas (las menos), y algunas otras que no llegan a cumplirse o ejecutarse en sus propios términos o en su integridad (las más). Por eso, precisamente, la propia LOPJ dispuso en su art. 18.2 la siguiente clarificadora previsión: «Las sentencias se ejecutarán (o se cumplirán voluntariamente, interpolamos por nuestra parte) en sus propios términos. Si la ejecución (o el cumplimiento voluntario, interpolamos de nuevo) resultare imposible, el Juez o Tribunal adoptará las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, y fijará en todo caso la indemnización que sea procedente en la parte en que aquella no pueda ser objeto de cumplimiento pleno. Solo por causa de utilidad pública o interés social, declarada por el Gobierno, podrán expropiarse los derechos reconocidos frente a la Administración Pública en una sentencia firme, antes de su ejecución. En este caso, el Juez o Tribunal a quien corresponda la ejecución será el único competente para señalar por vía incidental la correspondiente indemnización».

De modo que no solo existen supuestos donde **no es posible el cumplimiento** de las resoluciones judiciales firmes (por la insolvencia del condenado civilmente a satisfacer una prestación pecuniaria, o por la muerte del condenado penalmente a privación de libertad, por ejemplo), sino que, además, si dichas resoluciones **no se pueden cumplir en sus propios términos**, se da por *constitucionalmente admisible la ejecución por equivalente dinerario*. Y, por si todo ello fuera poco, encima el legislador ha previsto expresamente la posibilidad de que una resolución que se puede cumplir o ejecutar, y además en sus propios términos, pueda no ser cumplida ni ejecutada por causa de utilidad pública o interés social, contentándose en tales supuestos, eso sí, con indemnizar económicamente al damnificado por semejante vulneración flagrante del art. 118 CE (sobre los límites de dicha previsión legal, desde la óptica del art. 24.1 CE, véase, por ejemplo, la STC 50/2015, de 15 de marzo).

En definitiva, para la infracción de la solemne obligación constitucional que a todos nos impone el cumplir con las resoluciones judiciales firmes no solo **no existe** en el ordenamiento la **previsión de sanción alguna** (ya se ha dicho que la apertura del proceso de ejecución no entraña ningún contenido sancionatorio contra el que no haya cumplido voluntariamente lo resuelto por los Tribunales, al tratarse simplemente de una actividad procesal sustitutiva del cumplimiento voluntario de la condena firme), sino que además existen casos en que tal cumplimiento no es fáctica o jurídicamente posible, casos donde se admite que el cumplimiento en sus propios términos sea sustituido por un equivalente dinerario, y casos, finalmente, en que se admite el incumplimiento ante la concurrencia de causas de utilidad pública o interés social.

Y todo ello pese a que el obligado cumplimiento de lo acordado por Jueces y Tribunales es **una de las más importantes garantías para el funcionamiento y desarrollo del Estado de Derecho** (SSTC 39/1994, de 15 de febrero,

197/2000, de 24 de julio), y pese a que *de dicho cumplimiento depende la efectividad de la tutela que han de prestar Jueces y Tribunales* (SSTC 316/1994, de 28 de noviembre, 105 y 106/1994, de 11 de abril, 314/1994, de 28 de noviembre, 226/2000, de 13 de noviembre), y pese a que lo contrario sería convertir las decisiones judiciales, y el reconocimiento por ellas de los derechos a favor de cualquiera de las partes, en *meras declaraciones de propósitos o de buenas intenciones* (STC 1/1997, de 13 de febrero). Añadamos, al menos, que la inejecución de una sentencia por causas recogidas en una norma legal tampoco es admisible en cualquier caso, sino tan solo cuando el daño que comporte la inejecución sea proporcionado al beneficio derivado de la misma (sobre ello, ampliamente, véanse las SSTC 73/2000, de 14 de marzo y 312/2006, de 8 de noviembre).

El alcance de la obligación de cumplir las resoluciones judiciales, pues, es bien limitado (casi retórico o anecdótico, como antes se señalaba).

Ni siquiera es válido, incluso, el afirmar que, como precisión capaz de expandir su ámbito aplicativo, dicha obligación constitucional no solo puede predicarse de las resoluciones judiciales «firmes», sino también de aquellas que, aun no habiendo alcanzado la firmeza, sean provisionalmente ejecutables; y ello porque, como tiene declarado el Tribunal Constitucional, «dicha ejecución no tiene su título directamente en la Constitución, sino que es simplemente una opción del legislador dentro de ella» (STC 191/2000, de 13 de julio).

III. LA OBLIGACIÓN CONSTITUCIONAL DE «COLABORACIÓN» CON LOS ÓRGANOS JUDICIALES

1. Las medidas legislativas tendientes a dotar de efectividad a la presente obligación constitucional

Algo bien distinto a lo relatado hasta ahora sucede con la segunda de las obligaciones re-

lacionadas con la actividad procesal que recoge el art. 118 CE, pues, a diferencia de la anterior, el legislador ordinario sí se ha ocupado suficientemente de que la proclamada *obligación de prestar la colaboración requerida por Jueces y Tribunales en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto*, adquiera una razonable efectividad en la práctica.

Para ello el legislador ha dispuesto tres distintas previsiones normativas:

a) En primer lugar, ha establecido una **regla general** al respecto en el art. 17.1 LOPJ, según el cual: «Todas las personas y entidades públicas y privadas están obligadas a prestar, en la forma que la ley establezca, la colaboración requerida por los Jueces y Tribunales en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto, con las excepciones que establezcan la Constitución y las leyes, y sin perjuicio del resarcimiento de los gastos y del abono de las remuneraciones debidas que procedan conforme a la ley».

b) En segundo término, y como medida de prevención general frente a la comunidad social en su conjunto (una suerte de *aviso a navegantes*), ha sancionado nada menos que como **delito** la conducta consistente en desobedecer los requerimientos que les dirijan los órganos judiciales a través de sus resoluciones (véase, a este propósito, la tipificación del delito de desobediencia que se lleva a cabo en los arts. 410 y 412 CP).

c) Y, por último, el **legislador ha concretado** en las leyes procesales una serie de **deberes** y obligaciones de colaboración con los Tribunales, cuyo incumplimiento lleva aparejada alguna clase de **sanción**, y que van desde la genérica proclamación que obliga a las partes a actuar de buena fe en el proceso, sin incurrir en abusos de derecho, fraudes de ley o fraudes procesales (art. 11 LOPJ) —para cuya infracción prevé sanciones pecuniarias, por ejemplo, el art. 247 LEC—, hasta la imposición de deberes mucho más específicos que se proyectan, tal y como requiere el art. 118 CE, tanto sobre

las actuaciones que se suceden *durante el curso del proceso*, cuanto sobre aquellas otras que posibilitan *la ejecución de lo resuelto*.

Así, por ejemplo, y tomando únicamente la Ley de Enjuiciamiento Civil como referente (fundamentalmente por razones de espacio), pueden señalarse como obligaciones de colaboración con los Tribunales las siguientes:

a) En el curso del proceso: aquí cabe resaltar, entre otras muchas, la obligación de no plantear recusaciones (art. 112.1 LEC) o incidentes de nulidad (art. 228.2 LEC) de forma temeraria, la de no incurrir en negligencia en la cumplimentación de los exhortos (art. 176 LEC) o en la ejecución de una prueba (art. 288.1 LEC), la de no presentar dilatoriamente o con mala fe documentos al proceso (art. 270.2 LEC), la obligación de comparecer al proceso que se impone sobre testigos y peritos (art. 292 LEC) [...] la práctica totalidad de las cuales se asegura mediante la amenaza de imposición de una multa; o también la obligación de colaborar en la ejecución de las «diligencias preliminares», cuyo cumplimiento se asegura mediante la adopción de medidas tan radicales como la entrada y registro, en algunos casos, o la *ficta confesio*, en otros (art. 261 LEC).

b) En ejecución de lo resuelto: en este punto destacan, fundamentalmente, las obligaciones de manifestación de bienes del ejecutado (art. 589 LEC) y de colaboración de los terceros en la investigación judicial de su patrimonio (arts. 590 y 591 LEC), cuyo cumplimiento se garantiza, en el primer caso mediante el apercibimiento de incurrir en el delito de desobediencia y la posible imposición de multas coercitivas periódicas, y en el segundo mediante la imposición de estas últimas.

c) Téngase en cuenta, además, que la polémica reforma del art. 92 LOTC (llevada a cabo por la LO 15/2015, de 16 de octubre), permite al propio Tribunal Constitucional (asemejándolo a un Tribunal ordinario en claro detrimento de su privilegiada posición institucional) adoptar medidas tendentes a lograr la

ejecución de sus propios pronunciamientos (v. en aplicación de dicha norma, por ejemplo, el ATC 24/2017, de 14 de febrero).

2. La obligación de colaboración con los Tribunales en la jurisprudencia constitucional

Réstanos, finalmente, indicar los pronunciamientos del Tribunal Constitucional que, de algún modo, se han hecho eco esta segunda obligación de incidencia procesal proclamada en el art. 118 CE.

Y, así, por ejemplo, puede afirmarse que la jurisprudencia constitucional ha considerado integradas en dicha obligación constitucional de colaboración con los órganos judiciales en el curso del proceso y en ejecución de lo resuelto, las siguientes:

a) La obligación de las partes de conducirse en el proceso con probidad y de buena fe (STC 205/1994, de 11 de julio), y sin formular incidentes dilatorios, tales como, por ejemplo, una recusación infundada (SSTC 234/1994, de 20 de julio, 136/1999, de 20 de julio).

b) La obligación de las partes de cumplimentar debidamente con todos los presupuestos y requisitos procesales legalmente exigibles, por ejemplo, al interponer un medio de impugnación (ATC 299/1999, de 13 de diciembre).

c) La obligación de comparecencia del inculgado en el proceso penal (STC 198/2003, de 10 de noviembre).

d) La muy interesante y original obligación de aportar al proceso todas las fuentes de prueba por parte del litigante que disponga de las mismas, de forma tal que, de no hacerlo (de no colaborar con los Tribunales en este concreto aspecto) y, consiguientemente, frustrar la práctica del medio de prueba de que se trate, el art. 118 CE permite al órgano judicial invertir las reglas sobre la carga de la prueba, perjudicando así al litigante que, pese a ostener

tar la disponibilidad probatoria, no verifica debidamente su aportación al proceso (SSTC 7/1994, de 17 de enero, 140/1994, de 9 de mayo, 61/2002, de 11 de marzo, 153/2004, de 20 de septiembre).

e) La obligación de comparecer y declarar que pesa sobre quienes sean llamados al proceso como testigos (STC 197/1998, de 13 de octubre).

f) La obligación de comparecencia de los designados como candidatos a Jurado en el pro-

ceso penal ante este concreto órgano judicial (ATC 140/1997, de 8 de mayo).

g) La obligación de la parte procesal de someterse a pruebas biológicas en los procesos sobre paternidad (SSTC 7/1994, de 17 de enero, 95/1999, de 31 de mayo, 177/2007, de 23 de julio).

h) O, finalmente, la de prestar la colaboración que requieran los Tribunales en la ejecución de lo resuelto (STC 18/1997, de 10 de febrero).

BIBLIOGRAFÍA

GARBERÍ LLOBREGAT, *El proceso de ejecución en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 6.^a ed., Madrid, 2016.

PICÓ I JUNOY, *El principio de la buena fe procesal*, Barcelona, 2003.

Artículo 119

La justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar.

Sumario: I. El reconocimiento constitucional de la gratuidad de la justicia: caracteres generales. 1. Fundamento constitucional. 2. Derecho a la gratuidad de la justicia y derechos fundamentales. A) Relación con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). B) Relación con el derecho fundamental a la asistencia letrada (art. 24.2 CE). 3. Configuración legal del derecho a la gratuidad de la justicia. II. El desarrollo normativo del derecho a la gratuidad de la justicia y la jurisprudencia constitucional. 1. La titularidad del derecho a la gratuidad de la justicia. A) La titularidad del derecho por parte de los ciudadanos extranjeros. B) La titularidad del derecho por parte de las «personas jurídicas». 2. La determinación legal de la «insuficiencia de recursos para litigar». 3. El requisito legal de la «sostenibilidad de la pretensión». 4. Otras cuestiones.

JOSÉ GARBERÍ LLOBREGAT

CATEDRÁTICO DE DERECHO PROCESAL
UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA
EXLETRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LA GRATUIDAD DE LA JUSTICIA: CARACTERES GENERALES

Dentro del Título correspondiente a la regulación del Poder Judicial, el presente precepto de la Constitución establece que la «justicia» (esto es, la defensa de los derechos e intereses legítimos en los procesos entablados ante los órganos judiciales) será «gratuita» (es decir, no comportará para la parte procesal la necesidad de tener que llevar a cabo ningún desembolso económico), en los casos en que «así lo disponga la ley» (conformándose, así, una previsión constitucional precisada de una intermediación legislativa), pero únicamente para quienes «acrediten insuficiencia de recursos para litigar» (aunque dicha insuficiencia, naturalmente, se sucederá tan solo en los supuestos en que así lo determine el

legislador), y diseñando de este modo lo que a la vez resulta ser **una obligación** (dirigida a los poderes públicos, a quienes corresponde asegurar el cumplimiento práctico de esta previsión constitucional) y un **derecho subjetivo** (del que son titulares quienes, en las hipótesis legalmente previstas, pretenden trasladar a los Tribunales los conflictos relacionados con los derechos, intereses y obligaciones que ostenten).

1. Fundamento constitucional

Tal y como ha declarado reiteradamente la jurisprudencia constitucional, haciéndose eco de ese apuntado carácter dual (como derecho/obligación) de la gratuidad de la justicia, el **fundamento** de esta previsión, que adquiere unas características específicas y un relieve especial en el **Estado social de Derecho**,

estriba en ser, al mismo tiempo, no solo una «garantía de los intereses de los particulares, sino también de los intereses generales de la justicia en tanto que tiende a asegurar los principios de contradicción e igualdad procesal entre las partes y a facilitar así al órgano judicial la búsqueda de una sentencia ajustada a Derecho, aunque sin duda su finalidad inmediata radica en permitir el acceso a la justicia, para interponer pretensiones u oponerse a ellas, a quienes no tienen medios económicos suficientes para ello y, más ampliamente, trata de asegurar que ninguna «persona quede procesalmente indefensa por carecer de recursos para litigar» (STC 138/1988)» (STC 16/1994, de 20 de enero, FJ 3; en el mismo sentido, por ejemplo, SSTC 182/2002, de 14 de octubre y 187/2004, de 2 de noviembre).

2. Derecho a la gratuidad de la justicia y derechos fundamentales

Dado su fundamento y su finalidad, pues, no es de extrañar que la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional haya resaltado también la estrecha relación que une al derecho a litigar gratuitamente ante los Tribunales (derecho no fundamental, a la luz de la ubicación sistemática formal del art. 119 CE fuera de la Sección 1.^a del Capítulo II del Título I) con los derechos (estos sí fundamentales) a la tutela judicial efectiva y a la asistencia letrada.

A) *Relación con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)*

Así, y en primer término, si a quien carece de recursos para litigar no se le reconociera el derecho cuyo comentario ahora nos ocupa, resultaría evidente que el mismo no podría llegar a plantear válidamente su pretensión ante los órganos judiciales. Su derecho de acceso a los Tribunales, por tanto, integrado como contenido esencial primero y principal del derecho fundamental a la tutela judicial

efectiva, quedaría de este modo gravemente vulnerado. De ahí la directa conexión entre aquel derecho subjetivo implícitamente proclamado en el art. 119 CE y este derecho fundamental consagrado en el art. 24.1 CE.

Dicha conexión ha sido resaltada por la jurisprudencia constitucional, a quien corresponde la autoría de los dos siguientes postulados vertidos al respecto:

a) **El art. 119 CE consagra un derecho constitucional de carácter instrumental respecto del derecho de acceso a la jurisdicción** reconocido en el art. 24.1 CE, pues su finalidad inmediata radica en permitir el acceso a la justicia, para interponer pretensiones u oponerse a ellas, a quienes no tienen medios económicos suficientes para ello y, más ampliamente, trata de asegurar que ninguna persona quede procesalmente indefensa por carecer de recursos para litigar (SSTC 180/2003, de 13 de octubre, 187/2004, de 2 de noviembre, 127/2005, de 23 de mayo, 217/2007, de 8 de octubre).

b) El derecho a la asistencia jurídica gratuita, a pesar de su naturaleza prestacional no puede ser denegado sin vulnerar al mismo tiempo su derecho de acceso a la jurisdicción a quienes, cumpliendo los requisitos legalmente establecidos al efecto, lo solicitan (SSTC 117/1998, de 2 de junio, 144/2001, de 18 de junio).

En consecuencia, como quiera que una eventual lesión del derecho a la gratuidad de la justicia puede perfectamente comportar una lesión del derecho fundamental de acceso a los Tribunales, la invocación de la lesión de este último originada por la infracción del primero sería la vía adecuada para que la vulneración del art. 119 CE alcanzase a fundamentar con éxito una demanda de amparo ante el Tribunal Constitucional. Y ello porque, como es obvio, el **art. 119 CE no consagra per se un derecho protegible a través del recurso de amparo** (SSTC 51/1996, de 26 de marzo, 117/1998, de 2 de junio).

B) *Relación con el derecho fundamental a la asistencia letrada (art. 24.2 CE)*

Junto a dicha relación, el derecho a que se hace referencia también guarda una conexión estrecha con el también derecho fundamental a la asistencia letrada, por cuanto, como es obvio, el principal gasto que debe afrontar quien pretenda someter a los Tribunales la tutela de sus derechos o intereses legítimos es el constituido por los honorarios de quienes hayan de asistirlo jurídicamente (y de quienes hayan de representarlo).

Por eso declara en línea de principio, por ejemplo, la STC 114/1998, de 1 de junio, que el derecho a la asistencia de Letrado, que tiene reflejo en la obligación de los poderes públicos de garantizar un defensor a la parte cuando la defensa de oficio aparece como consecuencia derivada del anteriormente denominado *beneficio de pobreza*, no solo incluye el derecho de la parte en el proceso a poder designar un Letrado de su elección, sino también **a que le sea designado un Letrado de oficio cuando su situación le haga acreedor a ello según lo determinado por las leyes en aplicación del 119 CE.**

Y de nuevo a la jurisprudencia constitucional corresponde el haber determinado que, como consecuencia de esta relación entre los arts. 24.2 y 119 CE, los órganos judiciales deben acordar **la suspensión del curso del procedimiento hasta** tanto no le **sea nombrado** al litigante que carece de recursos económicos, o que se ve en la imposibilidad de contar con un Letrado de su elección, un Letrado del turno de oficio que asuma su defensa técnica en el proceso, porque puede producirse una inaplicación práctica del principio de contradicción cuando no se suspende el curso del proceso hasta que le sea nombrado de oficio, con el resultado de que se le tenga por decaído en su derecho a formular oposición a medida que van transcurriendo los trámites sin que todavía disponga de Letrado (SSTC 28/1981, de 23 de julio, 92/1996, de 27

de mayo, 105/1996, de 11 de junio, 101/2002, de 6 de mayo, 1/2007, de 15 de enero...).

Sin embargo, y a diferencia de lo que ocurría con la conexión existente entre el derecho a la justicia gratuita y el derecho a la tutela judicial efectiva, en la relación entre aquel y el derecho a la asistencia letrada no puede decirse que la denegación de esta última conlleve, sin más, una vulneración del art. 24.2 CE. Pues para que esto suceda es necesario que la **falta del Letrado de oficio solicitado**, en atención a las circunstancias concurrentes en el caso, haya producido al solicitante una **real y efectiva situación de indefensión material**, en el sentido de que la autodefensa se haya revelado insuficiente y perjudicial para el litigante, impidiéndole articular una defensa adecuada de sus derechos e intereses legítimos en el proceso, es decir, que se haya producido un menoscabo real y efectivo de su derecho de defensa (SSTC 161/1985, de 17 de diciembre, 92/1996, de 27 de mayo, 101/2002, de 6 de mayo, 146/2007, de 18 de junio...).

Así que, de sucederse de esta manera, cabe concluir también en este punto, y por las mismas razones antes señaladas, que una eventual lesión del derecho a la gratuidad de la justicia puede perfectamente comportar una lesión del derecho fundamental a la asistencia letrada, por lo que la invocación de la lesión de este último originada por la infracción del primero sería igualmente la vía adecuada para que la vulneración del art. 119 CE alcanzase a fundamentar con éxito un recurso de amparo constitucional.

3. Configuración legal del derecho a la gratuidad de la justicia

En lo que a su caracterización general respecta, la gratuidad de la justicia proclamada en el art. 119 CE, además de erigirse, en primer término, en un derecho subjetivo cuyo fundamento radica en exigencias propias del Estado social de Derecho, en el **aseguramiento de los principios de contradicción**

e igualdad procesal, y en hacer posible el acceso a los Tribunales por parte de quienes carecen de recursos suficientes para litigar, y además de guardar, en segundo lugar, una innegable relación con los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a la asistencia letrada, presenta otra importante nota adicional, de carácter esencial, cual es la de tratarse de un *derecho constitucional de configuración legal*.

Así se desprende inequívocamente del propio enunciado de la norma, la cual establece con toda evidencia que la justicia será gratuita «cuando así **lo disponga la ley**», proclamación esta que tiene su natural continuidad en los aps. 1 y 2 del art. 20 LOPJ (a cuyo tenor: «1. La Justicia será gratuita en los supuestos que establezca la ley. 2. Se regulará por ley un sistema de justicia gratuita que dé efectividad al derecho declarado en los arts. 24 y 119 de la Constitución, en los casos de insuficiencia de recursos para litigar»), y que en la actualidad se encuentra desarrollada por la vigente Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita (LAJG) (desarrollada, a su vez, por el RD 996/2003, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita —RAJG—), sobre cuyos principios, contenidos y procedimientos, por las exigencias de extensión máxima de los presentes comentarios impuestas por la empresa editorial, lamentablemente no podemos detenernos aquí, ni siquiera de forma somera.

El derecho a la gratuidad de la justicia, pues, **no es absoluto** o ilimitado, pues solo se ostentará en los **casos previstos por el legislador**, el cual, sin embargo, en su labor de intermediación normativa en aras a la configuración de dicho derecho posee un amplísimo margen de libertad. Se trata, en suma, de un derecho prestacional y de configuración legal cuyo contenido y concretas condiciones de ejercicio corresponde delimitar al legislador atendiendo a los intereses públicos y privados implicados y a las concretas disponibilidades presupuestarias, de forma que

aquel podrá reconocer la titularidad de este derecho a quienes reúnan las características y requisitos que considere relevantes, podrá modular la gratuidad en función del orden jurisdiccional afectado o incluso del tipo concreto de proceso y, por supuesto, en función de los recursos económicos de los que pueda disponer en cada momento; ello no obstante, la amplia libertad de configuración legal que resulta del primer inciso del art. 119 CE no es absoluta, pues el inciso segundo de dicho precepto explícitamente declara que la gratuidad de la justicia se reconocerá «en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar»; existe, por consiguiente, un «contenido constitucional indisponible» para el legislador que obliga a reconocer el derecho a la justicia gratuita necesariamente a quienes acrediten insuficiencia de recursos económicos para litigar (SSTC 16/1995, de 20 de enero, 117/1998, de 2 de junio, 183/2001, de 17 de septiembre, 182/2002, de 14 de octubre, 127/2005, de 23 de mayo, 217/2007, de 8 de octubre).

II. EL DESARROLLO NORMATIVO DEL DERECHO A LA GRATUIDAD DE LA JUSTICIA Y LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

De entre las cuestiones relativas a la configuración legal del derecho constitucional a la justicia gratuita llevada a cabo por el legislador ordinario, la jurisprudencia constitucional ha tenido que ocuparse de algunas de las más significativas, que a continuación se relacionan.

1. La titularidad del derecho a la gratuidad de la justicia

La LAJG, ante la falta de toda mención a este extremo en el art. 119 CE, dispone hoy que la titularidad del derecho a la gratuidad de la justicia corresponde a los sujetos reseñados en su art. 2, es decir, y a grandes rasgos, a los ciuda-

danos españoles, los nacionales de los Estados integrantes de la UE y los extranjeros que se encuentren en España, cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar, así como también a determinadas personas jurídicas (la Seguridad Social, las asociaciones de utilidad pública y las fundaciones inscritas en el registro, a las que la DA 2.^a LAJG añade a la Cruz Roja, a las asociaciones de consumidores y usuarios —sobre estas últimas véase la STC 217/2007, de 8 de octubre— y a las asociaciones de utilidad pública que tengan como fin la promoción y defensa de los derechos de las personas con discapacidad).

Dicha decisión normativa, sin embargo, ha sido objeto de dos destacables problemáticas resueltas por el Tribunal Constitucional, a saber:

A) *La titularidad del derecho por parte de los ciudadanos extranjeros*

El hecho de que, en su redacción inicial, la LAJG dispusiera que únicamente tendrían derecho a la justicia gratuita las personas extranjeras que, además de acreditar recursos insuficientes, **residiesen legalmente en España**, motivó que, previa la interposición de las correspondientes acciones, el Tribunal Constitucional tuviese que pronunciarse sobre si el impedir la titularidad y el disfrute de este derecho a todos los extranjeros que se *encontrasen ilegalmente en nuestro país* era o no una previsión legislativa acorde o no con la Constitución.

A tal fin, la STC 95/2003, de 22 de mayo, declaró la inconstitucionalidad de semejante decisión por infringir la misma el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, lo que originó una reforma de la LAJG que, en el momento presente, como antes se expuso, reconoce este derecho a los extranjeros **que se encuentren en España (legal o ilegalmente**, pues, deja de ser un criterio relevante) que acrediten carecer de recursos para litigar (art. 2).

B) *La titularidad del derecho por parte de las «personas jurídicas»*

Por otra parte, la circunstancia de que la LAJG reconociera la titularidad de este derecho tan solo a determinadas personas jurídicas, tanto públicas como privadas, pero no a todas ellas, y que tal reconocimiento se llevara a cabo abstracción hecha de toda alusión a su suficiencia o insuficiencia económica para litigar (que es el canon empleado a estos efectos por el legislador constituyente en el art. 119 CE), condujo también a que se trasladase al Tribunal Constitucional la cuestión consistente en determinar si a esas otras personas jurídicas de base patrimonial, no beneficiadas por la concesión *ope legis* del derecho a litigar gratuitamente, podía reconocérsele o no la titularidad del mismo en atención a su carencia de recursos dinerarios para sostener procesalmente sus pretensiones.

Pues bien, en la polémica Sentencia **117/1998**, de 2 de junio, dicho Alto Tribunal vino a declarar la plena constitucionalidad de la apuntada decisión legislativa, al considerar (aplicando anteriores pronunciamientos suyos, sí, pero totalmente distorsionados por haber sido sacados de contexto —véase en este sentido el acertado voto particular formulado a dicha resolución—) que el art. 119 CE obliga a sufragar los gastos procesales solamente a quienes, de exigirse ese pago, se verían en la alternativa de dejar de litigar o poner en peligro el nivel mínimo de subsistencia personal o familiar, de lo que se deduce que el contenido indisponible del art. 119 CE solo es reconducible a la persona física, única de la que puede predicarse un «nivel mínimo de subsistencia personal o familiar» (FJ 5).

2. La determinación legal de la «insuficiencia de recursos para litigar»

También la opción legislativa de hacer depender la concurrencia o no del presupuesto constitucional de la «insuficiencia de recursos para litigar» de un criterio cambiante

como el del «indicador público de renta de efectos múltiples», que sustituye al tradicional «salario mínimo interprofesional» (de modo que, a tenor del art. 3.1 LAJG, podrán ser titulares del derecho a la justicia gratuita aquellos cuyos ingresos no superen dos veces, dos veces y media o tres veces, según los casos, dicho indicador), fue cuestionado ante el Tribunal Constitucional, el cual, en la STC 16/1994, de 20 de enero (y a propósito de los derogados arts. 14 y 15 de la anterior LEC de 1881, que utilizaban también dicho mismo criterio), proclamó igualmente la constitucionalidad de esta previsión normativa (al considerar, en este caso, que «el criterio objetivo y general de fijar el límite de la gratuidad plena en el doble del salario mínimo interprofesional es plenamente razonable y proporcional al fin perseguido» —FJ 5.º—).

3. El requisito legal de la «sostenibilidad de la pretensión»

De igual forma, el hecho de que el desarrollo legislativo de la previsión plasmada en el art. 119 CE haya impuesto un presupuesto condicionante del disfrute del derecho a litigar gratuitamente al que dicha norma constitucional no hace la menor referencia, cual es el presupuesto de la «sostenibilidad de la pretensión» de quien pretende litigar sin sufragar gastos a su costa (*vid.* arts. 15 y 32 LAJG), ha motivado también que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional haya tenido que manifestarse sobre la constitucionalidad o no de semejante previsión normativa.

En este sentido, la STC 12/1998, de 15 de enero, concluyó en la adecuación constitucional del citado presupuesto, esta vez por considerar que la denegación del derecho a la asistencia jurídica gratuita por insostenibilidad de la pretensión del interesado tiende, ante todo, a asegurar que el esfuerzo social colectivo y solidario que requiere el disfrute de tal beneficio por parte de los ciudadanos más desfavorecidos económicamente no vaya a parar a la defensa de pretensiones que, por absurdas o

descabelladas, no resulten merecedoras de ser sufragadas con dinero público, persiguiendo, además, la finalidad de evitar el ejercicio abusivo o temerario del derecho de acceso a la jurisdicción en defensa de pretensiones manifiestamente abocadas al fracaso, designio este que se encuentra entre los que legítimamente puede perseguir el legislador a la hora de limitar el libre ejercicio del derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales [FJ 4.º, letra A)].

Razón por la cual, termina concluyendo el Tribunal, dicha regulación legal no vulnera el art. 24.1 CE, ni tampoco se muestra contradictoria con los arts. 1 y 9.2 CE [FJ 4.º, letra C)] (*vid.*, en el mismo sentido, el ATC 188/1998, de 14 de septiembre).

4. Otras cuestiones

Por último, en este resumido y limitado repaso a la jurisprudencia constitucional habida en torno a la interpretación del art. 119 CE, nos resta únicamente hacernos eco de algunos otros pronunciamientos de alcance no tan amplio o general como los examinados hasta ahora. A saber:

A) *Ámbito de aplicación*: el derecho a litigar gratuitamente encuentra su ámbito natural de aplicación en los **procesos jurisdiccionales**, no pudiendo, por tanto, ser reclamada su vigencia también en los procedimientos administrativos (STC 83/1997, de 22 de abril).

B) *Admisibilidad constitucional del desarrollo normativo autonómico de las Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita, y del procedimiento a seguir ante las mismas, por no integrar las mismas el concepto de «Administración de Justicia»* (STC 97/2001, de 5 de abril).

C) *Constitucionalidad de la exigencia normativa (art. 8 LAJG) que impone la necesidad de que, quien pretende por vez primera en la segunda instancia obtener el derecho a litigar*

gratuitamente, no habiendo disfrutado del mismo en la primera instancia, deba acreditar que las circunstancias y condiciones precisas sobrevinieron en el curso de dicha primera instancia o con posterioridad a ella, pues con esta exigencia se persigue evitar los posibles abusos de derecho y la indebida utilización de los recursos contra las decisiones judiciales (STC 180/2003, de 13 de octubre, FJ 5.º).

D) **Necesidad de llevar a cabo una interpretación constitucional de la previsión normativa (art. 16 LAJG) conforme a la cual la solicitud de reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita no suspenderá el curso del proceso, pues una aplicación rígida de la norma pudiera comprometer la integridad del derecho a litigar gratuitamente y, con él, del derecho a la tutela judicial efectiva;** por lo que la interpretación del art. 16 LAJG, así como, en general, del conjunto del articulado de esta norma legal, debe venir guiada por la finalidad proclamada expresamente por la propia Exposición de Motivos de la misma de garantizar a todos los ciudadanos, con independencia de cuál

sea su situación económica, el acceso a la Justicia en condiciones de igualdad, impidiendo cualquier desequilibrio en la efectividad de las garantías procesales garantizadas constitucionalmente en el art. 24 CE que pudiera provocar indefensión, y, en particular, permitiéndoles disponer de los plazos procesales en su integridad (STC 148/2007, de 18 de junio).

E) **El derecho a la justicia gratuita puede comprender también, pese al silencio del legislador ordinario en este punto, la exención del desembolso dinerario necesario para formalizar fianzas o cauciones** (STC 45/2002, de 25 de febrero).

F) Por último, las *tasas judiciales*, como concepto integrante de las costas procesales (art. 241.1.7.º LEC) y, por ende, del reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita, tan solo es conforme con el derecho fundamental de acceso a los órganos judiciales (art. 24.1 CE) en los términos en que ha quedado limitado por la STC 140/2016, de 21 de julio, y posteriores.

BIBLIOGRAFÍA

GARBERÍ LLOBREGAT, «El derecho a la asistencia jurídica gratuita de las personas jurídicas (sobre la sentencia 117/1998, de 2 de junio, del Tribunal Constitucional)», *Aranzadi Tribunal Constitucional*, núm. 20/1999, págs. 19-31.

GUTIÉRREZ ZARZA, *La asistencia jurídica gratuita en el proceso civil*, Madrid, 1998.

Artículo 120

- 1. Las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento.*
- 2. El procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal.*
- 3. Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública.*

Sumario: I. Publicidad de las actuaciones judiciales. 1. Consideraciones generales. 2. Publicidad como garantía objetiva. 3. Excepciones a la publicidad. 4. Publicidad del proceso y medios de comunicación. II. Principio de oralidad. III. Motivación de las sentencias. IV. Pronunciamiento en audiencia pública y publicidad de las sentencias.

MIGUEL ÁNGEL MONTAÑÉS PARDO
DE LA CARRERA FISCAL
LETRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. PUBLICIDAD DE LAS ACTUACIONES JUDICIALES

1. Consideraciones generales

El principio de publicidad se reconoce con carácter general en el art. 120.1 CE, que dispone que «las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento». También forma parte del contenido del derecho a un proceso público consagrado del art. 24.2 CE, y como derecho se encuentra reconocido en los arts. 14 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos de 16 de diciembre de 1966, y 6 del Convenio europeo de derechos humanos y de las libertades públicas de 4 de noviembre de 1950.

La estrecha relación entre la garantía constitucional de la publicidad (art. 120.1 CE) y el

derecho a un proceso público (art. 24.2 CE) ha sido puesta de manifiesto en reiteradas ocasiones por la jurisprudencia constitucional, hasta el punto de afirmar que el art. 24.2 CE «ha otorgado a los derechos vinculados a la exigencia de la publicidad el carácter de derechos fundamentales, lo que abre para su protección la vía excepcional del recurso de amparo (STC 96/1987, de 10 de junio, FJ 2).

Es preciso advertir, en primer término, que el principio de publicidad no se predica de todas las actuaciones judiciales, sino sólo de las que hayan de desarrollarse en audiencia y en el juicio, pues, como se razona en la STC 176/1988, de 4 de octubre, que recoge la doctrina de las SSTEDH de 8 de diciembre de 1983 (casos *Preto y Axen*) y 22 de febrero de 1984 (caso *Sutter*), la publicidad como garantía de los justiciables sólo es de aplicación «al

proceso en sentido estricto, es decir, al juicio oral en el que se producen o reproducen las pruebas de cargo y descargo y se formulan las alegaciones y peticiones definitivas de la acusación y la defensa, pues únicamente referida a ese acto procesal tiene sentido la publicidad del proceso en su verdadero significado de participación y control de la justicia por la comunidad» (FJ 2).

En segundo término, el principio de publicidad se refiere a los procesos en curso, no a los ya terminados, cuya documentación ha de hallarse en el archivo del órgano judicial correspondiente. En consecuencia, el acceso a la documentación judicial obrante en los archivos judiciales, sin perjuicio de que pueda configurarse como un derecho, no debe ser analizado a la luz del principio de publicidad del proceso. Respecto de este concreto punto, nos remitimos al comentario del apartado 3 del art. 120 CE, sobre la publicación de las sentencias.

Por último, la publicidad para las partes del proceso, aunque encuentre también cobertura en el art. 120.1 CE, debe entenderse más bien como una manifestación del principio de audiencia y del derecho de defensa. Por ello, el derecho de las partes personadas a intervenir en las actuaciones judiciales de instrucción no confiere al sumario el carácter de público, sino que su intervención es consecuencia del derecho de defensa (STC 176/1988, de 4 de octubre, FJ 2).

2. Publicidad como garantía objetiva

El principio de la publicidad de los juicios implica que éstos puedan tener una proyección general y sean conocidos más allá de las partes intervinientes en los mismos. Desde esta perspectiva, la doctrina del Tribunal Constitucional ha señalado que «el principio de publicidad, estatuido por el art. 120.1 de la Constitución, tiene una doble finalidad: por un lado, proteger a las partes de una justicia substraída al control público, y

por otro, mantener la confianza de la comunidad en los Tribunales, constituyendo en ambos sentidos tal principio una de las bases del debido proceso y uno de los pilares del Estado de Derecho [...] la publicidad del proceso ocupa una posición institucional en el Estado de Derecho que la convierte en una de las condiciones de legitimidad constitucional de la administración de justicia» (STC 96/1987, de 10 de junio, FJ 2).

Es preciso resaltar, en este sentido, que lo que importa no es tanto la presencia efectiva de asistentes, cuanto la posibilidad de que cualquier ciudadano pueda presenciar el juicio mientras se disponga de espacio para ello, y, desde luego, el derecho de las partes a que esta posibilidad sea real para que el juicio se haga con todas las garantías.

La misma doctrina sigue el TEDH, que ha señalado que el carácter público de los procedimientos ante los Tribunales, previsto en el art. 6.1 CEDH, protege a los litigantes frente a una Administración de Justicia secreta y sin control por la opinión pública, representa igualmente uno de los medios para preservar la confianza de los jueces y Tribunales, y contribuye a la efectividad del derecho a un juicio equitativo, cuya garantía constituye uno de los pilares fundamentales de una sociedad democrática (STEDH de 8 de diciembre de 1983, caso *Pretto y Axen*).

3. Excepciones a la publicidad

El art. 120.1 CE contempla la posibilidad de que las leyes de procedimiento puedan establecer excepciones al principio de publicidad de las actuaciones judiciales. Con carácter general, el art. 232.2 LOPJ establece que «excepcionalmente, por razones de orden público y de protección de los derechos y libertades, los Jueces y Tribunales, mediante resolución motivada, podrán limitar el ámbito de publicidad y acordar el carácter secreto de todas o parte de las actuaciones». Preceptos equivalentes se encuentran en las leyes regula-

doras de los procesos. Así, por ejemplo, en el ámbito de la jurisdicción penal, el art. 680 LE-Crim. autoriza que las sesiones del juicio sean a puerta cerrada «cuando así lo exijan razones de moralidad o de orden público, o el respeto debido a la persona ofendida por el delito o a su familia», requiriendo que el acuerdo se adopte en auto motivado. El art. 63 LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, también establece la posibilidad de declarar reservadas las actuaciones.

La Ley de Enjuiciamiento Civil contiene previsiones expresas sobre la restricción de la publicidad en el proceso civil, que son de aplicación supletoria para los demás procesos, disponiendo el art. 138 que las actuaciones judiciales podrán «celebrarse a puerta cerrada cuando sea necesario para la protección del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes y de otros derechos y libertades lo exijan o, en fin, en la medida en que el Tribunal lo considere estrictamente necesario, cuando por la concurrencia de circunstancias especiales la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia». Para los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, el art. 754 LEC establece que «podrán decidir los Tribunales, mediante providencia, de oficio o a instancia de parte, que los actos y vistas se celebren a puerta cerrada y que las actuaciones sean reservadas, siempre que las circunstancias lo aconsejen y aunque no se esté en ninguno de los casos del apartado 2 del art. 138 de la presente Ley».

La admisión de excepciones a la publicidad, sin embargo, no puede entenderse como un apoderamiento en blanco al legislador, porque la publicidad procesal está inmediatamente ligada a situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos que tienen la condición de derechos fundamentales, y las facultades que las leyes procesales otorgan a los Tribunales deben ser interpretadas de tal manera

que dejen a salvo su vigencia, excepto en los casos expresamente autorizados.

Con carácter general, la jurisprudencia constitucional, haciéndose eco de la doctrina del TEDH (SSTEDH de 16 de diciembre de 1999, *T. contra el Reino Unido*, § 86; de 16 de diciembre de 1999, *V. contra el Reino Unido*, §§ 88 y 90; y de 24 de abril de 2001, *B. contra el Reino Unido* y *P. contra el Reino Unido*, §§ 37 y 38), destaca los límites al derecho a la publicidad de las audiencias y la consiguiente **posibilidad de excluir el acceso a la prensa y al público durante la totalidad o parte del juicio, cuando lo exijan los intereses de los menores o la vida privada de las partes, la seguridad o la privacidad de los testigos o los intereses de la justicia**, entre otros bienes merecedores de protección (por todas, STC 57/2004, de 19 de abril, FJ 5).

También existen pronunciamientos sobre algunas limitaciones a la publicidad en los procesos. Así, la STC 30/1986, de 20 de febrero, ha admitido la **restricción fundada en razones de seguridad**, lo que puede conducir a limitar el acceso a los juicios según las condiciones o capacidad de la Sala, razonando que el art. 120.1 CE «permite que las leyes de procedimiento establezcan excepciones a la publicidad de las actuaciones judiciales, y que ésta es perfectamente compatible con medidas parciales de seguridad que pueden conducir a limitar el acceso a los juicios, debidas a la capacidad de la Sala [...] o a exigencias de orden en la misma» (FJ 5). Por el contrario, en la STC 96/1987, de 10 de junio, se consideró lesiva del principio de publicidad la celebración del juicio oral en un establecimiento carcelario con la presencia de un público limitado, señalando, además, que esta limitación fáctica de la publicidad para terceros «no queda compensada [...] por la presencia en el acto de periodistas que informaron en diversos medios del desarrollo de aquél» (FJ 3).

Sobre la **celebración del juicio a puerta cerrada** se pronuncia la STC 65/1992, de 29

de abril, FJ 2, señalando que en el caso la decisión de celebrar el juicio a puerta cerrada tenía como finalidad justamente facilitar el correcto y ordenado desarrollo del mismo, evitando cualquier intimidación dirigida a los procesados, sus defensores y los testigos.

Finalmente, en relación con los **procesos civiles de adopción**, la STC 71/1990, de 5 de abril, resalta la conveniencia de preservar, a través de la aplicación de un régimen limitativo de la publicidad, los intereses del menor y del entorno familiar, razonando que nada ganarían con una exteriorización de hechos y circunstancias que pertenecen normalmente a la intimidad personal y familiar, y podrían en cambio «resultar perjudicados por una publicidad innecesaria e incompatible con la protección que merecen los niños, con arreglo a lo que dispone el art. 39.4 de la Constitución y los Convenios Internacionales a los que se remite dicho mandato, entre los que cabe citar, como directamente aplicables, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14) y el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (art. 6), así como la Declaración Universal de los Derechos del Niño» (FJ 7).

4. Publicidad del proceso y medios de comunicación

La publicidad como garantía del proceso se refuerza mediante la prensa y los demás medios de comunicación. En la STC 30/1982, de 1 de junio, con ocasión de un caso en el que se denegó la acreditación para acceder a las sesiones del juicio oral de un proceso de notable proyección pública a reporteros de la prensa escrita, se razona que **la proyección general del principio de publicidad de los juicios no puede hacerse efectiva sin la asistencia de los medios de comunicación social**, en cuanto tal presencia les permite adquirir la información en su misma fuente y transmitirla a cuantos, por una serie de imperativos de espacio, de tiempo, de dis-

tancia, de quehacer, etc., están en la imposibilidad de hacerlo. En esta resolución, el Tribunal Constitucional resalta el papel de intermediario natural desempeñado por los medios de comunicación social entre la noticia y cuantos no están en condiciones de conocerla directamente, así como que las audiencias públicas judiciales son una fuente pública de información y, por eso, la obtención de la noticia en la vista pública forma parte del contenido del derecho a comunicar información.

La libertad informativa tiene como único límite las actuaciones del órgano judicial que hayan sido declaradas secretas, pero esta limitación sólo alcanza a las propias actuaciones judiciales y no a los hechos mismos. En efecto, como se razona en la STC 13/1985, de 31 de enero, «el secreto del sumario no significa en modo alguno que uno o varios elementos de la realidad social sean arrebatados a la libertad de información, en el doble sentido de derecho a informarse y derecho a informar, con el único argumento de que sobre aquellos elementos están en curso unas determinadas diligencias sumariales» (FJ 3).

Sobre las condiciones de acceso de los medios de comunicación a las sedes judiciales, se pronuncian las SSTC 56 y 57/2004, de 19 de abril, y 159/2005, de 20 de junio, en las que el Tribunal Constitucional razona que ningún reproche cabe hacer, desde la perspectiva constitucional, al hecho de que los profesionales de los medios de comunicación deban acreditarse o identificarse como tales para acceder a la sede judicial, que se vean sometidos a las normas de seguridad, así como que se prohíba que accedan a las actuaciones judiciales que no son públicas, o que deambulen por dependencias distintas de las salas de vista y los espacios públicos del palacio judicial. Por el contrario, estima que **el régimen de prohibición general con reserva de autorización es incompatible con la normativa reguladora del ejercicio del derecho fundamental a la libertad de in-**

formación, que establece, por el contrario, una habilitación general con reserva de prohibición.

II. PRINCIPIO DE ORALIDAD

El apartado 2 del art. 120 CE introduce el principio de oralidad, disponiendo que «el procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal». **El principio de oralidad se halla estrechamente vinculado con el de inmediación**, pues, en realidad, sólo en el proceso oral la inmediación puede ser eficazmente aplicada, y la oralidad plena sólo se da si en el proceso rige la inmediación. Por ello, la previsión constitucional hay que ponerla en relación con el derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE, del que forma parte el principio de inmediación.

La vinculación entre los principios de oralidad e inmediación ha sido expresamente afirmada por la jurisprudencia constitucional. Así, por ejemplo, en la STC 64/1993, de 1 de marzo, luego reiterada en la STC 307/1993, de 25 de octubre, se dice que «es básicamente esa restricción o no en el conocimiento, por parte del juzgador llamado a decidir sobre la causa, lo que determinará la relevancia de la queja; conocimiento que [...] se verá restringido en aquellos supuestos en que el principio de inmediación vaya unido a la naturaleza predominantemente oral de la actuación, pues, en un proceso oral, tan sólo el órgano judicial que ha presenciado la aportación verbal del material de hecho y de derecho y, en su caso, de la ejecución de la prueba, está legitimado para dictar la Sentencia o, dicho en otras palabras, la oralidad del procedimiento exige la inmediación judicial» (FJ 3).

En materia penal es doctrina consolidada—desde la STC 31/1981, de 28 de julio—que únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal en el momento de dictar sentencia las practicadas en el jui-

cio oral. Como recuerda la STC 13/1988, de 7 de julio, «frente al sistema inquisitivo precedente, introdujo en nuestro ordenamiento procesal penal los principios de publicidad, oralidad e inmediación, que en la actualidad no sólo constituyen elementos consustanciales del sistema acusatorio en que se inscribe nuestro proceso, sino que tienen el valor que les otorga el reconocimiento constitucional efectuado en el art. 120.1 y 2 de la Norma fundamental. Conforme a ellos, el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que, en forma oral, se desarrolla ante el mismo Tribunal que ha de dictar Sentencia, de suerte que la convicción de éste sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios aportados a tal fin por las partes» (FJ 2).

La exigencia de oralidad e inmediación también se ha extendido a la segunda instancia. En la STC 167/2002, de 18 de septiembre, se afirmó la necesidad de respetar las garantías de publicidad, inmediación y contradicción en la valoración de las pruebas en la segunda instancia penal, adaptando la interpretación constitucional del derecho a un proceso con todas las garantías a las exigencias del art. 6.1 CEDH, en la interpretación que de él viene haciendo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH de 26 de marzo de 1988 —caso *Ekbatani contra Suecia*—; 8 de febrero de 2000 —caso *Cooke contra Austria* y caso *Stefanelli contra San Marino*—; de 27 de junio de 2000 —caso *Constantinescu contra Rumania*—; y 25 de julio de 2000 —caso *Tierce y otros contra San Marino*—).

De acuerdo con esta doctrina, luego reiterada en numerosas resoluciones, **el respeto a los principios de publicidad, inmediación y contradicción impone inexorablemente que toda condena se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente y en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción.** Por ello, cuando la apelación se plantee con-

tra una Sentencia absolutoria y el motivo de apelación concreto verse sobre cuestiones de hecho suscitadas por la valoración o ponderación de pruebas personales de las que depende la condena o absolución del acusado, resultará necesaria la celebración de vista pública en la segunda instancia para que el órgano judicial de apelación pueda resolver tomando un conocimiento directo e inmediato de dichas pruebas.

En relación con el proceso civil, la STC 64/1993, de 1 de junio, en un caso en el que dictó sentencia de apelación un juez diferente del que presenció el acto de la vista, consideró que el conocimiento del juez se vio limitado por su falta de intervención en la vista oral de la apelación. La misma inmediación se exige en los Tribunales colegiados, pues, como señala la STC 215/2005, de 12 de septiembre, no es admisible «el ejercicio de la función jurisdiccional por quien no está en disposición de emitir un juicio con suficiente conocimiento de lo actuado y sustanciado en el procedimiento, al no haber tenido acceso a los medios de conocimiento que la propia tramitación del proceso ofrece, y ello con independencia de que otro u otros miembros integrantes del órgano juzgador hayan tenido efectivo y directo conocimiento de lo actuado, pues **constituye una garantía constitucional del proceso la exigencia de que el órgano judicial que debe decidir un pleito tenga conocimiento directo de las alegaciones y pruebas practicadas en aquél**» (FJ 2).

III. MOTIVACIÓN DE LAS SENTENCIAS

El apartado 3 del art. 120 CE dispone que «las sentencias serán siempre motivadas», pero este mandato constitucional debe ponerse en relación con el derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, ya que uno de sus contenidos es precisamente el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes.

Aunque el art. 120.3 CE se refiere únicamente a las sentencias, la motivación es exigencia ineludible de las resoluciones judiciales que adopten la forma de autos o sentencias, puesto que **la exigencia constitucional de motivación de las resoluciones judiciales guarda una relación directa con los principios de un Estado de Derecho (art. 1.1 CE) y con el carácter vinculante que para jueces y magistrados tiene la ley**, a cuyo imperio están sometidos en el ejercicio de su potestad jurisdiccional, como se dispone en el art. 117.1 y 3 CE, constituyendo también una garantía esencial para el justiciable integrada en el derecho a la tutela judicial del art. 24.1 CE (SSTC 24/1990, de 15 de febrero, FJ 4; 35/2002, de 11 de febrero, FJ 3; 128/2002, de 3 de junio, FJ 4; 119/2003, de 16 de junio, FJ 3).

En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha señalado que «el deber de motivar las resoluciones judiciales, no es sólo una obligación impuesta a los órganos jurisdiccionales por el art. 120.3 CE, sino también y principalmente un derecho de los intervinientes en el proceso, que forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva proclamado en el art. 24.1 CE, el cual únicamente se satisface si la resolución judicial, de modo explícito o implícito, contiene los elementos de juicio suficientes para que el destinatario y eventualmente los órganos encargados de revisar sus decisiones puedan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos determinantes de la decisión. De modo que **la exigencia de una motivación adecuada y suficiente**, en función de las cuestiones que se susciten en cada caso concreto, **constituye una garantía esencial para el justiciable, mediante la cual es posible comprobar que la decisión judicial es consecuencia de la aplicación razonada del Ordenamiento jurídico y no el fruto de la arbitrariedad**. En conclusión, una resolución judicial que no dé respuesta a las cuestiones planteadas en el proceso, o de cuyo contenido no puedan extraerse cuáles son las razones próximas o remotas que justifican aquélla, es una decisión judicial que no sólo viola la Ley, sino que vulnera el derecho

a la tutela judicial efectiva» (STC 119/2003, de 16 de junio, FJ 3).

La exigencia constitucional, sin embargo, no significa que las resoluciones judiciales deban contener un razonamiento exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que tengan las partes de la cuestión que se decide, siendo suficiente, desde este prisma constitucional, que las resoluciones judiciales vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión o, lo que es lo mismo, su *ratio decidendi* (entre otras, SSTC 215/1998, de 11 de noviembre, FJ 3; 68/2002, de 21 de marzo, FJ 4; 128/2002, de 3 de junio, FJ 4; 119/2003, de 16 de junio, FJ 3; 69/2005, de 4 de abril, FJ 5; y 143/2006, de 8 de mayo, FJ 4), ya que la exteriorización de los rasgos más esenciales del razonamiento que han llevado a los órganos judiciales a adoptar su decisión mediante una determinada interpretación y aplicación de la ley permite apreciar su racionalidad, además de facilitar el control de la actividad jurisdiccional por los Tribunales superiores (STC 128/2002, de 3 de junio, FJ 4).

En cambio, **se exige un específico y reforzado deber de motivación en determinados supuestos en los que están afectados otros derechos fundamentales o libertades públicas.** Así ocurre, en primer lugar, en relación con las decisiones judiciales que adopten medidas restrictivas de derechos fundamentales, tales como, por ejemplo, la prisión provisional (STC 191/2004, de 14 de marzo, FJ 4); la intervención de las comunicaciones (STC 205/2005, de 18 de julio, FJ 3); las intervenciones corporales (STC 25/2005, de 14 de febrero, FJ 6); y las autorizaciones de entrada y registro (STC 136/2000, de 29 de mayo, FJ 5).

En las condenas penales es igualmente exigible un canon reforzado de motivación por imperativo del derecho a la presunción de inocencia, que resulta vulnerado cuando no haya pruebas de cargo válidas o cuando por ilógico

o insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado, pero también en los supuestos de falta de motivación del resultado de la valoración de las pruebas (por todas, STC 145/2005, de 6 de junio, FJ 6). También en las condenas que afecten a la libertad personal, en las que el deber de motivación incluye no sólo la obligación de fundamentar los hechos y la calificación jurídica, sino también la pena finalmente impuesta en concreto (por todas, STC 21/2008, de 31 de enero, FJ 3). Lo mismo ocurre en los supuestos de suspensión de la ejecución de penas privativas de libertad (SSTC 202/2004, de 15 de noviembre, y 248/2004, de 20 de diciembre) y respecto de las decisiones judiciales que afecten a algunos beneficios penitenciarios, como la libertad condicional (STC 79/1998, de 1 de abril, FJ 4) o los permisos de salida (SSTC 2/1997, de 13 de enero, FJ 3; 79/1998, de 1 de abril, FJ 4; y 109/2000, de 5 de mayo, FJ 3).

Por último, el principio de igualdad en la aplicación de la ley impide que un mismo órgano judicial se aparte sin motivación suficiente del criterio mantenido con regularidad en sus decisiones anteriores (STC 51/2001, de 26 de febrero, FJ 5).

IV. PRONUNCIAMIENTO EN AUDIENCIA PÚBLICA Y PUBLICIDAD DE LAS SENTENCIAS

El apartado 3 *in fine* del art. 120 CE dispone que las sentencias «se pronunciarán en audiencia pública». Se trata de una norma que no encuentra antecedentes en los textos constitucionales españoles, pero sí en el art. 6.1 CEDH («la sentencia debe ser pronunciada públicamente»), y que supone el reconocimiento constitucional de la exigencia de publicidad de las resoluciones judiciales.

Aunque la publicidad de las resoluciones judiciales puede hacerse por diferentes procedimientos (lectura, inserción en un periódico oficial, colocación en lugar adecuado para su

conocimiento, etc.), el precepto ha mantenido para las sentencias el procedimiento tradicional de su «pronunciamiento en audiencia pública», ya previsto en el art. 695 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870, y ello ha sido criticado por considerarlo un anacronismo legal, no siempre cumplido en la práctica.

Sin embargo, lo importante no es tanto la concreta forma elegida para la publicidad de las sentencias, sino los efectos que se derivan de la misma, y, en este sentido, **la lectura en audiencia pública constituye una forma de publicidad general, mediante la cual se hace público el contenido de la sentencias**. Como recuerda la STEDH de 8 de diciembre (casos *Pretto y Axen*), ya citada, «numerosos Estados miembros del Consejo de Europa tienen una larga tradición, aparte de la lectura de las sentencias en audiencia pública, de establecer otros medios para hacer públicas las decisiones judiciales, por ejemplo, su depósito en un registro al cual puede acceder al público [...]. El Tribunal no cree, pues, que deba optar por una interpretación literal. Estima que la forma de publicidad de las sentencias prevista por el Derecho interno del Estado en cuestión debe apreciarse en cada caso concreto a la luz de las particularidades del procedimiento en cuestión y en función de la finalidad y objeto del art. 6, párrafo 1.º».

Es preciso, en este punto, distinguir entre la notificación y la publicación de las sentencias. La notificación es un acto de comunicación entre el órgano jurisdiccional y las partes, mientras que la publicación está dirigida a todos y es una manifestación del principio general de publicidad del proceso. En el ATC 186/1985, de 13 de marzo, se resalta la diferencia entre notificación y publicación de la sentencia, recordando que «[u]n comentarista de tanta tradición como AGUILERA DE PAZ (*Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, tomo II, Madrid, Reus 1923) señalaba ya la diferencia entre notificación y publicación de la Sentencia penal, diciendo que consiste en que la “notificación de las Sentencias se halla ordenada o estatuida, en benefi-

cio exclusivo de las partes, a fin de que, teniendo conocimiento de la resolución recaída y apreciando exactamente los fundamentos de la misma, puedan formar juicio acerca de su procedencia o improcedencia para interponer o no contra ellas los recursos que estimen procedentes o que puedan convenirles. Por dicha diligencia, y no por la publicación, es por la que adquieren conocimiento exacto de la Sentencia las partes interesadas para el ejercicio de sus derechos, y a partir de ella es desde cuándo debe empezar a contarse el término concedido para entablar las reclamaciones procedentes”» (FJ 4).

No obstante lo anterior, en la STC 160/1997, de 2 de octubre, se consideró razonable la doctrina del Tribunal Supremo que, en un caso de reclamación patrimonial, había resuelto que la «publicación y lectura» de la sentencia marcaba el inicio del cómputo del plazo de un año para efectuar la reclamación administrativa previa a la vía jurisdiccional, con independencia de la fecha de publicación en el BOE o de notificación a las partes. Sin embargo, esta doctrina sobre los efectos de la lectura de las sentencias fue corregida en la STEDH de 25 de abril de 2000 (caso *Miragall Escolano y otros c. España*), que calificó de rigorista dicha interpretación, porque en el momento de la «publicación y lectura» de las sentencias no están presentes las partes, y consideró que el *dies a quo* para recurrir debía ser el de la notificación a las partes.

A partir del trámite de la lectura en audiencia pública, la sentencia se convierte en un documento al que es de aplicación tanto el régimen común de publicidad de las actuaciones, documentos y registros judiciales, como los mecanismos singulares de publicidad de las sentencias (libro de sentencias, publicación oficial, etc.). A tal efecto, el primer párrafo del art. 266.1 LOPJ dispone que las sentencias, una vez extendidas y firmadas, serán depositadas en la Secretaría del Juzgado o Tribunal y se permitirá a cualquier interesado el acceso al texto de las mismas, y el art. 212 LEC, por su parte, ordena que

todas las resoluciones definitivas, una vez extendidas y firmadas, serán notificadas y archivadas en la Secretaría del Tribunal, dándosele la publicidad en la forma permitida u ordenada por la Constitución y las leyes. En otro orden de cosas, el art. 72.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, prevé que las sentencias firmes que anulen una disposición general «tendrán efectos generales desde el día en que sea publicado su fallo y preceptos anulados en el mismo periódico oficial en que lo hubiere sido la disposición anulada. También se publicarán las sentencias firmes que anulen un acto administrativo que afecte a una pluralidad indeterminada de personas».

La posibilidad de excepcionar la publicidad de las resoluciones judiciales está expresamente contemplada en el segundo párrafo del art. 266.1 LOPJ (introducido en la reforma operada por la LO 19/2003, de 23 de diciembre), al disponer que «[el] acceso al texto de las sentencias, o a determinados extremos de las mismas, podrá quedar restringido cuando el mismo pudiera afectar al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía de anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda, así como, con carácter general, para evitar que las sentencias puedan ser usadas con fines contrarios a las leyes».

En consecuencia, **la publicación de las sentencias puede tener algunas restricciones por la eventual prevalencia de otros derechos fundamentales y garantías constitucionales**, si bien la decisión deberá adoptarse a partir de la ponderación de circunstancias concurrentes en el caso. En este concreto punto pueden ser útiles los criterios utilizados por el Tribunal Constitucional respecto de la publicación de sus propias resoluciones, sometidas a una cualificada publicidad por la obligación de su publicación formal en el *Boletín Oficial del Estado*, prevista tanto en el art. 164.1 CE como en el art. 86.2 LOTC.

En la STC 114/2006, de 5 de abril, el Tribunal Constitucional señala que la necesidad de realizar la ponderación y la identificación de los específicos intereses a tomar en consideración para justificar la excepción de la publicidad íntegra de la resolución viene siendo una práctica habitual en la jurisprudencia constitucional, en una labor que responde a criterios también seguidos por otros Tribunales extranjeros, supranacionales e internacionales y, muy especialmente, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que en la Sentencia de 25 de febrero de 1997 (*Z. c. Finlandia*) declaró la existencia de un interés general en garantizar la transparencia de los procesos judiciales para preservar la confianza pública en la justicia (§ 77), cuya relevancia implica que no necesariamente deba ceder en caso de entrar en conflicto con el derecho a la intimidad, incluso en relación con un aspecto tan sensible como es la protección de la confidencialidad de los datos médicos (§ 97).

Asimismo recuerda que, desde sus inicios, «ha procedido a omitir la identificación de determinadas personas que aparecían mencionadas en sus resoluciones, bien atendiendo a la garantía del anonimato de las víctimas y perjudicados en casos especiales (SSTC 185/2002, de 14 de octubre, o 127/2003, de 30 de junio); bien atendiendo el específico deber de tutela de los menores, tanto en supuestos de litigios relativos a su filiación o custodia (SSTC 7/1994, de 17 de enero, o 144/2003, de 14 de julio), procedimientos de adopción o desamparo (SSTC 114/1997, de 16 de junio; 124/2002, de 20 de mayo; 221/2002, de 25 de noviembre, o 94/2003, de 19 de mayo) como, de conformidad con el art. 8 de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de menores (Reglas de Beijing), incluidas en la Resolución de la Asamblea General 40/33, de 29 de noviembre de 1985, en supuestos de ser acusados de hechos delictivos (SSTC 288/2000, de 27 de noviembre, o 30/2005, de 14 de febrero)» (FJ 7).

BIBLIOGRAFÍA

COLOMER HERNÁNDEZ, I., *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO, F., y MORENO CATENA, V., «Actuaciones judiciales», en Ó. ALZAGA VILLAMIL, *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, vol. VIII, Edersa, Madrid, 1998.

HERRERA ABIÁN, R., *La inmediatez como garantía procesal: en el proceso civil y en el proceso penal*, Comares, Granada, 2006.

IGARTUA SALAVERRÍA, J., *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*, Centro de Estudios Políticos, Madrid, 2003.

LÓPEZ ORTEGA, J. J., «La dimensión constitucional del principio de publicidad», *Revista del Poder Judicial*, Número especial XVII, 1999, págs. 37 a 140.

MORAL GARCÍA, A., y SANTOS VIJANDE, J. M., *Publicidad y secreto en el proceso penal*, Comares, Granada, 1996.

NIEVA FENOLL, J., «Los problemas de la oralidad», *Revista de Derecho Procesal*, núms. 1 y 2, 2007, págs. 101 a 130.

PEDRAZ PENALVA, E., «Notas sobre publicidad y proceso», *Poder Judicial*, Número especial XI, págs. 115 a 130.

SERRANO ALBERCA, J. M., y ARNALDO ALCUBILLA, E., «Comentario al art. 120 de la Constitución», *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1985.

VERGER GRAU, J., «Derecho a un proceso público», *Derechos procesales fundamentales*, Consejo General del Poder Judicial, 2005, págs. 260 a 410.

EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL SOBRE EL ARTÍCULO 120 CE DESDE 2008

Sumario: I. Publicidad de las actuaciones judiciales. II. El principio de oralidad. III. La motivación de las sentencias.

JESÚS M.^a GONZÁLEZ GARCÍA
PROFESOR TITULAR DE DERECHO PROCESAL
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

I. PUBLICIDAD DE LAS ACTUACIONES JUDICIALES

De 2008 hasta la actualidad no se aprecia una evolución significativa de la doctrina constitucional en relación con el primer apartado del art. 120 CE. El Tribunal Constitucional mantiene, por tanto, las líneas establecidas y consolidadas, según las cuales (STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 8) **la publicidad no solo es un principio fundamental de ordenación del proceso (garantía institucional), sino igualmente un derecho fundamental** (art. 24.2 CE). Tampoco se aprecia evolución o cambio de la doctrina establecida en las SSTC 56/200, 57/2004 y 159/2005, sobre los límites para que los medios de comunicación accedan a las salas de justicia con el fin de filmar o retransmitir juicios o vistas.

En el periodo analizado son muy numerosas las decisiones que se refieren a la publicidad de las actuaciones procesales, pero raras las que establecen doctrina sobre el art. 120.1 CE. En la mayoría de los casos, la doctrina constitucional **trata la publicidad desde el punto de vista del derecho fundamental al proceso público con todas las garantías (art. 24.2 CE), en aplicación o desarrollo de la doctrina que emana de la STC 167/2002**, de 18 de septiembre, y la exigencia de repetición de las pruebas personales el recurso de apelación penal, en los casos en que el órgano *ad quem*

pretenda construir un nuevo relato fáctico que revise el construido sobre las pruebas personales practicadas por el órgano *a quo*. Dentro de este grupo de decisiones, la más significativa de las recientes es la STC 146/2017, de 14 de diciembre, que declaró vulnerado el derecho al proceso con todas las garantías por una sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que apreció de oficio la concurrencia de error de prohibición, en tanto que circunstancia beneficiosa para los acusados, pero sin darles trámite de audiencia pública previa a la decisión revocatoria. Pero las dictadas de 2008 hasta el presente son muchas más (SSTC 36/2008, de 25 de febrero, 3/2009, de 12 de enero, 30/2010, de 17 de mayo, 46/2011, de 11 de abril, 144/2012, de 2 de julio, 105/2013, de 6 de mayo, 191/2014, de 17 de noviembre, 112/2015, de 8 de junio, o 172/2016, de 17 de octubre, a título de ejemplo). En ellas se aportan diversos matices: sobre el deber de intermediación en caso de revisión de indicios (STC 108/2009, de 11 de mayo); cómo se ve afectado el derecho a la presunción de inocencia cuando la falta de intermediación afecta a todas las pruebas de cargo (SSTC 144/2009, de 15 de junio, 215/2009, de 30 de noviembre, 120/2009, de 18 de mayo, y 2/2010, de 11 de enero); negando la suficiencia del visionado de la videograbación para salvar la garantía de intermediación (STC 30/2010, de 17 de mayo); o el deber de intermediación para revalorar un elemento subjetivo del injusto (STC 170/2009, de 9 de julio).

En todas las resoluciones que aplican o desarrollan la doctrina de la STC 167/2002 **se trata del principio de *publicidad de forma indisoluble con los de *inmediación* y de *contradicción****; pero, del mismo modo, en todas ellas, s.e.u.o., el objeto del amparo se refiere a la vulneración de estos últimos, pero no del principio de publicidad de modo autónomo. La apelación al principio de publicidad suele ser formularia, pues en puridad la *inmediación* y la *contradicción* no siempre se condicionan a que las actuaciones sean públicas *stricto sensu*, en los términos del art. 120.1 CE; es más, es perfectamente posible garantizar la *inmediación* y la *contradicción* cuando el tribunal acuerde —en los casos legalmente establecidos— la celebración de la vista a puerta cerrada.

Si puede verse afectado el principio de *contradicción procesal por la imposición de ciertas restricciones de publicidad para algunas actuaciones procesales penales*. Así lo ha entendido la STC 75/2013, de 3 de abril, que otorgó el amparo por vulneración de los derechos al proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia cuando la prueba de cargo consistió en la declaración de testigos protegidos —agentes de la autoridad— sin revelación de su identidad, tan solo identificados por un número clave.

Sobre el valor de la *publicidad* en el proceso penal es especialmente ilustrativa la STC 120/2009, de 20 de mayo, FJ 3. En ella, en consonancia con la doctrina del TEDH, se valora **la *publicidad* como uno de los medios para preservar la confianza en los Tribunales**, si bien su exigencia ha de ponderarse, a juicio del Tribunal Constitucional, en relación con el derecho a un juicio en plazo razonable y la necesidad de conferir un tratamiento rápido a los asuntos, para llegarse a la conclusión de que su ausencia en los grados jurisdiccionales sucesivos puede justificarse por las características del procedimiento de que se trate, con tal que haya sido respetado en la primera instancia.

II. EL PRINCIPIO DE ORALIDAD

No se aprecian tampoco cambios doctrinales significativos en relación con el art. 120.2 CE. Siendo la *inmediación* una de las notas formales inherentes a la oralidad, son trasladables aquí las consideraciones contenidas en el epígrafe anterior, sobre las sentencias que desarrollan la doctrina de la STC 167/2002 en relación con la exigencia de repetición con plena *inmediación* (en consecuencia, en forma oral) de las pruebas personales cuando el Tribunal *ad quem* pretenda revisar su valoración. La relación entre la garantía de la *inmediación* y la oralidad es recordada por la STC 135/2011, de 12 de septiembre (FJ 2): «[S]u dimensión de garantía constitucional (art. 24.2 CE) resulta vinculada a la exigencia constitucional de que los procesos sean predominantemente orales, sobre todo en materia penal (art. 120.2 CE). Es esta una garantía de corrección que evita los riesgos de valoración inadecuada procedentes de la intermediación entre la prueba y el órgano de valoración», especialmente visible en la práctica de pruebas personales (también, STC 2/2010, de 11 de enero, FJ 3; y 120/2009, de 18 de mayo, FJ 6).

Al margen de este supuesto, son pocas las sentencias en el periodo estudiado que se refieren a la oralidad como garantía institucional. Entre ellas, es de ser destacada la STC 12/2011, de 28 de febrero, la cual (FJ 5) parte de la necesidad de *abonar* una mayor realización del mandato constitucional previsto en el art. 120.2 CE «acerca del carácter predominantemente oral de los procedimientos, sobre todo en materia criminal», para argumentar la constitucionalidad de una decisión de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (confirmada en casación por el Tribunal Supremo) en cuya virtud se permitió al Fiscal la proposición de nuevas pruebas personales de forma extemporánea a lo previsto en el procedimiento ordinario por delitos graves; de este modo, se entiende que no causó indefensión ni es irrazonable una interpretación de la norma procesal que extiende al procedimiento ordinario una previsión legalmente establecida en

el procedimiento abreviado, que autoriza a la proposición de nuevas pruebas para su práctica en el juicio oral hasta el inicio del plenario: entiende el Tribunal Constitucional que no sería razonable que no pueda interpretarse una norma reguladora del procedimiento ordinario no modificada desde la promulgación de la LECrim. en la forma realizada; es conforme con la Constitución la extensión al viejo procedimiento ordinario de una previsión legal más moderna, regulada en el procedimiento abreviado, y que atiende a la voluntad del legislador de «potenciar la concentración, la oralidad y, en suma, un incremento de garantías» en el proceso penal, valores todos ellos constitucionales; «es claro que ninguna de tales razones puede ser calificada como arbitraria o fruto del mero voluntarismo, ni tampoco manifiestamente irrazonable o errónea; debiendo recordarse, además, que ni la solicitud de nuevas pruebas por parte del Ministerio público ni, con ello, su admisión por parte del órgano judicial, fue caprichosa o fruto del error o negligencia del primero, sino que estuvo motivada porque con posterioridad al trámite de conclusiones provisionales se dictó una Sentencia de la Audiencia Nacional que juzgaba al recurrente por otros hechos».

III. LA MOTIVACIÓN DE LAS SENTENCIAS

Por último, la doctrina constitucional sobre el deber de motivación de las sentencias no ha experimentado cambios reseñables en el periodo analizado, manteniéndose dentro de los parámetros vigentes, tanto en cuanto a su contenido como a su vinculación con el derecho fundamental a la motivación de las resoluciones judiciales del art. 24.1 CE (SSTC 262/2015, de 14 de diciembre, FJ 3; 182/2011,

de 21 de noviembre, FJ 3), sea explícita o implícita (STC 133/2013, de 5 de junio, FJ 5; 51/2009, de 23 de febrero, FJ 2; 9/2009, de 12 de enero, FJ 2, en materia de condena en costas) de forma que, por parca que sea, se evite el mero voluntarismo selectivo o la pura arbitrariedad (STC 105/2012, de 11 de mayo, FJ 5); se insiste en que la motivación permite conocer las razones de la decisión y posibilita su control mediante el sistema de los recursos (entre muchas, STC 56/2013, de 11 de marzo, FJ 2), incluso en el caso de sentencias absolutorias, por Tribunal profesional o por un Jurado (STC 112/2015, de 8 de junio, FJ 5); ocurre igualmente con la exigencia del canon reforzado cuando están en juego otros derechos fundamentales (SSTC 182/2012, de 17 de octubre, FJ 8; 179/2011, de 21 de noviembre, FJ 5) o en sentencias penales de condena (SSTC 91/2009, de 20 de abril, FJ 7; 21/2008, de 31 de enero, FJ 3). El control constitucional de la motivación no puede ser un mero control de la discrepancia (STC 105/2012, de 11 de mayo, FJ 5), pues de ser así se desvirtuaría el sentido del recurso de amparo, reservado al control de motivaciones manifiestamente irrazonables, arbitrarias o incursas en error patente, pues de lo contrario la aplicación de la legalidad sería una mera apariencia (SSTC 136/2010, de 2 de diciembre FJ 2; 66/2010, de 18 de octubre, FJ 2).

La STC 26/2009, de 26 de enero, FJ 2, niega el derecho al acierto judicial en la interpretación de las normas aplicadas, siempre que la realizada tenga cabida razonable en la disposición legal.

No se advierte doctrina en relación con la exigencia de que las sentencias se pronuncien en audiencia pública, manteniéndose por tanto la fijada en el ATC 68/1996, de 25 de marzo.

BIBLIOGRAFÍA

CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., *Del principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

GARCÍA-PERROTE FORN, M.^a E., *Los juicios paralelos: la incidencia de la publicidad del proceso penal en los derechos fundamentales*, Atelier, Barcelona, 2017.

GONZÁLEZ GARCÍA, J. M.^a, «Entre el derecho de defensa y el derecho a la información: viejas y nuevas cuestiones sobre la publicidad de las actuaciones del proceso penal», *Revista del Poder Judicial*, núm. 80, 2005, págs. 55-105.

- «Las relaciones entre el proceso penal y los medios de comunicación en el Anteproyecto de Código Procesal Penal de 2013: el deber de reserva sobre las actuaciones en la fase de investigación», *La Ley Penal*, núm. 104, septiembre-octubre 2013, págs. 10-18.
- «Una aproximación a la regulación del secreto y la publicidad de las actuaciones en el Borrador de Código Procesal Penal de 2013: del secreto de la investigación a los juicios paralelos», en MORENO CATENA (Dir.), *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 597-621.

SÁNCHEZ ROMERO, R., *La garantía jurisdiccional de inmediatez en la segunda instancia penal (revocación de las sentencias absolutorias o agravación de las condenatorias dictadas en primera instancia fundamentadas en las pruebas personales)*, Dykinson, Madrid, 2017.

SUAU MOREY, J., *Inmediatez y apelación en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 2010.

Artículo 121

Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la Ley.

Sumario: I. Naturaleza del Derecho. II. Derecho de configuración legal. Distintos supuestos. III. Concepto de error judicial. 1. Aproximación al concepto de error judicial: jurisprudencia del TS. 2. Concepto de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. Dilaciones indebidas.

MARÍA ISABEL PERELLÓ DOMÉNECH
MAGISTRADA DEL TRIBUNAL SUPREMO

I. NATURALEZA DEL DERECHO

El derecho a la indemnización por error judicial se reconoce en el art. 121 de la Constitución de 1978, que dispone «Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la Ley».

Este precepto consagra la **garantía institucional de la responsabilidad patrimonial del Estado** por el funcionamiento de la Administración de Justicia de manera directa y objetiva (DÍEZ-PICAZO, 1991, 63). La gran aportación del art. 121 CE a la regulación de la responsabilidad del Estado-Juez es el establecimiento de su **carácter objetivo** (ACOSTA GALLO, 2005, 228) que implica la superación de la culpa como fundamento jurídico de la responsabilidad de la Administración, con la finalidad de reparar los daños al perjudicado por los actos de la Administración de Justicia. La única responsabilidad que se admitía con anterioridad a la CE era la personal del Juez que se contemplaba en la Ley Orgánica del

Poder Judicial de 1870, vigente hasta su derogación en 1985. Con el art. 121 CE el derecho al resarcimiento por el funcionamiento de la Administración de Justicia se configura de una forma similar al resarcimiento por los daños causados por cualquier otro tipo de servicio público, siendo irrelevante la culpa en la actuación judicial.

El art. 121 CE reconoce un **verdadero derecho subjetivo a la reparación por los daños** causados por la Administración de Justicia, pero no lo caracteriza como un derecho fundamental. En la STC 40/1988, el Tribunal Constitucional indica que «la CE configura la indemnización por error judicial o funcionamiento anormal de la Administración de Justicia como un derecho, no lo configura como, por ejemplo, la Constitución Italiana como un derecho fundamental lo que hace imposible su alegación y su resolución en vía de amparo. Es por ello que el Tribunal ha declarado en múltiples ocasiones que el derecho a ser indemnizado por los daños que sean consecuencia del anómalo funcionamiento de la Justicia reconocido en el art. 121 CE y desarrollado en los arts. 292 y ss. LOPJ no tiene

el carácter de derecho fundamental protegible a través del recurso de amparo» (SSTC 50/1989, 81/1989, 128/1989, 57/1990 y 114/1990, 114/1992, 69/1993). Aun cuando no se trata de un derecho fundamental, el derecho del art. 121 CE guarda cierta **conexión con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva** y, si bien persiguen distinta finalidad, estos derechos no se encuentran desvinculados uno del otro. Así lo afirma la doctrina (ACOSTA GALLO, 2005, 110), que advierte que cuando se produce el error judicial se está lesionando la **efectividad** de la tutela judicial, pues el Juez o Tribunal a los que corresponde tutelar los derechos del justiciable acaba por perjudicarlo. De igual modo MARTÍN REBOLLO, 1983, 172, considera que el art. 121 CE es una *derivación indirecta* del art. 24 CE. A diferencia del derecho fundamental reconocido en el art. 24 CE, que puede invocarse en el recurso de amparo, el derecho del art. 121 CE es de naturaleza patrimonial, reparador del daño material o moral causado al justiciable, siempre y cuando el daño revista las características a las que se refiere el art. 292 LOPJ para la viabilidad de la indemnización. La distinción se pone de manifiesto en la STC 114/1990, en la que el Tribunal Constitucional declara que «el derecho a la indemnización del art. 121 CE no tiene el carácter de derecho fundamental *ni supone sin más la concreción del derecho a la tutela judicial efectiva* (sin perjuicio de que pueda constituir una forma de reparación en caso de vulneración de derechos reconocidos en el art. 24 CE) lo que hace imposible, de conformidad con los arts. 53.2 CE y 41.1 LOTC su alegación y resolución en esta vía de amparo». En la STC 36/1984 el Tribunal indica que la diferente naturaleza determina que el error judicial pueda incidir en el derecho a la tutela judicial efectiva, pues una resolución judicial errónea o adoptada mediando error notorio puede constituir un supuesto indemnizable *ex art.* 121 CE y a la vez infringir el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE. Por tal razón en los casos en que se trate de un error relevante el perjudicado por una actuación judicial erró-

nea puede acudir de forma simultánea a dos diferentes cauces independientes y paralelos: el del error judicial del art. 293 LOPJ y el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Cada una de estas vías presenta distinta finalidad, pues el proceso que deriva del art. 121 CE y se desarrolla en la LOPJ, se diseña precisamente con la exclusiva y específica finalidad de obtener una declaración sobre el derecho a la indemnización, sin incluir un pronunciamiento con alcance anulatorio sobre la actuación judicial en la que está involucrado el error. Por su parte, el recurso de amparo tiene un efecto anulatorio de la resolución adoptada mediando error en cuanto vulnera el derecho fundamental del art. 24 CE. A través del amparo es posible obtener un pronunciamiento de anulación por cuanto el error judicial presenta trascendencia constitucional y menoscaba el art. 24 CE, como ocurre con el error patente o notorio en el examen del supuesto de hecho o en el razonamiento del órgano judicial, pero no es posible obtener en esta vía un reconocimiento sobre la indemnización derivada de tal error. En esta concepción, el recurso de amparo no se perfila como una forma de constatación y declaración del error que autorice al que ha obtenido el reconocimiento para interesar directamente una indemnización ante la administración con arreglo al art. 54 LOTC. Una sentencia estimatoria del amparo apreciando un error judicial carece, en principio, de eficacia declarativa suficiente o, en otras palabras, no constituye un título habilitante para instar directamente la reclamación patrimonial ante el Ministerio de Justicia. Pues, tras el pronunciamiento constitucional declarando la vulneración del art. 24 CE por advertir error judicial, será necesario, además, acudir al proceso específico de declaración del error ante el Tribunal Supremo, lo que resulta, a juicio de la doctrina, sorprendente (HERNÁNDEZ MARTÍN y otros, 1994, 60) y propugna que la Sentencia constitucional que otorgue el amparo frente a un error judicial tenga eficacia declarativa suficiente para iniciar la reclamación administrativa con arreglo al art. 293.2 LOPJ.

II. DERECHO DE CONFIGURACIÓN LEGAL

Como se desprende de su tenor literal, el art. 121 CE comprende la expresión «conforme a la Ley», siendo así que el derecho a la indemnización exigía necesariamente un ulterior desarrollo legislativo. En la STC 54/1990 se indica que el art. 121 CE es un precepto que reconoce un derecho y que expresamente se remite a la ley para concretar los aspectos específicos de su ejercicio. El amplio margen otorgado al legislador ordinario se ejerció a través de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante, LOPJ). La Ley Orgánica regula la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia, en los arts. 292 a 297. El lapso temporal entre la CE de 1978 y la promulgación de la LOPJ de 1985 suscitó la cuestión de la **aplicabilidad directa del art. 121 CE**, y dio lugar a cierta jurisprudencia constitucional. Así, en la STC 36/1984 el TC declara que aun cuando el derecho a ser indemnizado puede resultar del mandato del art. 121 CE, no es en sí mismo un derecho invocable en la vía del amparo constitucional; la lesión del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas genera, por mandato de la Constitución, cuando no puede ser remediada de otro modo, un derecho a ser indemnizado por los daños que tal lesión produce. La Ley podrá regular el alcance de tal derecho y el procedimiento para hacerlo valer, pero su existencia misma nace de la Constitución. En la STC 40/1988, de 10 de marzo, parece rechazarse la aplicabilidad directa del art. 121 CE, pues el Tribunal Constitucional afirma que «se trata de un precepto que no es de aplicación directa, pues como su propio tenor literal determina (conforme a la ley) exige un desarrollo legislativo solo producido en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial», desestimando seguidamente la pretensión relativa al reconocimiento en sede constitucional del pretendido derecho a indemnización o al impulso a los órganos jurisdiccionales del Estado tendente a que tal derecho fuera reconocido en la vía judicial.

El desarrollo de la Ley Orgánica del Poder Judicial contempla propiamente los supuestos de responsabilidad patrimonial por el anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, quedando fuera de esta regulación, pues, los daños ocasionados por el funcionamiento *normal* de la Administración de Justicia y los que tengan su origen en el anormal funcionamiento del Tribunal Constitucional. En efecto por su difícil encaje constitucional, al no tener cabida en los supuestos contemplados en el art. 121 CE y dada la falta de regulación legal, surgió la controversia sobre la responsabilidad patrimonial del Estado por las actuaciones del Tribunal Constitucional. El Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo se pronunció sobre un supuesto de retraso en el que había incurrido el Tribunal Constitucional en la tramitación de un incidente de recusación en el seno de un recurso de amparo en la Sentencia de 26 de noviembre de 2009. Esta sentencia se dicta sin que existiera regulación de la responsabilidad, lo que obligó a realizar una interpretación de la legislación partiendo de la Constitución. Admitió el TS la posibilidad de resarcimiento de los daños ocasionados por un funcionamiento anormal del Tribunal Constitucional por no resolver el recurso en plazo razonable, declarando la existencia de un funcionamiento anormal por dilaciones indebidas.

La Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, introdujo el art. 139.5.º de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, contempla por vez primera la responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal del Tribunal Constitucional —siempre y cuando así las aprecie el propio TC— y limitada a los recursos de amparo y de las cuestiones de inconstitucionalidad. El procedimiento para fijar el importe de las indemnizaciones se remite al Ministerio de Justicia, con audiencia del Consejo de Estado.

En posteriores Sentencias de la Sala Tercera del TS de 16 de septiembre de 2014 y 29 de

septiembre de 2014 se ha examinado la responsabilidad patrimonial por el funcionamiento anormal del Tribunal Constitucional por dilaciones indebidas, por el retraso del TC al resolver sendos recursos de inconstitucionalidad, rechazando el TS la reclamación y razonando la exclusión del recurso de inconstitucionalidad de la posibilidad de declaración de funcionamiento anormal del Tribunal Constitucional estaba justificada.

El art. 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, contempla además de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador, la responsabilidad patrimonial por el funcionamiento anormal del TC en la tramitación de los recursos de amparo o cuestiones de inconstitucionalidad, estableciendo una doble fase, una ante el propio TC, que declarara la existencia o no del funcionamiento anormal, y la segunda que se desarrolla ante el Ministerio de Justicia. Dispone dicho precepto, bajo el título «Principios de la responsabilidad», en su ap. 8.º la exigencia de que el Tribunal Constitucional haya declarado, a instancia de parte interesada, la existencia de un funcionamiento anormal en la tramitación de los recursos de amparo o de las cuestiones de inconstitucionalidad, siendo el Consejo de Ministros el que fijara el importe de la indemnización, tras la tramitación del procedimiento por el Ministerio de Justicia, con audiencia del Consejo de Estado.

Distintos supuestos:

La LOPJ distingue diferentes supuestos para hacer derivar de ellos consecuencias de distinto alcance. El primero de los preceptos, art. 292 LOPJ, reconoce la responsabilidad patrimonial en los siguientes términos: «Los daños causados en cualesquiera de los bienes o derechos por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia dará a todos los perjudicados, derecho a una indemnización a cargo del Estado, salvo en casos de fuerza mayor con arreglo a lo dispues-

to en este título». **Distingue la Ley los supuestos de responsabilidad del Estado imputable a error judicial y los originados por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia**, así como la responsabilidad por prisión provisional una vez que se ha dictado sentencia absolutoria por inexistencia del hecho imputado o auto de sobreseimiento libre por esta misma causa (art. 294.1 LOPJ).

La distinción entre el error judicial y el funcionamiento anormal es compleja, pues como indica la doctrina (DÍEZ-PICAZO, 1990, 142) todo error judicial comporta en cierta manera un funcionamiento anormal del órgano jurisdiccional que lo comete, es decir, parece que el funcionamiento anormal sea el género y el error judicial una especie y que el error judicial es más restringido que el funcionamiento anormal (MARTÍN REBOLLO, 1986, 137 y 138). Tesis que es seguida en la STC 56/1990 cuando afirma que el art. 121 CE se refiere específicamente a uno de los supuestos de acciones que puede provocar responsabilidad judicial: el error judicial y una referencia genérica a los demás supuestos que se resumen en el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

El fundamento de la distinción del error y el funcionamiento anormal lo encuentra DÍEZ-PICAZO (1991, 142) en que el error judicial entraña siempre una actividad de juicio o en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales, lo que comporta ciertas garantías y requisitos a la hora de declarar el error. Por su parte, HERNÁNDEZ MARTÍN (1994, 74) considera que el fundamento último de la distinción se encontraría en la independencia del Poder Judicial ya que un error cometido por un Juez solo puede ser declarado por otro órgano judicial y no cabe su apreciación por la administración. Por su parte, COBREROS MENDAZONA (*RAP*, núm. 177, 2008), indica que el criterio de distinción más claro es uno predominantemente formal: corresponderá al ámbito del error judicial la reparación del daño que se produzca en una resolución judicial (obviamente, en el ejerci-

cio de funciones jurisdiccionales). El funcionamiento anormal de la Administración de Justicia quedará para los restantes casos». Y delimita este último concepto de funcionamiento anormal refiriendo que «habrán de incluirse las actuaciones que, no consistiendo en resoluciones judiciales erróneas en la aplicación del Derecho, se efectúen en el ámbito propio de la actividad necesaria para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado o para garantizar jurisdiccionalmente algún derecho».

El TS establece la línea divisoria entre ambos conceptos al diferenciar entre el supuesto más genérico de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia y el más específico del error judicial, subdistinguiendo en este último el caso de la privación de libertad indebidamente acordada. La distinción en la práctica es muy casuística, más si se toma en consideración que las actuaciones judiciales se desenvuelven a través de un procedimiento en el que se adoptan sucesivas decisiones. En la distinción es relevante el sujeto del que proviene el daño, si proviene de Jueces y Magistrados en el ejercicio de la función jurisdiccional, se trataría de error judicial; si tiene su origen en la actuación de los funcionarios se trataría de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. En suma, a diferencia del error judicial, hay funcionamiento anormal de la Administración de Justicia cuando no existe una resolución judicial que directamente prive de bienes o derechos a un perjudicado o le imponga indebidamente obligaciones o gravámenes y las actuaciones procesales hayan generado daños injustificados, siendo trascendente la imputación del error al juez o al personal del órgano judicial.

Las Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2014 (rec. 5768/2011) y de 23 de enero de 2015 (rec. 3210/2012), distinguen los supuestos de error judicial del de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. Declara el TS:

«No cabe duda de que el funcionamiento anormal de la Administración

de Justicia está sujeto en nuestro Ordenamiento Jurídico a un tratamiento diferenciado respecto del error judicial. Mientras la indemnización por causa de error debe ir precedida de una decisión judicial que expresamente lo reconozca, a tenor del art. 293.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la reclamación por los daños causados como consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia no exige una previa declaración judicial, sino que se formula directamente ante el Ministerio de Justicia, en los términos prevenidos en el art. 292 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

A efecto de delimitar los distintos contornos de uno y otro instituto que dan lugar a la responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, que “El error judicial consiste, en los términos que ha reconocido la jurisprudencia (sentencias de 16 de junio de 1995, 6 de mayo de 1996, 26 de junio de 1996 y 13 de julio de 1.99, entre otras) en la desatención del juzgador a datos de carácter indiscutible en una resolución que rompe la armonía del orden jurídico o en la decisión que interpreta equivocadamente el ordenamiento jurídico, si se trata de una interpretación no sostenible por ningún método interpretativo aceptable en la práctica judicial”. El funcionamiento anormal abarca, por su parte, cualquier defecto en la actuación de los Juzgados y Tribunales, concebidos como complejo orgánico en el que se integran diversas personas, servicios, medios y actividades. Del funcionamiento anormal se extrae un supuesto específico, el de error judicial, para seguir un tratamiento jurídico separado.»

En la STS de 9 de octubre de 2012 se establece la diferencia en los siguientes términos: la

imputación del perjuicio a un acto judicial equivocado es precisamente, según una muy consolidada jurisprudencia el criterio central para distinguir el error judicial del mero funcionamiento anormal de la Administración de Justicia mientras que este se refiere genéricamente a las irregularidades y deficiencias en que pueda incurrir el servicio público de la justicia, aquel consiste específicamente en actos judiciales. Véanse en este sentido, entre muchas otras, las sentencias de esta Sala de 13 de julio de 1999, 14 de noviembre de 2000 y 13 de octubre de 2001.

En cuanto al funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, ha de entenderse como tal la actuación «incorrecta o defectuosa», aunque no concurra culpa, excluyéndose en todo caso el funcionamiento normal de la Administración de Justicia, aunque pueda generar daños. Sobre el alcance y significado del concepto «Administración de Justicia» del art. 121 CE, parte de la doctrina (MARTÍN REBOLLO, 1987, 155 a 157) se inclina por considerar como tal exclusivamente la actividad jurisdiccional del órgano judicial, mientras que la actividad no jurisdiccional habría de reconducirse al régimen general de responsabilidad del Estado por funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos del art. 106.2 CE. Otro sector doctrinal (GODED MIRANDA, 1983, 330) sostiene que en este concepto cabe incluir los daños debidos a la actividad jurisdiccional como los generados por la actividad no jurisdiccional. El Tribunal Supremo ha venido interpretando que cuando el evento dañoso es consecuencia de la actividad materialmente administrativa del órgano judicial, es de aplicación el régimen general de la responsabilidad. La inclusión en una u otra categoría determina la diferencia de su tramitación.

En cuanto al procedimiento para exigir responsabilidad por error judicial, se contemplan dos fases sucesivas, siendo presupuesto necesario la declaración de error por parte del Tribunal Supremo. La Sentencia del TS se limita a declarar si existe o no error judicial, pero sin cuantificar la indemnización corres-

pondiente. Una vez obtenido el pronunciamiento declarativo del error, será necesario reclamar la indemnización al Ministerio de Justicia, al que corresponde comprobar los demás requisitos exigibles y tramitar la solicitud de acuerdo con las normas de la responsabilidad administrativa.

En el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, la tramitación resulta más ágil en la medida que no es necesaria la obtención de la previa declaración de error por parte de un órgano judicial. El perjudicado se dirige directamente al Ministerio de Justicia, tramitándose la solicitud con arreglo las normas reguladoras de la responsabilidad patrimonial del Estado, contra la decisión que se adopte cabe recurso contencioso-administrativo.

Finalmente, en lo que respecta a la responsabilidad patrimonial por prisión indebida del art. 294 LOPJ, debe señalarse que con las SSTs de 23 de noviembre de 2010 (recursos núms. 1908/2006 y 4288/2006) el TS inició un cambio de su línea jurisprudencial en los supuestos de reclamación de responsabilidad por el funcionamiento de la Administración de Justicia derivada de sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre en procesos en los que el recurrente había sido objeto de prisión provisional.

A raíz de la STEDH de 13 de julio de 2010, asunto *Tendam c. España*, que declaró que España había violado el art. 6.2 del Convenio que reconoce el derecho de toda persona a la presunción de inocencia hasta que la culpabilidad haya sido legalmente declarada, se abandona la interpretación extensiva del art. 294 LOPJ que se reconduce a sus estrictos límites en el sentido literal establecido, que es el siguiente:

«1. Tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios.»

Y razona el TS que cuando la sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento libre derive de otras circunstancias apreciadas por el juez penal, caso de una sentencia absolutoria por falta de prueba, o la aplicación del *in dubio pro reo* ha de acudirse a la vía del art. 293 LOPJ, absolutamente distinta de la establecida en el art. 294.

Se afirma en las sentencias citadas: «En estas circunstancias se hace preciso revisar ese criterio jurisprudencial sobre la inexistencia subjetiva del hecho y su inclusión entre los supuestos amparados por el art. 294 de la LOPJ, a cuyo efecto no puede perderse de vista que la interpretación y aplicación del indicado precepto ha de mantenerse, en todo caso, dentro de los límites y con el alcance previstos por el legislador, que en modo alguno contempla la indemnización de todos los casos de prisión preventiva que no vaya seguida de sentencia condenatoria, como se ha indicado antes, ni siquiera de todos los casos en los que el proceso termina por sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre, planteamiento que, por lo demás y según se desprende de las referidas sentencias del TEDH, no supone infracción del art. 6.2 del Convenio, pues, como se indica en las mismas, ni el art. 6.2 ni ninguna otra cláusula del Convenio dan lugar a reparación por una detención provisional en caso de absolución y no exigen a los Estados signatarios contemplar en sus legislaciones el derecho a indemnización por prisión preventiva no seguida de condena.

No cabe, por lo tanto, entender que, atendiendo al criterio sentado por el TEDH en dichas sentencias, basta prescindir de la argumentación acerca de la acreditación de la falta de participación del imputado en los hechos objeto de enjuiciamiento civil, que se refleje en la sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre, y considerar que al margen de ello, producidas tales resoluciones penales surge el derecho a la indemnización al amparo del art. 294 de la LOPJ, pues es claro que no es esa la voluntad del legislador plasmada

en el precepto, como se ha puesto de manifiesto en todo momento por la jurisprudencia de esta Sala, ni viene impuesta por otro precepto de derecho interno o del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

No ha de perderse de vista que, como ya hemos indicado al principio, el art. 294 de la LOPJ contempla un supuesto específico de error judicial, que no está sujeto a la previa declaración judicial del mismo exigida con carácter general en el art. 293 de la LOPJ, configurando un título de imputación de responsabilidad por el funcionamiento de la Administración de Justicia, consistente en la apreciación de error judicial en la adopción de la medida cautelar de prisión provisional, que el legislador entiende que se revela cuando la resolución penal de absolución o sobreseimiento libre se produce «por inexistencia del hecho imputado» y no de manera genérica o en todo caso de absolución o sobreseimiento libre».

Y sigue razonado que «no se ofrece a la Sala otra solución que abandonar aquella interpretación extensiva del art. 294 de la LOPJ y acudir a una interpretación estricta del mismo, en el sentido literal de sus términos, limitando su ámbito a los supuestos de reclamación de responsabilidad patrimonial con apoyo en sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre «por inexistencia del hecho imputado», es decir, cuando tal pronunciamiento se produzca porque objetivamente el hecho delictivo ha resultado inexistente, entendida tal inexistencia objetiva en los términos que se han indicado por la jurisprudencia de esta Sala, a la que sustancialmente se ha hecho referencia al principio de este fundamento de derecho, que supone la ausencia del presupuesto de toda imputación, cualesquiera que sean las razones a las que atienda el Juez penal».

Es evidente que con dicho cambio de doctrina quedan fuera del ámbito de la responsabilidad patrimonial amparada por el art. 294 de

la LOPJ aquellos supuestos de inexistencia subjetiva que hasta ahora venía reconociendo la jurisprudencia anterior, pero ello resulta impuesto por el respeto a la doctrina del TEDH que venimos examinando junto a la mencionada imposibilidad legal de indemnizar siempre que hay absolución. Por otra parte, ello no resulta extraño a los criterios de interpretación normativa si tenemos en cuenta que, como hemos indicado al principio, el tantas veces citado art. 294 LOPJ contiene un supuesto específico de error judicial, que queda excepcionado del régimen general de previa declaración judicial del error establecida en el art. 293 de dicha LOPJ y aparece objetivado por el legislador, frente a la idea de culpa que late en la regulación de la responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de la Administración de Justicia en cuando viene referida al funcionamiento anormal de la misma, por lo que una interpretación estricta de sus previsiones se justifica por ese carácter singular del precepto.

Ha de añadirse que ello no supone dejar desprotegidas las situaciones de prisión preventiva seguida de sentencia absolutoria o sobreseimiento libre, que venían siendo indemnizadas como inexistencia subjetiva al amparo de dicho precepto, sino que con la modificación del criterio jurisprudencial tales reclamaciones han de remitirse a la vía general prevista en el art. 293 de la LOPJ.

III. CONCEPTO DE ERROR JUDICIAL

No existe una definición legal del concepto de error judicial, se trata de una fórmula sin contenido concreto, pues ni el art. 121 CE ni la regulación de la LOPJ aportan elementos determinantes del mismo. Se trata de un **concepto jurídico indeterminado**, su apreciación exige que el juzgador realice una valoración de los elementos concurrentes en el caso concreto, como se declara en la STS de 9 de abril de 2002 (Sala 2.^a) correspondiendo a los Tribunales determinar casuísticamente su contenido. La única aproximación

legal a este concepto deriva de lo que en negativo se indica en el art. 292.3 LOPJ que delimita lo que *no* es error judicial cuando dispone que «la mera revocación o anulación de las resoluciones judiciales no presupone por sí sola el derecho a la indemnización».

En la doctrina se han utilizado diferentes definiciones del contenido del error judicial, algunos autores consideraron inicialmente que podía incluirse exclusivamente como indemnizable el error de hecho, no obstante la mayor parte (ESCUSOL BARRA, 1989, 231) sostiene que el error puede derivar tanto de la **apreciación incorrecta de los hechos como de la aplicación injusta del derecho**, admitiendo, en consecuencia, en este concepto tanto el error de hecho como de derecho, siendo este criterio amplio el seguido por la jurisprudencia. Las reiteradas Sentencias del TS admiten como error el desajuste con los hechos como las contradicciones de derecho.

DÍEZ-PICAZO (1990, c14), declara que la LOPJ ha recogido un concepto amplísimo de error judicial, en el que se incluye el cometido por cualquier órgano de cualquier orden jurisdiccional plasmado en una resolución judicial y en cualquier tipo de proceso jurisdiccional. Por su parte, HERNÁNDEZ MARTÍN (1994, 81) considera como tal cualquier equivocación de un Juez o un Magistrado cometida en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, de la que derive un daño. La jurisprudencia ha venido considerando tanto los errores de hecho como de Derecho, declarando que para apreciar el error es necesario que se haya dictado una resolución judicial **manifiestamente equivocada, cuyos perjuicios causen directamente, por sí mismos, daño en los bienes o derechos de una persona** excluyendo del error los daños causados por actuaciones procesales. Así, el TS ha seguido un criterio restrictivo, y ha venido entendiendo que no cualquier error puede generar el reconocimiento de una indemnización, sino solo aquel error que es patente, evidente y manifiesto. En suma, se admite el error judicial en supuestos en que se presenta una ruptura clara y patente con la necesaria

armonía judicial como consecuencia de decisiones absurdas e ilógicas, cuando se omiten pruebas trascendentales en el fallo o se incurre en equivocación manifiesta y palmaria contraria a derecho y no se consideran como tal las discrepancias jurídicas como se pone de manifiesto en la Sentencia de 7 de diciembre de 2006 de la Sala Especial del art. 61 LOPJ.

Por su parte, y de forma ajena al proceso indemnizatorio del error judicial del art. 121 CE, el **Tribunal Constitucional** ha dictado Sentencias en recursos de amparo en las que realiza una aproximación al concepto del error, desde la perspectiva constitucional, esto es, en su labor de constatación del error y su eventual trascendencia por afectar al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Así, ha aceptado como tal el error la inadecuación o **error lógico en el razonamiento judicial** (STC 184/1992) o un error notorio y patente respecto al supuesto de hecho que sirve de soporte a la Sentencia que puede traducirse en una decisión lesiva al derecho fundamental garantizado en el art. 24 CE (STC 55/1993). Finalmente es necesario que el error produzca efectos negativos en la esfera del ciudadano y que no sea imputable a su negligencia y, por último, que el error sea determinante de la decisión adoptada, que constituya el soporte de la resolución judicial, de manera que, constatada su existencia, la fundamentación jurídica pierda el sentido y alcance que la justificaba y no pueda conocerse cuál hubiera sido el sentido de la resolución de no haberse incurrido en el mismo (SSTC 124/1993, 63/1998, 165/1999).

1. El concepto de error judicial: jurisprudencia del TS

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido subrayando que el proceso de error judicial regulado en el art. 293 LOPJ no es una tercera instancia o casación encubierta en la que el recurrente pueda insistir ante otro Tribunal en el criterio ya rechazado anteriormente, indicando que este proceso solo puede ser instado con éxito cuando el órgano judicial haya incu-

rrido en una «equivocación manifiesta y palmaria en la aplicación de los hechos o en la interpretación o aplicación de la ley».

En esta línea el TS viene declarando que no toda posible equivocación puede conceptuarse como error judicial y ha considerado como tal aquellos supuestos especiales cualificados en los que se aprecie un error patente, indubitado, incontestado o flagrante, que haya provocado conclusiones fácticas o jurídicas ilógicas, irracionales, esperpénticas o absurdas. Así, ha señalado el Tribunal en relación al error judicial en la aplicación de la ley que solo cabe su aplicación cuando el órgano judicial haya actuado abiertamente fuera de los cauces legales, realizando una aplicación del derecho basada en normas inexistentes o entendidas fuera de todo sentido.

En fin, el TS aprecia que no hay error judicial cuando el Tribunal mantiene un criterio racional y explicable dentro de las normas de la hermenéutica jurídica, ni cuando se trata de interpretaciones jurídicas que, acertada o equívocamente, obedezcan a un proceso lógico, puesto que no es el desacierto lo que trata de corregir la declaración de error judicial, sino la desatención, la desidia, o falta de interés jurídico, conceptos introductores de un factor de desorden originador del deber, a cargo del Estado, de indemnizar los daños causados directamente, sin necesidad de declarar la culpabilidad del juzgador [SSTS 16 de diciembre 2010 (recurso 125/2009), 9 de julio de 2008 (recurso 67/2007) y 12 de marzo de 2007 (recurso 18/2004), entre otras].

La Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2018 sintetiza, en su fundamento octavo, la doctrina jurisprudencial sobre las notas o características que ha de revestir la equivocación imputada a una resolución judicial para que pueda ser calificada de error judicial. Tras indicar que el procedimiento sobre el error judicial tiene por objeto constatar si la resolución jurisdiccional cumple con los parámetros de lógica y razonabilidad que resultan inexc-

sables en toda decisión judicial y responde a un criterio hermenéutico o aplicativo que, pese a que pueda ser objeto de polémica, es reconducible a alguno de los que tiene reconocidos el ordenamiento jurídico, define el error judicial en los siguientes términos:

«solo merece la estricta calificación de error judicial aquel que de manera ostensible e indubitada exteriorice un desconocimiento del ordenamiento jurídico, por la falta de aplicación de la norma que necesariamente haya de ser observada en el caso litigioso o por su arbitraria vulneración.»

Y a continuación resume las pautas jurisprudenciales extraídas de las sentencias dictadas por la Sala Especial del art. 61 de la LOPJ, la Sala Segunda y la Sala Primera, exponiendo:

«Que en el proceso de error judicial no se trata de evaluar el desacierto de una decisión judicial sino el mantenimiento de la misma dentro de los límites de la lógica y la razonabilidad en la apreciación de los hechos y en la interpretación del derecho, de tal forma que solo un error craso, evidente e injustificado puede dar lugar a la declaración de un error judicial, pues este procedimiento no es una nueva instancia en la que el recurrente pueda insistir en el criterio y posición que ya le fue desestimado (STS de 11 de marzo de 2009, Sala del artículo 61 LOPJ, Procedimiento núm. 9/2008).

Que las notas para que pueda ser apreciado un error judicial vienen a ser estas: que sea patente, indubitado e incontestable (STS de 4 de julio de 2005, Sala del artículo 61 LOPJ, Procedimiento núm. 5/2004).

Que solo puede prosperar cuando la posible falta de adecuación entre lo que debió resolverse y lo que se resolvió sea tan ostensible y clara que

cualquier persona versada en derecho pudiera así apreciarlo, sin posibilidad de que pudiera reputarse acertada desde algún punto de vista defendible en Derecho (STS de 8 de mayo de 2000, Sala Segunda, Demanda núm. 1490/1999).

Que consiste en el desconocimiento palmario del ordenamiento jurídico y, por ello, en la patente falta de aplicación de la norma aplicable al caso o en la conculcación arbitraria de la misma (STS de 9 de abril de 2002, Sala Segunda, Procedimiento núm. 3370/2000).

Que no existe error judicial cuando el tribunal mantiene un criterio racional y explicable dentro de las normas de la hermenéutica jurídica (STS de 4 de julio de 2005, Sala del artículo 61 LOPJ, Procedimiento núm. 5/2004).

Que el error judicial se reserva a decisiones injustificables desde el punto de vista del derecho (STS de 7 de abril de 2000, Sala Primera, Recurso núm. 3898/1998).

Y que las líneas generales sobre el error judicial parten de la idea fundamental de que la vía que establecen los arts. 292 y 293 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no es un nuevo cauce para examinar críticamente las conclusiones de una resolución judicial firme de la que se discrepa, sino que es únicamente un medio para hacer posible la reparación de un daño que ha sido provocado por una decisión judicial que de forma manifiesta e incuestionable ha incurrido en un enjuiciamiento equivocado (STS de 4 de julio de 2005, Sala del artículo 61 LOPJ, Procedimiento núm. 5/2004).

Y a modo de resumen, realiza las siguientes puntualizaciones sobre el enjuiciamiento que ha de ser realizado

en los procedimientos jurisdiccionales sobre error judicial:

- a) el objeto del mismo son las concretas resoluciones judiciales frente a las que haya sido planteada la demanda de error judicial, no la controversia o litigio que por ellas fue decidido (el actual procedimiento, como ya se ha dicho, no es una nueva instancia ni un recurso procesal);
- b) su finalidad es determinar si es de advertir en esas resoluciones un abandono o ignorancia del ordenamiento jurídico que presente esos elementos de ostensibilidad, carácter indubitable, falta de lógica o arbitrariedad que configuran el error judicial; y
- c) los elementos de conocimiento que han de utilizarse para este específico enjuiciamiento son los obrantes en las propias actuaciones procesales en las que hayan sido dictadas las resoluciones jurisdiccionales cuyo error judicial sea pretendido.»

Exponentes de la jurisprudencia son también las SSTs de 16 de diciembre de 2010 y de 2 de diciembre de 2012, dictadas en los recursos de revisión, en las que se reitera que la calificación de error judicial en el proceso regulado en el art. 293 LOPJ, como consecuencia del mandato del art. 121 CE, es aquel que resulta «clamoroso, manifiesto y palmario». Examina el TS en la primera de las citadas la sentencia del TSJC, y declara que al no haber tomado en consideración el dato de que la sentencia que examinaba había sido revocada, como invocó la parte, y esta falta de consideración determina la existencia de un error indiscutible, que generó una decisión improcedente. En la segunda de las aludidas, el TS analiza la Sentencia que desestima el recurso contra una sanción de tráfico, porque la identificación del conductor del vehículo no se había hecho dentro del plazo de 15 días previsto en la Ley de Tráfico. Aprecia el TS error

al haber obviado el Juzgado las alegaciones de la recurrente que había acreditado en autos que la identificación, en efecto, se había producido dentro de dicho plazo legalmente contemplado. Declara el TS la existencia de error judicial como presupuesto inexcusable de la ulterior acción resarcitoria.

La STS de 18 de enero de 2005 declara la existencia de error judicial en la interpretación de la caducidad realizada por un Juzgado de lo Contencioso, en cuanto no se atuvo a la doctrina legal sobre el cómputo del plazo de caducidad fijada en un recurso de casación en interés de ley (STS de 12 de noviembre de 2001). De modo que —razona el TS— dado el carácter vinculante de la doctrina legal para los Jueces y Tribunales *ex art. 100.7 LJCA* y la propia finalidad del recurso de casación en interés de ley —que atiende a la preservación del principio de seguridad jurídica— lleva a concluir que era obligado para el órgano judicial seguir la interpretación de la caducidad establecida en el recurso de casación en interés de Ley. Concluye el TS que al ignorar el órgano judicial dicha doctrina legal, que había sido invocada por la parte, incurrió en una clara contradicción en relación al plazo de caducidad, declarando el error judicial en la sentencia de instancia.

2. Concepto de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia: dilaciones indebidas

Uno de los supuestos más típicos del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia es el de las dilaciones indebidas, cuya apreciación es muy casuística. En la STS de 26 de octubre de 2010 (recurso núm. 4863/2006) se dice «las dilaciones indebidas no dan derecho a recibir una indemnización por cualesquiera lesiones que el recurrente diga haber sufrido, sino únicamente por aquellas que sean consecuencia de dicho retraso en resolver el litigio, es decir, por aquellas lesiones que no se habrían producido si se hubiera resuelto con la debida prontitud».

La STS de 22 de noviembre de 2011 explica la noción de «dilaciones indebidas» en los siguientes términos «En relación con las dilaciones indebidas, la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1999 dijo esto: partiendo de estos presupuestos, nuestra Sala tiene declarado (Sentencia de 21 de junio de 1996, recurso 5157/1993) que la existencia o no de retraso constitutivo de anormalidad en el funcionamiento de la Administración de Justicia ha de valorarse, en aplicación del criterio objetivo que preside el instituto de la responsabilidad del Estado por el funcionamiento de los servicios públicos, partiendo de una apreciación razonable de los niveles de exigencia que la Administración de Justicia, desde el punto de vista de la eficacia, debe cumplir según las necesidades de la sociedad actual y para alcanzar los cuales los poderes públicos están obligados a procurar los medios necesarios. El simple incumplimiento de los plazos procesales meramente aceleratorios constituye una irregularidad procesal que no comporta, pues, por sí misma, una anormalidad funcional que genere responsabilidad. Si constituye anormalidad, en cambio, una tardanza, tomando en cuenta la duración del proceso en sus distintas fases, que sea reconocida por la conciencia jurídica y social como impropia de un Estado que propugna como uno de sus valores superiores la justicia y reconoce el derecho a una tutela judicial eficaz».

Y sobre la exigencia de la prueba establece el TS que la parte no solo ha de alegar, sino también probar los retrasos injustificados mediante la aportación documental de aquellos particulares del proceso que demuestren su tesis, sin que el Tribunal pueda presumir la dilación indebida en base a la duración global del procedimiento.

En este punto es de observar también que no bastaría una conclusión genérica de dilación indebida ya que para aquilatar la indemnización pertinente se hace imprescindible tener en cuenta la duración normal del procedimiento, que no puede considerarse a los efectos de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados por las dilaciones indebidas, que por ello deben quedar debidamente acreditadas.

La STS de 26 de octubre de 2010 (recurso núm. 4863/2006) declara que «las dilaciones indebidas no dan derecho a recibir una indemnización por cualesquiera lesiones que el recurrente diga haber sufrido, por aquellas lesiones que no se habían producido si se hubiera resuelto con la debida prontitud».

La STS de 17 de diciembre de 2013 (recurso núm. 2610/2011) desestima la pretensión indemnizatoria por la larga tramitación de una causa penal. Y rechaza las consecuencias de la posible equivocación de la Guardia Civil, que, además de no aparecer debidamente acreditada, no puede dar lugar a responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, ya que dicho cuerpo de seguridad, aun siendo un colaborador de la jurisdicción, no está orgánicamente integrado en la Administración de Justicia.

La STS de 24 de noviembre de 2015 (recurso núm.956/2014) estima en parte la reclamación por funcionamiento anormal del Tribunal de Cuentas razonando «el título de imputación de la reclamación efectuada es ciertamente ese ya declarado funcionalmente anormal de la Administración de Justicia, pero por la causa concreta de una dilación indebida, dilación que no se niega por la defensa del recurrente que comprende un período de seis meses».

BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA GALLO, P., *La responsabilidad del Estado-Juez*, Montecorvo, 2005.

ALMAGRO NOSETE, «El sistema español de responsabilidad judicial», *Poder Judicial*, 1983.

DÍEZ-PICAZO, L. M.^a, *Régimen Constitucional del Poder Judicial*, Civitas, 1991.

COBREROS MENDAZONA, E., «Funcionamiento anormal de la Administración de Justicia e indemnización», *RAP*, núm. 177, septiembre-diciembre 2008.

ESCUSOL BARRA, E., «Estudio sobre la Ley Orgánica del Poder Judicial», en *La responsabilidad en la función judicial: Jueces, Tribunales y Estado. Posición del Ministerio Fiscal*, Colex, 1989.

GODED MIRANDA, M., «La responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia», *Poder Judicial*, vol. I, 1983.

HERNÁNDEZ MARTÍN, V. y otros, *El error judicial*, Civitas, Madrid, 1994.

MARTÍN REBOLLO, L., *Jueces y responsabilidad del Estado. El art. 121 de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

MONTERO AROCA, J., *Responsabilidad civil del Juez y del Estado por la actuación del Juez*, Tecnos, Madrid, 1988.

MUÑOZ MACHADO, S., «El derecho a obtener justicia en un plazo razonable y la duración de los procesos contencioso-administrativos. La indemnización debida», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1980.

Artículo 122

1. La ley orgánica del poder judicial determinará la constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales, así como el estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados de carrera, que formarán un Cuerpo único, y del personal al servicio de la Administración de Justicia.

2. El Consejo General del Poder Judicial es el órgano de gobierno del mismo. La ley orgánica establecerá su estatuto y el régimen de incompatibilidades de sus miembros y sus funciones, en particular en materia de nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario.

3. El Consejo General del Poder Judicial estará integrado por el Presidente del Tribunal Supremo, que lo presidirá, y por veinte miembros nombrados por el Rey por un período de cinco años. De estos, doce entre Jueces y Magistrados de todas las categorías judiciales, en los términos que establezca la ley orgánica; cuatro a propuesta del Congreso de los Diputados, y cuatro a propuesta del Senado, elegidos en ambos casos por mayoría de tres quintos de sus miembros, entre abogados y otros juristas, todos ellos de reconocida competencia y con más de quince años de ejercicio en su profesión.

Sumario: I. La reserva de ley orgánica y el establecimiento de los elementos básicos de la organización judicial del ap. 1.º del art. 122. 1. Significado y alcance de la reserva de ley orgánica que proclama el art. 122.1 CE; LOPJ y otras categorías normativas de rango orgánico con regulaciones en esta materia. 2. El contenido material de la reserva de ley orgánica que proclama el art. 122.1 CE. II. El Consejo General del Poder Judicial como órgano de gobierno de este. 1. Naturaleza del CGPJ y su ubicación en el principio de separación de poderes. A) Naturaleza del CGPJ ad intra del Poder Judicial. a) El CGPJ en negativo: ni es expresión de un hipotético autogobierno de la Judicatura, ni representante del Poder Judicial. b) El CGPJ en positivo: órgano constitucional y autónomo de gobierno del Poder Judicial para garantizar la independencia de Jueces y Magistrados. B) La posición de este órgano en el sistema de división de poderes y funciones: significado y alcance de la función constitucional de gobierno del Poder Judicial. 2. Composición nombramiento y régimen jurídico de los miembros del CGPJ. 3. Breve referencia a sus competencias.

LUIS AGUIAR DE LUQUE

CATEDRÁTICO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

Una de las dificultades que frecuentemente plantea la interpretación de preceptos constitucionales es la gran heterogeneidad de contenidos que estos en ocasiones incorpo-

ran, con la consecuencia asociada de que tales enunciados dan soporte a normas jurídicas que tienen muy distinta significación jurídica.

Pues bien, el art. 122 de la Constitución, objeto del presente comentario, puede ser considerado un buen exponente de lo que se acaba de señalar. El primero de sus apartados básicamente establece una reserva a favor de una ley específica, la «ley orgánica del poder judicial» (entendida esta como categoría formal) para la regulación de diversos aspectos orgánicos del Poder Judicial (valga la redundancia, aunque aquí la expresión «aspectos orgánicos» se utilice en sentido material), sin perjuicio de que el enunciado de dicho ap. 1.º imponga, al mismo tiempo, determinados contenidos materiales al desarrollo legal del precepto.

De forma distinta, los aps. 2.º y 3.º del mismo precepto, si bien también reafirman la reserva normativa que enuncia el apartado anterior, constituyen la norma constitucional institutiva de un órgano nuevo, desconocido hasta entonces entre nosotros, que se define constitucionalmente como órgano de gobierno del Poder Judicial, cual es el Consejo General del Poder Judicial. Pero además, tales disposiciones constitucionales no solo crean el citado órgano, también lo definen y determinan la posición que deba cumplir este nuevo órgano en nuestro sistema constitucional y trazan en términos generales el sentido del desarrollo aps. 2.º y 3.º segundo y tercero del art. 122 encomiendan a este órgano de nuevo cuño una misión constitucional específica que le confiere su singularidad como órgano constitucional del Estado, ser «órgano de gobierno» del Poder Judicial, determina en su ap. 2.º las funciones básicas que dicha misión comprende y diseña en el ap. 3.º las líneas generales del modo de selección de sus miembros.

Pues bien, la consecuencia de esta heterogeneidad de contenidos y la diversa naturaleza del mandato constitucional que cada uno de estos apartados encierra, sin perjuicio de un cierto solapamiento de ambos (con intensidad diversa, uno y otro contienen una reserva de ley orgánica y ambos apelan a la función de gobierno del Poder Judicial y de los órganos jurisdiccionales que este comprende),

aconseja, metodológicamente, analizar de forma separada el primero de tales apartados respecto a los dos restantes que integran el art. 122 CE, intentando, a su vez, discriminar, en cada uno de tales apartados, los diferentes tipos de normas que incorporan.

I. LA RESERVA DE LEY ORGÁNICA Y EL ESTABLECIMIENTO DE LOS ELEMENTOS BÁSICOS DE LA ORGANIZACIÓN JUDICIAL DEL AP. 1.º DEL ART. 122

Es lugar común en la doctrina académica comenzar constatando que el contenido del actual ap. 1.º del art. 122 CE quedó en gran medida fijado por la ponencia constitucional que redactó el primer Anteproyecto constitucional (*BOCG* de 5 de enero de 1978), permaneciendo a partir de entonces prácticamente inalterado en el resto del proceso, salvo cuestiones de carácter muy puntual y escaso significado (véase, por todos, CAVERO, 1998, 458/465).

Transcurridos ya cerca de cuarenta años desde que aquellos debates tuvieron lugar, probablemente no merece la pena detenerse en un análisis pormenorizado de los diversos textos e intervenciones orales que se produjeron entonces, hasta darle al precepto su formulación definitiva. Existen hoy otras líneas de interpretación que sin duda permiten una más cabal comprensión de lo que actualmente representa en nuestro ordenamiento el art. 122.1 CE. Baste, pues, con constatar la rápida cristalización del precepto en cuestión en torno a las **dos ideas centrales** que inspiran su contenido.

De una parte, frente a la voluntad innovadora que (con la salvedad obvia de la Corona) se manifiesta en tantos aspectos de la organización constitucional de los poderes públicos, en lo referente a los aspectos internos de la organización y funcionamiento del Poder Judicial parece prevalecer la idea de **mantenimiento del *statu quo* existente**, sobre la

base de una regulación parca en contenidos materiales. Dicho continuismo de los aspectos organizativos del Poder Judicial resulta particularmente significativo habida cuenta el nuevo significado que se confiere a la jurisdicción en la ordenación de las funciones estatales en cuanto esta última cobra una dimensión de la que carecía en etapas precedentes. Así, aunque sin un pronunciamiento explícito, las prescripciones que se efectúan en materia de estructura del estamento judicial bien puede ser interpretadas como la reafirmación de un modelo burocrático-funcionariado de magistratura (respecto a los diversos modelos de judicatura que ofrece el Derecho comparado, véase GUARNIERI y PEDERZOLI, 1999, 34 y ss.), mediante la consagración de una carrera judicial jerarquizada que se integra en un cuerpo administrativo único y el reconocimiento de un estatuto jurídico singular para Jueces y Magistrados cuya concreción se encomienda al legislador.

De otra, el constituyente se decanta por encomendar la determinación de los aspectos internos a la organización del Poder Judicial (el régimen de gobierno, creación y funcionamiento de Juzgados y Tribunales y el estatuto tanto de los miembros de la carrera judicial, como del personal al servicio de la Administración de Justicia) no ya al legislador ordinario, sino a un legislador singular y especial, de nueva implantación en nuestro sistema jurídico cual es el **legislador orgánico** (en igual sentido, Díez Pícazo, 1991, 80). El adjetivo «orgánico», como apelativo de la ley que debe regular los temas reseñados, sin perjuicio de coincidir con la terminología tradicionalmente empleada en nuestro ordenamiento para denominar a la legislación reguladora de estas cuestiones (de hecho, y como de todos es sabido, desde 1870 hasta hoy la denominación del cuerpo legal que ha regulado estos temas ha sido la de la Ley Orgánica del Poder Judicial), se emplea aquí ciertamente para referirse al tipo de ley contemplado en el art. 81 de la Constitución, caracterizado por los rasgos que rigen su elaboración y reforma.

Los muy escasos contenidos materiales del precepto analizado (si por tal se entiende la débil capacidad de aquellos para prefigurar el contenido del futuro desarrollo legislativo de los temas allí recogidos), ha supuesto que los principales problemas de interpretación que este art. 122.1 ha planteado se hayan referido al significado y alcance de la reserva de ley orgánica que en él se enuncia. A ello se dedicará la primera parte de este comentario, dejando para un momento posterior la realización de una breve glosa de los contenidos materiales sobre los que se proyecta dicha reserva.

1. Significado y alcance de la reserva de ley orgánica que proclama el art. 122.1 CE; LOPJ y otras categorías normativas de rango orgánico con regulaciones en esta materia

El concepto de ley orgánica que se contempla en el art. 81 de la Constitución, como es sobradamente conocido, es el resultado de una conjunción de elementos formales y materiales sobre los que no procede pronunciarse aquí, toda vez que dicha cuestión es objeto de análisis en otro lugar de esta obra. Pero con independencia de cuáles sean los elementos prevalentes en la determinación conceptual de esta categoría normativa, lo que irremediablemente desemboca en los principios de jerarquía o competencia que aquí resultan claramente insatisfactorios, quizás sea preferible, para una más adecuada comprensión del significado y alcance de la reserva normativa comentada, seguir la línea metodológica apuntada en su día por R. GÓMEZ FERRER («Relaciones entre leyes: competencia jerarquía y función constitucional», *Revista de Administración Pública*, núm. 113, 1987, 23), indagando cuáles pudieran ser las finalidades o funciones constitucionales que cumple la reserva de ley orgánica que proclama este art. 122 CE.

Pues bien, desde dicha perspectiva cabe entender que el constituyente, aprovechando la fórmula abierta que ofrece el final del art. 81.1 CE

(«y las demás previstas en la Constitución») y reservar un amplio elenco de materias al legislador orgánico en materia de derecho orgánico-judicial, satisface muy diversas **finalidades**.

De una parte, a través de dicho mandato se pretende ciertamente dotar de **permanencia y estabilidad** a algunos de los más relevantes elementos desde el punto de vista orgánico-organizativo del Poder Judicial, uno de los tres poderes clásicos del Estado y básico para el correcto funcionamiento del Estado de Derecho: el modo de constituirse y organizarse los órganos jurisdiccionales, el estatuto de Jueces y Magistrados, la opción por un cierto modelo de judicatura, el régimen jurídico del personal al servicio de la Administración de Justicia y los rasgos esenciales del órgano de gobierno del Poder Judicial (esto último ya en el contenido de los aps. 2 y 3), forman parte de tales aspectos esenciales del diseño concreto de este tercer poder del Estado.

Más aún. En la medida en que la reserva de ley orgánica que aquí se establece es casi una reserva prácticamente en blanco, toda vez que su contenido material es muy escaso, cabe entender que el constituyente a través de ella persigue **reforzar la posición institucional del Poder Judicial** en el marco de la separación de poderes y con ello potenciar el principio estructural por excelencia del Poder Judicial, el principio de independencia (véase MARTÍNEZ ALARCÓN, 2004, 211). A tal fin, el constituyente, mediante la reserva de ley orgánica aquí examinada, sustrae, a título de principio, de la capacidad normativa del Poder Ejecutivo (sea estatal o autonómico) en el ejercicio de la potestad reglamentaria, el conjunto de materias comprendido en la reserva de ley orgánica en la medida en que puedan incidir en el principio de independencia; particularmente las que se refieren al estatuto de Jueces y Magistrados (véanse las sentencias del Tribunal Constitucional 108/1986, FF. JJ. 26 y 105/2000, FJ 9).

Pero tampoco se puede desdeñar el papel que puede desempeñar la reserva de ley orgánica

aquí examinada, desde la perspectiva de la organización territorial del poder, en cuanto esta puede servir de cauce para garantizar una **uniformidad en todo el territorio del Estado** del régimen jurídico de determinadas cuestiones particularmente relevantes para el funcionamiento de un Poder Judicial que la Constitución concibe sustancialmente regido por el principio de unidad. Máxime si se tiene en cuenta —una vez más hay que repetirlo— la escasa densidad normativa desde perspectivas materiales de las reservas aquí analizadas. Pues es preciso constatar de partida que, sin perjuicio de las posibilidades de proyección del principio autonómico en la organización territorial del Poder Judicial que la propia Constitución establece (posibilidades que la práctica constitucional de estos treinta años ha ido dotando progresivamente de mayor operatividad), es este un poder en el que el principio de unidad opera con una intensidad mayor que la que rige en la organización de las otras funciones clásicas del Estado («No hay ciertamente poderes judiciales autonómicos como sí hay poderes ejecutivos o poderes legislativos autonómicos. Pero, por otro lado, el desarrollo del Estado de las Autonomías, progresivamente, va alcanzando también al Poder Judicial: la habituación, por parte de la opinión y la cultura jurídica española, a la descentralización del poder, y a la superación de los moldes tradicionales de nuestro constitucionalismo se traduce en demandas y posiciones también respecto al Poder Judicial que hubieran sido impensables o reputadas como descabelladas hace tan solo pocos años», LÓPEZ GUERRA, 2001, 35).

Ello acarrea dos consecuencias a los efectos del precepto constitucional que aquí se pretende interpretar:

— De una parte, que las materias reservadas por el constituyente al legislador orgánico en el art. 122 CE vengán a garantizar un régimen jurídico uniforme en todo el territorio del Estado para determinados elementos orgánico-organizativos del Poder Judicial, exige interpretar tal catálogo de materias en conexión

con las exigencias derivadas de la condición de este como una **estructura jurisdiccional única** (arts. 117.5 y 152.1.2.º párrafo *in fine* CE), así como también con la consideración de la Administración de Justicia como una competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.5 CE). Todo ello, hay que repetir una vez más, sin perjuicio de la proyección que el principio autonómico pueda tener en los aspectos organizativos del Poder Judicial que la propia Constitución contempla (art. 152.1, párrs. 2.º y 3.º).

— Y de otra, que el cuerpo legal llamado a satisfacer las exigencias de esta reserva, que obviamente es la **LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial** junto a sus más de treinta reformas, a la par que texto legal vertebrador del Poder Judicial en nuestro régimen constitucional, en la medida en que las materias que regula quedan automáticamente sustraídas del ámbito de las competencias autonómicas de carácter legislativo (no las de carácter ejecutivo o de otro orden), funge como una auténtica **ley sectorial de distribución de competencias entre el Estado y las CC. AA.** O dicho en otros términos, dicha Ley, a expensas —en su caso— de lo que ha ido puntualizando el Tribunal Constitucional al dar respuesta a los diversos procesos constitucionales que contra ella se han planteado (principalmente con las SSTC 56/1990 y 105/2000), es el cuerpo legal constitucionalmente llamado a determinar *a sensu contrario* el espacio competencial de las CC. AA. en materia de Administración de Justicia.

Pues bien, este singular significado de la LOPJ, llamada, de un lado, a conjugar en el plano material el principio de unidad del Poder Judicial con la eventual proyección del principio autonómico en la organización de aquel, y, de otro, en el plano formal a ser norma de desarrollo de la Constitución en la configuración del Poder Judicial a la par que ley sectorial de distribución de competencias entre el Estado y las CC. AA., aconseja examinar en primer término cuál pueda ser la ubicación de dicho cuerpo legal en nuestro sistema

fuentes, en particular en relación con aquellos tipos de leyes a los que la Constitución confiere rango de ley orgánica y que específicamente les encomienda la distribución de competencias entre el Estado y las CC. AA.: a saber, los Estatutos de Autonomía [art. 147.2.d) CE] y las leyes de transferencia o delegación (art. 150.2 CE).

Por lo que se refiere a una eventual superposición entre las leyes orgánicas que satisfacen una reserva constitucional específica (por ejemplo, la que contempla el art. 122.1 CE) y las denominadas leyes orgánicas de transferencia o delegación, aunque una y otra categoría sean objeto de tratamiento constitucional diferenciado, ninguna diferencia relevante se percibe en su régimen jurídico. Distinto es, sin embargo, el caso por lo que se refiere a la posición de estas con respecto a los textos estatutarios, con los que indudablemente comparte rango orgánico, sin que sea posible entender que una y otra categoría sean instrumentos normativos indistintos puestos a disposición del legislador orgánico para regular una materia u otra.

En este contexto, el Tribunal Constitucional consideró, hace ya tiempo, que textos estatutarios y leyes orgánicas de transferencia y delegación no resultan normas de utilización indistinta por el legislador; no son, pues, normas intercambiables («Los Estatutos de Autonomía, pese a su forma de Ley Orgánica, no son instrumentos ni útiles ni constitucionalmente correctos, por su naturaleza y modo de adopción para realizar las transferencias o delegaciones de facultades de una materia de titularidad estatal permitidas por el art. 150.2 CE. Ello porque, muy resumidamente expuesto y sin agotar los posibles argumentos, a pesar de su forma de Ley Orgánica, el Estatuto de Autonomía se adopta mediante un complejo procedimiento distinto del de las leyes orgánicas comunes. Utilizar, pues, el Estatuto como instrumento de transferencia o delegación implicaría dar rigidez a una decisión estatal en una manera no deseada por el constituyente y que choca con la mayor flexibilidad

que los instrumentos del art. 150.2 han de poseer», FJ 5).

De ahí que no pueda considerarse admisible la eventual utilización de textos estatutarios para habilitar transferencias de competencias exclusivas del Estado a favor de CC. AA. Y por idénticas razones no parece posible aceptar como constitucionalmente legítimo que la reserva al legislador orgánico de determinadas materias que realiza el art. 122.1 CE pueda verse satisfecha mediante normas de rango estatutario.

Sin embargo, aceptada esta posición de principio, cabe preguntarse qué consecuencia puede acarrear una eventual concurrencia y **divergencia** de una regulación en materia de Administración de Justicia entre **normas de rango estatutario** y normas que tienen por finalidad específica satisfacer la **reserva** prevista en el **art. 122.1**.

Dicha cuestión, por lo demás, no es en absoluto novedosa, aunque lo cierto es que ha adquirido nuevos perfiles en tiempos recientes. En el momento de la elaboración del primer texto de la LOPJ (1985), había ya concluido el proceso de implantación del Estado Autónomo: se habían elaborado y estaban vigentes la totalidad de los Estatutos de Autonomía, varios de ellos con diversos preceptos dedicados a regular diferentes aspectos de la Administración de Justicia; cabe así recordar el conjunto de disposiciones de los Estatutos de Autonomía de primera generación (País Vasco, Cataluña, Galicia, Andalucía y, complementariamente a estos, Valencia y Canarias) que institucionalizaban el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma respectiva, o aquellas otras conocidas como «cláusulas subrogatorias» que preveían que, en relación con la Administración de Justicia, las instancias autonómicas ejercerían todas aquellas facultades que la LOPJ (o en aquel momento también la LO del CGPJ) reconocieran, reservaran o atribuyesen al Gobierno del Estado. Secuencia temporal en el desarrollo de la Constitución (Estatuto de Autonomía

primero, ley de desarrollo del art. 122.1 después) que determinó que la polémica en torno a la relación entre ambas categorías se plantease en sede académica antes de la elaboración de la LOPJ, en sede política en el curso de tramitación parlamentaria de esta y en sede constitucional inmediatamente después de su promulgación, así como también tras la aprobación de alguna de sus primeras reformas, dando lugar, entre otras, a las SSTC 56/1990 y 105/2000.

Por aquellos años, mediados los 80, fue I. DE OTTO el que más temprana y taxativamente se pronunció sobre esta cuestión en un trabajo publicado en 1986. Llegaba entonces dicho autor a una conclusión aparentemente incontestable («Si la LOPJ —escribía DE OTTO cuando esta estaba en proceso de elaboración— se aparta de lo dispuesto por los Estatutos en materias que no son propias de estos, que son ajenas a la reserva estatutaria, no por ello resulta inconstitucional, sino que vale como norma de reforma de preceptos solo formalmente estatutarios y, por ello, no sujetos a los especiales procedimientos de reforma de los Estatutos»; I. DE OTTO, 1986, 195). Y probablemente en situaciones límite, en las que la literalidad de los términos de un precepto estatutario sea de todo punto incompatible con lo estipulado por el legislador orgánico al que alude el art. 122.1 CE (que uno u otro sea anterior o posterior es indiferente, al moverse ambos textos normativos en distinto plano), DE OTTO tenga razón. Esto es, debe prevalecer lo dispuesto en la LOPJ al satisfacer esta una reserva constitucional a través de la que se materializa un principio estructural del tercer poder del Estado en nuestro ordenamiento, el principio de unidad de la jurisdicción, tal como lo quiso el constituyente (que bien podía haberlo querido de modo distinto). Pues con toda evidencia los Estatutos de Autonomía por su eficacia territorialmente acotada, no pueden satisfacer las exigencias de uniformidad del régimen jurídico de determinados elementos del Poder Judicial que hacen realidad el principio estructurador antes citado (indirectamente en contra, M. BARCELÓ,

La ley orgánica. Ámbito material y posición en el sistema de fuentes, Atelier, Barcelona, 2005, 145 y ss., que considera que los Estatutos de Autonomía gozan de principio de un valor cuasi constitucional en nuestro sistema de fuentes).

Sin embargo, en la práctica, ni resulta tan sencillo diferenciar nítidamente los espacios cubiertos por una y otra reserva normativa, la estatutaria (si es que cabe hablar en abstracto de una reserva estatutaria) de un lado, y la que consagra el art. 122.1 aquí examinado de otro, ni la colisión entre preceptos suele ser tan frontal e irreconciliable. Y, por otra parte, tampoco se puede ignorar la naturaleza de los Estatutos de Autonomía como «norma institucional básica de cada Comunidad Autónoma» (art. 147.1 CE); condición que no solo les confiere una función de complementar la Constitución en lo que habitualmente se denomina la constitución territorial, sino que además no parece que permita dejar su contenido a la entera disposición del legislador estatal, aunque sea orgánico, para alterarlo libremente.

O dicho en otros términos, en supuestos de colisión irreductible entre la LOPJ y preceptos que forman parte de un Estatuto de Autonomía, en materias indudablemente comprendidas en la reserva que establece el art. 122 CE, prevalece en última instancia aquella sobre las normas estatutarias, quedando incluso supeditadas estas últimas para su plena operatividad a lo que establezca el legislador orgánico. Pero el intérprete en el caso concreto debe apurar todas las posibilidades a su alcance para la adecuación del contenido de ambos cuerpos normativos, toda vez que, en sistemas jurídicos compuestos (y complejos), un cierto juego de remisiones recíprocas es irremediable dada la frecuente interconexión de uno y otro espacio normativo. A veces, como la experiencia constitucional de estos años ha demostrado, fueron los propios preceptos estatutarios (así en los años 80) los que, en ausencia de regulación, adelantaron contenidos de lo que en el futuro había de ser

la LOPJ. Y en sentido inverso, también la propia legislación orgánica ha propiciado en ocasiones este juego de remisiones; un ejemplo claro en este sentido lo constituye el art. 73 de la vigente LOPJ («la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia conocerá del recurso de casación que establezca la ley contra resoluciones jurisdiccionales del orden civil...», cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución»).

Cuestión distinta es cuál pueda ser la eficacia y fuerza jurídica de esos enunciados estatutarios que, entrando en terrenos reservados por la Constitución a normas estatales de rango orgánico, regulan aspectos atinentes al Poder Judicial (tanto en aspectos jurisdiccionales, como orgánicos), anticipando lo que pudieran ser contenidos futuros de la LOPJ.

La experiencia de los años 80 prueba que **sobre aquellos aspectos en los que más genuinamente opera la reserva constitucional en favor de la ley orgánica, los enunciados estatutarios con frecuencia carecieron, en buena lógica, de plena eficacia jurídica**, quedando convertidos en afirmaciones retóricas a la espera de que el legislador estatal dotase a estas previsiones de operatividad; así, por ejemplo, pese a la reiterada alusión en la totalidad de Estatutos de Autonomía y la aparente creación en estos de los Tribunales Superiores de Justicia, dichos órganos judiciales no comenzaron a actuar jurisdiccionalmente hasta que la LOPJ los instauró y fijó sus competencias y la Ley de Planta los creó y dotó de medios personales y materiales.

Y algo similar sucedió con varios de los preceptos de las reformas estatutarias emprendidos en la VIII Legislatura (2004/2008). Los propios estatuyentes (tanto en los Parlamentos autonómicos como en las Cortes) así parecieron asumirlo, con una reiterada remisión y supeditación de la plena eficacia de muchos de sus preceptos a lo que pudiera establecer la legislación estatal orgánica.

Desde el punto de vista de la técnica legislativa y de las exigencias de claridad y certeza del ordenamiento, dichas regulaciones estatutarias son ciertamente criticables, pero no creo que ello pueda derivar hacia eventuales imputaciones de inconstitucionalidad, de muy dudosos efectos jurídicos y a las que solo se puede llegar minusvalorando la naturaleza última de los Estatutos de Autonomía como «norma institucional básica de cada Comunidad Autónoma».

2. El contenido material de la reserva de ley orgánica que proclama el art. 122.1 CE

Ha quedado dicho más atrás que en el contenido del ap. 1.º del art. 122 CE priman los aspectos formales (esto es, la delimitación de los instrumentos formales a través de los cuales se puede acometer el desarrollo legislativo del precepto), en tanto **que el contenido material de este es exiguo, escasamente innovador y poco problemático**. De un lado, dicho precepto alude al cauce adecuado para determinar **la constitución, el funcionamiento y el gobierno de Juzgados y Tribunales**, previsión constitucional destinada a dotar de mayor estabilidad a la organización judicial y reforzar la posición de esta respecto al legislador ordinario (lo que obliga a interpretarla en sentido restrictivo y no referida al ordenamiento procesal en su conjunto; véase Díez Pícazo, 1991, 82), pero en ningún caso parece tener pretensión de prefigurar contenidos *pro futuro* de la eventual regulación legal que pudiera dictarse. Y de otro establece el tipo de instrumento normativo habilitado para establecer el estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados de carrera, «que formarán un cuerpo único» (quizás la única determinación sustantiva que de modo inmediato contiene el precepto) y el del personal al servicio de la Administración de Justicia. En todo caso, la práctica constitucional de estos años, así como la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional, permite delimitar un poco más el alcance material de alguno de estos

enunciados principalmente en torno a tres cuestiones: a) significado de la expresión gobierno de Juzgados y Tribunales; b) alcance de la alusión a un cuerpo único de carrera judicial, y c) relevancia constitucional de la expresión empleada para referirse al personal al servicio de la Administración de Justicia. A ello se dedicarán las breves líneas que siguen a continuación.

La primera duda que suscita el contenido material del art. 122 es si la expresión «[el] **gobierno de los Juzgados y Tribunales**», más allá de reservar esa materia al legislador orgánico, impone o limita a este en algún determinado sentido. La respuesta afirmativa fue acogida por el CGPJ en el Informe de Pleno de 25 de enero de 2006 sobre Propuesta de reforma del estatuto de Autonomía de Cataluña (ap. IV. B.2) para justificar una imputación de inconstitucionalidad del proyecto de ley remitido por el Gobierno a las Cortes, regulador —entre otros extremos— de los denominados Consejos Autonómicos de Justicia, entendiendo que el art. 122.1 CE contiene una garantía de la existencia de un gobierno interno del Poder Judicial. Parece excesivo. El tratamiento diferenciado de las tareas gubernativas anejas al ejercicio de la función gubernamental en dos apartados distintos del art. 122 apunta al carácter indubitablemente externo (por explícita previsión constitucional) de aquellas dimensiones de carácter más general de dicha función y que expresamente se encomiendan al CGPJ; en sentido inverso, parece consustancial a la independencia de la potestad jurisdiccional que determinadas facetas de la labor gubernativa de Juzgados y Tribunales, en la medida en que tienen particular proyección en la configuración del derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, estén vinculadas al ejercicio de la jurisdicción hasta el punto de tener que ser necesariamente encomendadas por el legislador a instancias judiciales, esto es, instancias de gobierno interno. Este es el caso de determinadas decisiones que inciden de modo determinante en la concreta composición de los órganos jurisdiccionales colegiados (por ejemplo, la com-

posición de las denominadas Salas de Discordia contempladas en el art. 263 de la LOPJ). Pero existen otros muchos aspectos del gobierno de Juzgados y Tribunales que no hay obstáculo de principio para que su ejercicio se encomiende a órganos externos por más que en la actualidad no sea así (la actual LOPJ encabeza el Título III del Libro II con la rúbrica «Del gobierno interno de Tribunales y Juzgados»). Y el hecho de que el propio art. 122.1 CE carezca de especificaciones explícitas al respecto parece confirmar lo mismo: el gobierno interno del Poder Judicial no es la única alternativa constitucionalmente legítima en este punto.

Un segundo núcleo de divergencias en torno a la interpretación del art. 122.1 se ha centrado en el **alcance y fuerza vinculante de la frase «cuerpo único de Carrera Judicial»**. En un criterio de máximos, dicha expresión vedaría el ejercicio de cualquier tipo de competencias jurisdiccionales al margen de los Magistrados de carrera integrados en un cuerpo único, lo que alcanzaría, por ejemplo, a una institución tan tradicionalmente arraigada en nuestro ordenamiento y tan operativa en la actualidad como la justicia de paz. Sin embargo, una interpretación tan rígidamente literalista parece que no se adecua a lo que fue la auténtica voluntad del constituyente en este punto, que tan solo pretendió garantizar desde la Constitución la figura del Juez de carrera, como pieza vertebral del modelo de judicatura previsto, pero no cerrar el paso a cualquier otra posibilidad futura de encomendar el ejercicio de potestades jurisdiccionales a quienes no disfrutaran de dicha condición.

Finalmente, aunque parece difícil imaginar que el constituyente, con la última frase del ap. 1.º del art. 122, tuviera otra pretensión distinta que la de reservar a la LOPJ el estatuto jurídico del personal al servicio de la Administración de Justicia, es lo cierto que a través de esa concreta expresión se estaba **constitucionalizando la existencia de un tipo de personal administrativo al servicio de la Administración de Justicia**, pero obvia-

mente, dado su carácter servicial, no integrando o formando parte de la misma. Pero esta constitucionalización de una Administración de Justicia como conjunto de medios personales y materiales al servicio de la función jurisdiccional comporta admitir que dicha expresión es también susceptible de una acepción amplia que trasciende de la competencia exclusiva del Estado que sirve de referencia al título competencial previsto en el art. 149.1.5. Así lo constató el Tribunal Constitucional en la sentencia 56/1990 (FJ 6) y refrendó cuatro años más tarde la sentencia 105/2000 (FJ 2).

En todo caso, más allá de la utilidad interpretativa que haya podido tener esta frase en conexión con el art. 149.1.5 CE para posibilitar que las CC. AA. puedan asumir competencias en «la administración de la Administración de Justicia» (según la afortunada expresión acuñada en las sentencias citadas), no cabe colegir que dicha frase tenga otra dimensión material, agotándose en la mera reserva a la ley orgánica de la norma reguladora de su estatuto jurídico, reserva, de otro lado, que tampoco parece que pueda suponer un obstáculo definitivo en términos constitucionales para que por vía legislativa se puedan crear cuerpos administrativos de carácter autonómico, por más que en la actualidad la legislación no lo permita. La unidad de cuerpo administrativo de carácter estatal la prevé el art. 122.1 exclusivamente para los Jueces y Magistrados de carrera, pero no para el personal al servicio de la Administración de Justicia, sin perjuicio de que la determinación del régimen jurídico de este quede reservado a la ley orgánica.

II. EL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL COMO ÓRGANO DE GOBIERNO DE ESTE

Si en el contenido del ap. 1.º del art. 122 de la Constitución priman los elementos formales (reservar la regulación de ciertas materias a la ley orgánica), todo lo contrario afir-

mar de los otros dos apartados que integran dicho precepto constitucional. Pues, sin perjuicio, de que también en estos últimos se consagrasen una reserva normativa («la ley orgánica establecerá...»), la finalidad prioritaria de estos es, como se ha dicho, **instaurar un órgano de gobierno del Poder Judicial**, inédito entre nosotros hasta 1978, del que se fijan sus rasgos esenciales: composición, modo de selección de sus integrantes y funciones mínimas que se le encomiendan.

Habitualmente se asocia al constitucionalismo ulterior a la II Guerra Mundial y, más concretamente, a la Constitución francesa de 1946 con la creación del Consejo Superior de la Magistratura y a la Constitución italiana de un año después con la implantación de un órgano de similar factura e idéntica denominación, la idea de crear un órgano *ad hoc*, investido de ciertas funciones de organización y dirección del Poder Judicial, funciones que tradicionalmente han correspondido en los sistemas jurídicos de la Europa continental al Poder Ejecutivo. En el contexto de unos procesos de restauración de la democracia constitucional regidos por el recelo y la desconfianza hacia ese Poder Ejecutivo (como lógica reacción frente al período inmediatamente anterior), no puede sorprender que se busquen cauces para **reforzar la posición institucional del Poder Judicial y liberar a Jueces y Magistrados de toda eventual interferencia en su estatuto, a fin de mejor garantizar la independencia** de estos en el ejercicio de la funciones jurisdiccionales que les son propias (sobre los diferentes modelos en Derecho comparado que sirvieron de referencia a nuestro constituyente, véase LUCAS MURILLO, 1995; BALLESTER CARDELL, 2007, 60/91).

Y, con toda probabilidad, análogas son las razones que movieron al constituyente de 1978 a impulsar desde los mismos inicios del proceso de redacción y elaboración constitucional (Anteproyecto de Constitución de 5 de enero de 1978), la creación de un órgano de similares características bajo la denomina-

ción de Consejo General del Poder Judicial (en lo sucesivo CGPJ), opción que gozó en todo momento del respaldo de la práctica totalidad de las fuerzas políticas (resulta difícil aventurar qué grupo estuvo detrás de la aparición de esta nueva institución) y permaneció sustancialmente inalterada a lo largo de los debates constituyentes.

Sin embargo, no conviene llevarse a engaño con ese general acuerdo e interés que despertó esta institución durante el proceso constituyente, pues muy poco tiempo después comenzarán a hacer acto de presencia todo tipo de discrepancias sobre dicho órgano, su significado, composición y funciones, discrepancias que no se agotarán en el terreno político (parece innecesario recordar la polémica acerca de si el CGPJ era la expresión o no de un sedicente autogobierno del Poder Judicial o el giro registrado en la LOPJ de 1985 respecto a la LO del CGPJ de 1980 en relación con el modo de nombramiento de los vocales dicho órgano), sino que tendrán igualmente proyección en el plano institucional donde el CGPJ (calificado por ÍÑIGUEZ HERNÁNDEZ —2008, 222 y ss.— como «un Consejo corporativo, reivindicativo y beligerante») mantendrá reiterados enfrentamientos con la mayoría parlamentaria y gubernamental surgida de las elecciones de 1982 que alcanzarán su punto álgido con la interposición ante el Tribunal Constitucional de un conflicto de competencias frente a las Cortes, y discrepancias en fin que llegarán incluso a proyectarse en el seno del propio Tribunal Constitucional [es expresiva al respecto la lectura de los votos particulares a la STC 105/2000, alguno de los cuales desautoriza en tono grueso no solo la jurisprudencia sentada por el propio Tribunal en 1986 y 1990 —«el primer embate, y muy fuerte, al modelo (de sistema judicial diseñado en la Constitución) lo infligió en 1985 la LOPJ, ratificada con aspavientos retóricos por un Tribunal Constitucional en la misma sintonía—, sino que incluso descalifica al propio Tribunal].

Cabe en suma afirmar con LÓPEZ GUERRA (2001, 145) a modo de introducción al tema

que «el desarrollo del art. 122 de la Constitución [en lo tocante al Consejo General del Poder Judicial] sigue siendo aún hoy uno de los puntos en que más difícil ha resultado, y sigue resultando, lograr un consenso básico entre los actores políticos».

1. Naturaleza del CGPJ y su ubicación en el principio de separación de poderes

Analizar la naturaleza jurídica de una institución que viene diseñada por la Constitución en sus elementos más significativos pudiera quizás parecer una pretensión academicista carente de especial interés en una obra de esta índole. Nada más alejado de la realidad, como prueba la intensa polémica que de continuo acompaña la cuestión y que ha sobrepasado ampliamente lo académico para proyectarse, como se acaba de señalar, en ámbitos constitucionales, políticos o judiciales. De hecho, el entendimiento actual de este órgano y el constante debate y posicionamiento que provocan sus actuaciones no son en absoluto ajenos al tema que ahora se aborda.

Dos son las dimensiones que más claramente plantea el tema desde esta perspectiva y que se examinarán sucesivamente a continuación.

A) *Naturaleza del CGPJ ad intra del Poder Judicial*

- a) El CGPJ en negativo: ni es expresión de un hipotético autogobierno de la Judicatura, ni representante del Poder Judicial

La idea central que guía los primeros años de vida de esta institución, con el refrendo de amplios sectores políticos, es que el CGPJ es la materialización de un pretendido consustancial principio de **autogobierno** del Poder Judicial, derivado de la configuración de este último como uno de los tres poderes clásicos del Estado. Si las Cortes y el Gobierno gozan

de autogobierno, parecerían preguntarse los defensores de estas tesis, ¿por qué no va a disfrutar también de autogobierno el tercer poder del Estado, el Poder Judicial, autogobierno que bien podría entenderse materializado en el CGPJ? La respuesta afirmativa a dicho interrogante se refuerza por los defensores de estas tesis, afirmando que el autogobierno del Poder Judicial constituye un instrumento esencial para la garantía del principio vertebrador por excelencia del estatuto judicial: el principio de independencia. Así, ya en la primera Memoria elaborada por el CGPJ en el año 1981 se puede leer: «Un sistema de gobierno autónomo del Poder Judicial no solo completa y cierra el cuadro de garantías para su independencia, sino que constituye solución adecuada para el logro de un mejor y más eficaz funcionamiento de la Administración de Justicia. En cuanto a la primera afirmación debe tenerse en cuenta que, si es nota esencial a todo Poder estatal su capacidad para gobernarse a sí mismo, no parecen razones de peso para que el Judicial suponga una excepción a tal regla de autogobierno. Y en cuanto a lo segundo, debe igualmente admitirse que si el gobierno de un poder supone la selección de unos fines y objetivos a cuya consecución se tiende, mediante la aplicación de los medios materiales y humanos de que se disponga, nada mejor para asegurar el adecuado logro de tales fines que la atribución a aquel de facultades para la programación de los medios necesarios para el cumplimiento de su función».

A mayor abundamiento, la caracterización del CGPJ como órgano de autogobierno del Poder Judicial tiene, para este corriente de opinión, una cierta prolongación lógica y obligada con lo anterior y que consiste en considerar al Consejo como órgano de representación del Poder Judicial y, en última instancia, del colectivo de Jueces y Magistrados. Si el Poder Judicial está encarnado en todos y cada uno de los Jueces y Magistrados individualmente considerados y el Consejo, además de ser un órgano notablemente numeroso (lo que contribuye a proyectar en el imaginario colectivo la idea de repre-

sentación política), buena parte de sus miembros pertenecen a la carrera judicial y esta interviene directamente en su designación por mecanismos electivos, porque así lo ha establecido la Constitución (según los partidarios de dicha tesis) y así lo ha ratificado el legislador (LO 1/1980, de 10 de enero), el CGPJ, además de órgano de autogobierno de Poder Judicial, es también representante del Poder Judicial entendido como conjunto de Jueces y Magistrados.

Estas tesis, dominantes en la primera mitad de los años 80 en amplios sectores de la carrera judicial, con independencia de sus posicionamientos ideológicos, encontraron su más elocuente materialización en el **conflicto de atribuciones promovido por el primer CGPJ** (Presidencia de F. C. Sainz de Robles) contra los acuerdos parlamentarios del Congreso y el Senado que aprobaban la LOPJ de 1985 y con ella la reforma del sistema de nombramiento de vocales judiciales. Concretamente según sintetiza el propio Tribunal Constitucional en la sentencia 108/1986, «el meollo de las alegaciones de los recurrentes consiste en sostener que la independencia judicial y la existencia constitucional del Consejo comportan el reconocimiento por la Constitución de una autonomía de la Judicatura, entendida como conjunto de todos los Magistrados y Jueces de carrera, y, en consecuencia, la facultad de autogobierno de ese conjunto de Magistrados y Jueces cuyo órgano sería precisamente el Consejo».

El Tribunal Constitucional en las SSTC 45 y 108/1986, al margen de declarar conforme con la Constitución el nuevo sistema de nombramiento de vocales judiciales implantado por la LOPJ de 1985 (que era el objeto explícito de la controversia constitucional planteada en ambos procesos), desmontará en términos taxativos la construcción que se acaba de exponer, al señalar que ni la independencia judicial **ni la existencia constitucional del Consejo comportan el reconocimiento por la Constitución de una autonomía de la Judicatura, entendida como** conjunto

de todos los Magistrados y Jueces de carrera y, en consecuencia, una **sedicente facultad de autogobierno** de ese conjunto de servidores públicos. Y ello por una razón extraordinariamente elemental y sencilla, porque «ni tal autonomía y facultad de autogobierno se reconocen en la Constitución, **ni se derivan lógicamente de la existencia, composición y funciones del Consejo**». Más moderadamente, lo que el constituyente «ha querido es crear un órgano **autónomo que desempeñe determinadas funciones**, cuya asunción por el Gobierno podría enturbiar la imagen de independencia judicial, pero sin que de ello se derive que ese órgano sea expresión del autogobierno de los Jueces» (STC 108/1986, FJ 8).

Descartadas las tesis del autogobierno judicial, se cae por su base igualmente la idea de que el CGPJ, a partir de una combinación de mixtificaciones sucesivas, es el representante del Poder Judicial y, en última instancia, de la judicatura como hipotético sujeto colectivo, lo que irremediamente desemboca en una representación «política» de los intereses del conjunto de Jueces y Magistrados.

Por más que la composición moderadamente numerosa y plural en términos ideológicos de dicho órgano rememore en cierta medida la idea de unos *representantes políticos* del colectivo judicial, ni la composición del Consejo (en la que participan miembros laicos), ni el sistema constitucional de organización de los poderes públicos (que en todo caso descansa en el principio democrático por prescripción expresa del art. 1.º) consiente la configuración de un poder del Estado exclusivamente legitimado por cauces totalmente diferentes y separados de aquellos. El Tribunal Constitucional será igualmente taxativo en ese punto: «**tampoco cabe admitir el carácter representativo que los recurrentes atribuyen al Consejo** [pues] ese carácter ni se reconoce en el texto constitucional, ni se desprende de forma necesaria de la naturaleza del Consejo, al no ser este órgano de una supuesta autoorganización de los Jueces» (STC 108/1986, FJ 9).

La cuestión, sin embargo, es más problemática cuando la eventual condición de representante del Poder Judicial no se predica en el terreno de la *representación política*, sino en el terreno jurídico-procesal de la **representación por sustitución**, de modo que el CGPJ pueda servir de cauce para reivindicar competencias jurisdiccionales eventualmente invadidas por otros órganos constitucionales.

El Tribunal Constitucional en su STC 45/1986 se vio obligado a abordar dicha cuestión con cierto detalle. Se trataba allí, como fácilmente se recordará, de un conflicto de atribuciones promovido por el CGPJ frente a los acuerdos del Congreso y el Senado por los que se aprobaba la nueva LOPJ, texto legal que imponía un nuevo modo de designación de los vocales judiciales del CGPJ, tarea que quedaba a partir de entonces exclusivamente encomendada a las Cámaras. Todo ello, frente a un modelo anterior que atribuía tal labor a la propia carrera judicial a través de un sistema de elecciones internas. El CGPJ, promotor del conflicto, ante una eventual desestimación del conflicto por falta de legitimación procesal (con toda evidencia el CGPJ no ostentaba ninguna competencia en orden al nombramiento de vocales), esgrimió una presunta legitimación «por sustitución» del estamento judicial en cuanto era este el que se veía privado de competencias para intervenir en el nuevo modelo de elección de vocales.

El Tribunal Constitucional rechazará a título de principio dicha legitimación al apreciar «una patente falta de correspondencia entre el órgano actor y el sujeto titular de la atribución supuestamente invadida» (STC 45/1986, FJ 5.º). O dicho en otros términos, el rechazo a una eventual *representación política* de la carrera judicial por el CGPJ se extiende incluso a la representación en términos procesales; decisión plenamente acertada en dicha ocasión dada la naturaleza de los actos impugnados, a la sazón sendos acuerdos parlamentarios que servían para aprobar una ley, pues no cabe acudir torticeramente a esa vía del conflicto de atribuciones como cauce

para impugnar textos legales, impugnación que, a más, tiene su instrumento procesal específico, a saber, el recurso de inconstitucionalidad, que cuenta con sus propios criterios de legitimación [art. 162.1.a) CE].

En una segunda línea argumental más general, el Tribunal entiende igualmente **incompatible** la condición del CGPJ como órgano de gobierno del Poder Judicial, con la de actuar a efectos procesales como representante del Poder Judicial «pues ello estaría en contradicción con el principio constitucional de «independencia de Jueces y Magistrados» (arts. 117.1 CE) y ese presunto carácter representativo habría de admitirse también del lado pasivo, sujetando así al miembro integrante del Poder Judicial a instancias o actuaciones judiciales del propio Consejo».

Y finalmente, y a mayor abundamiento, analizando el tema desde el plano de la legalidad ordinaria (entonces —y todavía hoy— vigente) el Tribunal Constitucional entendió, desde una perspectiva estrictamente general, que «los conflictos posibles entre Juzgados y Tribunales y otros órganos del Estado tienen previstos otros cauces procedimentales en los que no tiene cabida el propio Consejo», extremo este último cuestionado, quizás con acierto, por L. M.ª Díez Picazo, que ve en el conflicto de atribuciones sustanciado en sede constitucional un cauce *pro futuro* que puede ser operativo para que los órganos judiciales, sustituidos para la ocasión por el CGPJ, puedan promover este tipo de conflictos «cuando estos hayan dado muestras de sentirse perturbados en sus atribuciones» (Díez Picazo, 1991, 137).

b) El CGPJ en positivo: órgano constitucional y autónomo de gobierno del Poder Judicial para garantizar la independencia de Jueces y Magistrados

Analizadas las visiones en negativo del CGPJ, toca ahora reflexionar sobre los rasgos en positivo que caracterizan al órgano de gobierno del Poder Judicial sobre la base de la configu-

ración constitucional del Consejo deducible de la jurisprudencia constitucional hasta aquí comentada y que se podría sintetizar como *órgano constitucional y autónomo* (a fin de dejar claramente explicitada la alteridad de este órgano respecto al Poder Judicial, así como su no dependencia de los restantes poderes del Estado) *de gobierno del Poder Judicial*, que tiene por finalidad constitucional implícita *contribuir a mejorar la independencia* de Jueces y Magistrados.

Probablemente la primera aproximación conceptual realizada en sede académica para determinar la naturaleza jurídica de este nuevo órgano de nuestro sistema institucional fue para calificarle como *órgano constitucional* (ALBACAR, en *Jornadas...*, 1983, 125), lo que con toda probabilidad no era ajeno a la fuerte polémica desatada en la doctrina italiana unos años antes sobre esta cuestión, así como la explícita incorporación del CGPJ al elenco de «órganos constitucionales» legitimados para interponer el conflicto de atribuciones que contiene el art. 59 de la LOTC, circunstancia esta última que sin duda ha influido para que dicha caracterización del Consejo sea mayoritaria en la doctrina española (por todos, L. M.^a DIEZ PICAZO, 1991, 133/135). En todo caso, es preciso dejar igualmente constancia de que tampoco han faltado autores que han cuestionado dicha tesis por entender que el CGPJ, a la luz que de la regulación que de dicho órgano ofrecía la Constitución, no se adecuaba plenamente a los rasgos que desde el punto de vista dogmático definen esta categoría; a saber, y como más relevante, la no esencialidad del órgano para satisfacer las funciones constitucionales que plasman la ordenación constitucional del poder. Y es que, en verdad, el propio Tribunal Constitucional ha relativizado notablemente la inexcusabilidad de este órgano para satisfacer las funciones constitucionales que se le encomiendan al afirmar respecto al mismo que es «una solución posible en un Estado de Derecho, aunque no es su consecuencia necesaria, ni se encuentra en la mayoría de los ordenamientos jurídicos actuales» (STC 108/1986, FJ 7).

No obstante, más allá de disquisiciones dogmáticas con ribetes nominalistas, lo que sí es cierto es que la Constitución contempla explícitamente este órgano, le confiere una específica misión, determina su composición y establece las competencias esenciales que debe asumir, lo que, unido al mencionado art. 59 de la LOTC, permite sostener, desde el punto de vista del Derecho positivo, que si no es un órgano constitucional, ciertamente, reúne bastantes de los requisitos que definen a esa categoría. Y, desde el punto de vista orgánico, el régimen jurídico que para dicho órgano ha fijado la LOPJ comporta que este goce de autogobierno (designa a su Presidente y Vicepresidente), de autonomía organizativa, financiera, presupuestaria y de gestión de su propio personal, así como de autonomía reglamentaria para establecer sus normas de organización y funcionamiento, rasgos que parecen claramente situar al CGPJ en la órbita de los órganos constitucionales.

La caracterización del CGPJ como *órgano autónomo*, frente a la que se acaba de examinar, carece de reconocimiento explícito en los textos normativos, siendo a la **jurisprudencia constitucional** a quien corresponde el empleo de dicha expresión («La finalidad del Consejo es, pues, privar al Gobierno de esas funciones y transferirlas a un órgano autónomo y separado»; STC 108/1986, FJ 7). Sin embargo, en la práctica, la definición del CGPJ como «órgano autónomo» se ha revelado como una de las piezas centrales a la hora de definir la posición constitucional de este en nuestro sistema de división de poderes, por cuanto es esa equidistancia respecto a los restantes poderes y órganos constitucionales donde reside la legitimidad del mismo para fungir como órgano de gobierno del Poder Judicial y contribuir a garantizar la independencia de Jueces y Magistrados.

El CGPJ es así un órgano autónomo, independiente y no subordinado en el ejercicio de las funciones que tiene encomendadas, respecto a los poderes legislativo y ejecutivo, por más que el primero participe decisivamente en la designación de sus miembros y el segundo

sea el tradicional titular de las competencias ahora ejercidas por el CGPJ, que, además, sigue manteniendo importantes espacios competenciales en materia de Justicia (muchos de ellos contiguos a las funciones que ejerce el propio Consejo), lo que incide de modo determinante en las relaciones entre uno y otro órgano, marcadas decididamente por las ideas de rivalidad/complementariedad.

Más problemático en el terreno dogmático es la conjugación de la definición del CGPJ como órgano autónomo con su imbricación/separación del Poder Judicial.

En la doctrina académica es mayoritaria en este punto la afirmación de que el CGPJ no forma parte del Poder Judicial (por todos, DIEZ PICAZO, 1991, 139), aserto difícilmente cuestionable desde un entendimiento funcional del Poder Judicial: si este Poder se encarna en cada Juez o Magistrado con ocasión del ejercicio de la potestad jurisdiccional es obvio que, en la medida que el CGPJ carece de potestades de esa índole, no puede incardinarse en el Poder Judicial.

Sin embargo, aceptada dicha tesis, es preciso advertir, como ha observado I. DE OTTO (1989, 53), que otras posibles acepciones de la locución «Poder Judicial» están presentes en la Constitución que no se agotan conceptualmente con la remisión al ejercicio de la potestad jurisdiccional para delimitar el contenido de dicha categoría; la más significativa el empleo por el propio texto constitucional de dicha expresión para encabezar el Título VI. Desde esta segunda perspectiva, hay que poner el énfasis en la prestación de una **función estatal esencial para el Estado de Derecho, la función judicial**, que, aunque tiene como elemento central el ejercicio de la potestad jurisdiccional, requiere para su adecuada satisfacción la imbricación de otros numerosos elementos y órganos que desempeñan funciones muy heterogéneas. Ese conjunto de elementos se articula en una **macroestructura organizativa compleja y plural, que recibe igualmente la denomi-**

nación de «Poder Judicial» como materialización del tercer poder del Estado y en cuya dirección y gobierno interviene decisivamente el CGPJ, que, solo en esa dimensión estructural y organizativa, se puede afirmar que forma parte del Poder Judicial.

Por último, para concluir con esta caracterización en positivo del CGPJ, dice expresamente de este el art. 122 de la Constitución que es **órgano de gobierno del Poder Judicial**, lo que solo cobra su auténtica dimensión en conexión con la finalidad perseguida con la creación de este órgano, esto es, sustracción del Poder Ejecutivo determinadas tareas que tradicionalmente este ha venido desempeñando en relación con el Poder Judicial, que, en la medida que podrían servir al gobierno para influir sobre los Tribunales, podrían «enturbiar la imagen de la independencia judicial» (STC 105/1986, FJ 7). O expresado en otros términos, contribuir a la **garantía de la independencia judicial**, bien es verdad que sin ninguna indicación constitucional explícita, es el último elemento caracterizador del CGPJ, a la par que viene a legitimar su presencia en el sistema de poderes públicos.

Sin embargo, probablemente sean estos dos últimos rasgos del CGPJ, órgano de gobierno e instrumento de garantía de la independencia judicial, el binomio que mejor condensa las ideas centrales en torno a las que se fija la posición y significado de este órgano en nuestro sistema constitucional y, paralelamente, el que mayores dificultades plantea a la hora de dotar en la práctica de sentido armónico a este instituto constitucional. Recuperemos, pues, algunas de las ideas y problemas que dicho binomio encierra.

Que el principio de independencia judicial es un elemento constitutivo y distintivo del Poder Judicial, «pieza esencial de nuestro ordenamiento como de todo Estado de Derecho» como dirá el Tribunal Constitucional (STC 108/1986, FJ 6), es algo sobre lo que no parece necesario insistir. Como tampoco parece que sea este un lugar adecuado para un largo *excursus* en torno al

principio sobradamente estudiado por la doctrina jurídica y una de las nociones centrales del Derecho orgánico judicial.

Sí que parece en cambio necesario advertir que de las muchas aproximaciones posibles a esta categoría, la que sirve de elemento teleológico para fundamentar la existencia del CGPJ es la independencia como estatus del Juez o Magistrado individualmente considerado en cuanto titular de la potestad jurisdiccional y con ocasión del ejercicio de esta. Estatus o posición a través de la cual el ordenamiento garantiza que la labor jurisdiccional se desenvuelva como un estricto proceso de aplicación de la ley y con exclusiva sumisión a ella, lo que ha llevado a afirmar que la independencia judicial tiene un carácter servicial y complementario respecto a la sumisión exclusiva a la ley que debe presidir del ejercicio de la potestad jurisdiccional (DE OTTO, 1989, 172).

Desde dicha perspectiva, la independencia judicial no es un derecho de los miembros de la carrera judicial, sino una posición o estatus singular que el ordenamiento reconoce a estos a fin de protegerlos frente a todo tipo de interferencias (externas por supuesto, pero también internas en cuanto provenientes de la propia organización judicial o su órgano de gobierno) en el ejercicio de la función jurisdiccional que en exclusiva les corresponde. Se trata por tanto de una prerrogativa funcional que cobra su auténtica dimensión en la medida en que satisface la finalidad a la que sirve: la exclusiva sumisión del Juez a la ley. Más aún, como bien escribe GERPE (2002, 999), «desde la Constitución la independencia judicial, aunque atribuida a Jueces y Magistrados, no puede ser interpretada —ni exclusiva, ni prioritariamente— como un derecho del Juez; en último término expresa un derecho fundamental del ciudadano a una decisión judicial imparcial como requisito incardinado en la tutela judicial efectiva».

Pues bien, dicho principio de independencia de Jueces y Magistrados tradicionalmente ha

contado en los ordenamientos jurídicos continentales con un amplio abanico de garantías (exclusividad en régimen de monopolio de la potestad jurisdiccional, inamovilidad, régimen de incompatibilidades, etc.), sin duda de mayor importancia que la existencia del CGPJ y entre las que ocupa lugar particularmente relevante el denominado estatuto judicial, esto es, un régimen jurídico estatutario específico del que disfrutaban los miembros de la carrera judicial en su condición de tales con la finalidad de protegerles frente a eventuales injerencias en su labor jurisdiccional. Pero para que dicha garantía despliegue sus efectos no basta con que el estatuto judicial esté reservado a la ley (en nuestro ordenamiento a la ley orgánica); es preciso igualmente que su aplicación corra a cargo de una instancia externa al propio Poder Judicial (la exclusividad de la función jurisdiccional impide lo contrario) en lo que habitualmente se conoce como un régimen de heterogobierno y, especialmente, que la actuación de dicha instancia se halle regida por criterios objetivos y ciertos que evite la desnaturalización de las finalidades para las que el estatuto judicial fue concebido; en suma, que la aplicación del régimen estatutario sea una función de naturaleza estrictamente administrativa. Pero, ¿puede predicarse tal actuación de un órgano relativamente numeroso y plural al que la propia Constitución califica como órgano de gobierno del Poder Judicial? El constituyente español parece decantarse por una respuesta afirmativa, acotando sus atribuciones (bien es verdad que con una formulación abierta) a aquellos aspectos que suponen la gestión del estatuto judicial, como habrá ocasión de analizar más adelante.

Pero en sentido contrario, también es lícito preguntarse si acotar las competencias del CGPJ exclusivamente a cuestiones referentes a la aplicación del estatuto judicial es una opción correcta en términos de eficiencia (LÓPEZ GUERRA, 2001, I, 154), pero también en términos de garantía de la independencia judicial, que hoy se ve acosada con embates que vienen de más allá de las instancias gubernamentales.

mentales y a través de cauces mucho más sibilinos y sofisticados que el favorecimiento de algunos Jueces por medio de nombramientos o ascensos, o las eventuales molestias que algunos de estos puedan padecer con la inspección o imposición de sanciones, tal como señalara el Tribunal Constitucional para justificar el establecimiento del CGPJ.

O a lo mejor es que el CGPJ es una institución traspasada por dos vectores de signo divergente (gobernar —en el sentido fuerte de la expresión— el Poder Judicial y garantizar la independencia de este —en cuanto conjunto de Jueces y Magistrados individualmente considerados—), lo que genera constantes contradicciones en su funcionamiento en cuanto se ve sistemáticamente atravesado por las tensiones que de modo continuo se producen entre el mundo de la Política y el ámbito del Derecho.

A analizar el alcance de esa función de gobierno se dedica el apartado inmediatamente siguiente.

B) *La posición de este órgano en el sistema de división de poderes y funciones: significado y alcance de la función constitucional de gobierno del Poder Judicial*

Cuestión distinta —aunque es evidente que está estrechamente conectada con las que se acaban de exponer— es cuál sea el significado y alcance de la función constitucional de gobierno que la Constitución encomienda al CGPJ. Porque no se puede ignorar que cuando el término «gobierno», que en sentido genérico es equivalente a dirección, impulso de líneas de acción, mando, emisión de órdenes, etc., se proyecta sobre un sector del Estado tan singular como el que es objeto de la acción del CGPJ, irremediabilmente cobra un significado notablemente distinto al habitual.

En su dimensión *ad intra* porque el destinatario o sujetos pasivos de esa función de gobier-

no es el Poder Judicial, esto es, un colectivo de servidores públicos (Jueces y Magistrados) y un conjunto de órganos en que aquel se organiza para el cumplimiento de sus funciones (Juzgados y Tribunales), que tienen como principal característica el reconocimiento por el ordenamiento de un estatus propio y particular regido por el principio de independencia. Y esta singularidad modula de modo inexcusable y da perfiles propios a la función de gobierno que sobre estos individuos y órganos pueda ejercerse, por cuanto en ningún caso podrá esta afectar al ejercicio de la potestad jurisdiccional en sí misma, potestad que les es propia. O como ha señalado P. SALA, «el gobierno de los Jueces tiene que ser rigurosamente exterior al momento jurisdiccional; en consecuencia, la labor gubernativa en el Poder Judicial solo puede quedar referida al desarrollo del estatuto jurídico del Juez... ha de quedar, por tanto, limitada al tema de los nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario de Jueces y magistrados» (SALA, 2003, 228; en el mismo sentido, aunque desde una perspectiva general, esto es, no referido a España, LUCAS MURILLO, 1995).

Pero también en su dimensión *ad extra*, la función de gobierno del Poder Judicial, que el art. 122 CE encomienda al CGPJ, exige una profunda revisión respecto a la posición que este ocupa en el marco de la división de poderes, posición que nada tiene que ver con los contenidos que habitualmente se asocian a dicha expresión.

Que la función de gobierno que el Consejo desempeña quede acotada a la administración del estatuto jurídico propio de los miembros del Poder Judicial, en aras de garantizar su independencia, claramente remite a un elenco de competencias y atribuciones tasadas muy diferente de las que ostentan el Gobierno y el Parlamento (entre nosotros, las Cortes). En tanto que estos últimos se sitúan sin duda en el ámbito de «lo político», el CGPJ, inserto en el Título VI de la Constitución, esto es, formando parte (aunque sea para desempeñar facultades de dirección y

organización) de la estructura organizativa denominada «Poder Judicial», ha de situarse en el ámbito de «lo jurídico». O, dicho de otro modo, en tanto que los primeros gozan de una posición de clara libertad política ordenada a la creación de la ley y el Derecho, el segundo está exclusivamente llamado a la realización y aplicación del principio de legalidad y, en ese ámbito, sus funciones, sean estas jurisdiccionales (especialmente en este caso), gubernativas, administrativas o de gestión procesal, carecen de la libertad de disposición propia de los órganos políticos.

Varias razones parecen confirmar esta posición del CGPJ en el sistema de división de poderes.

De una parte, aunque sobradamente conocido, quizás sea bueno recordar que en las democracias constitucionales contemporáneas la función de gobierno (asociada a las nociones de dirección e impulso de los restantes poderes públicos que ostenta el órgano gubernamental) es, junto a la creación de normas que se encomienda al legislativo, la que encarna el *indirizzo politico*. Se caracteriza este porque la acción del poder orientada a la consecución de los intereses generales no se halla sometida a parámetros preestablecidos; son por el contrario los criterios ideológicos y de oportunidad los que guían dicha acción. El contrapeso, como es igualmente conocido, radica en el sometimiento cotidiano de tales actos al control parlamentario y, en última instancia, al control por la ciudadanía mediante las consultas electorales que periódicamente se celebran. Sin embargo, no es esta ni la naturaleza ni la posición del CGPJ en el esquema de división de poderes. Y, por tanto, tampoco es esta la relación con la ley y el Derecho que le corresponde al Consejo en nuestro ordenamiento (que en absoluto se puede comparar ni equiparar con la que cumple al Gobierno y a las Cortes), por más que la Constitución lo defina como órgano de gobierno del Poder Judicial. El CGPJ, consecuentemente, es un órgano titular de unas competencias atribuidas y delimitadas por el

ordenamiento, tanto en su alcance como en su contenido, sin que quepa entender que quede en manos del propio Consejo la competencia para definir su propia competencia o para adoptar sus decisiones exclusivamente desde parámetros políticos o ideológicos.

Lo anterior no es obstáculo para que el Consejo goce de unos ciertos márgenes de disponibilidad en el ejercicio de sus funciones, como por lo demás sucede con tantos otros órganos de naturaleza administrativa, que son titulares de competencias administrativas de carácter discrecional en las que el legislador deja un amplio margen de disponibilidad con ocasión de su ejercicio. Discrecionalidad o libertad de disponibilidad del contenido de las acciones del CGPJ que pueden comportar una cierta participación de este en la dirección y determinación de la política judicial (en igual sentido, LÓPEZ GUERRA —2002, 1010—, aunque quizás amplía en exceso el ámbito de disponibilidad del CGPJ con ocasión del ejercicio de ciertas competencias hasta el punto de configurarlas en la práctica como funciones estrictamente políticas). Pero ello no quiere decir que el Consejo participe del *indirizzo politico* de que gozan el Gobierno y las Cortes (y muy limitadamente el Tribunal Constitucional), ni que el CGPJ sea un órgano político en sentido estricto, pues el único control al que están sometidos sus actos es el ejercido por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo al examinar la adecuación de estos al ordenamiento (art. 638.2 LOPJ).

Lo contrario constituye una contradicción que podría llegar a desvirtuar por completo el cumplimiento de la misión constitucional para la que el Consejo fue creado: garantizar la independencia del Poder Judicial. Como ha quedado apuntado más atrás, la independencia de que goza el Juez tiene por finalidad primera garantizar la exclusiva sumisión de este a la ley; pero también cabe afirmar en sentido inverso que **la ley —como mandato objetivo, racional y democrático— genera seguridad jurídica y certeza en la determi-**

nación del estatuto judicial, siendo esta la mayor garantía para la independencia del Juez. En este sentido, malamente podrá el Consejo ser garante de la independencia judicial, si su actuación no está regida por la sumisión a la ley y al Derecho, estando por el contrario inspirada y guiada por criterios políticos, que, por su propia naturaleza, no están determinados con carácter previo.

Pero es que, además, la **propia composición** del Consejo constitucionalmente determinada apunta, igualmente, a configurar un órgano de clara significación y relevancia jurídica: veinte vocales Jueces o juristas de reconocida competencia; en suma, expertos en Derecho, porque son respuestas fundadas en Derecho lo que el ordenamiento espera tanto de sus integrantes individualmente considerados como del órgano en cuanto tal, lo que explica a su vez que el art. 632 de la LOPJ exija que **«los acuerdos de los órganos del Consejo «siempre» serán motivados»**, mandato del que no se pueden considerar exonerados los actos discrecionales (véase STS de 29 de mayo de 2006).

En resumen, el CGPJ es un órgano de gobierno del Poder Judicial que tiene como finalidad garantizar la independencia de Jueces y Magistrados, órgano autónomo, en cuanto independiente del Gobierno y de las Cortes, en el ejercicio de sus atribuciones (a cuyo efecto se le habilita para reivindicar estas ante el Tribunal Constitucional), y titular de unas competencias jurídicamente tasadas en su contenido y cuyo ejercicio se halla sometido a la ley y al Derecho, sin perjuicio de que —al igual que sucede con otros altos órganos de la Administración General del Estado— en ocasiones dicho ejercicio se desarrolle con unos márgenes amplios de discrecionalidad. Esta discrecionalidad, a veces estirada al máximo, ha llevado a que con frecuencia se hable del CGPJ como órgano que participa en la dirección de la política judicial. Pero como bien ha anotado LÓPEZ GUERRA (2002, 1010), la expresión «dirección de la política judicial» (como gestión del Poder Judicial

con amplios niveles de discrecionalidad), en ningún caso puede confundirse o equipararse con la dirección de la política de Justicia, que ostenta el gobierno de la Nación (o en su caso los ejecutivos autonómicos), labor de dirección esta última sometida a control parlamentario y responsabilidad política, rasgos esenciales que, por el contrario, son totalmente ajenos a la posición, estatuto y ejercicio de las competencias por el CGPJ, quedando sometidos sus actos y acuerdos exclusivamente al control jurídico de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo.

2. Composición, nombramiento y régimen jurídico de los miembros del CGPJ

Frente a lo que es habitual en el Derecho comparado, el constituyente español optó, desde los primeros momentos, por fijar explícitamente y con bastante minuciosidad la composición y modo de designación de los miembros del órgano de gobierno del Poder Judicial dedicando a dicha cuestión el extenso ap. 3.^o del artículo aquí comentado.

A tal efecto, amén de fijar la cualificación profesional necesaria para incorporarse a dicho órgano («Jueces y Magistrados de todas las categorías judiciales... y juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio en la profesión»), el texto constitucional determina con exactitud el número total de integrantes del mismo (veinte vocales más el Presidente del Tribunal Supremo, elegido por el propio Consejo en su primera sesión), el cupo mínimo de vocales que en todo caso deben pertenecer a la carrera judicial —doce del total de veinte— (lo que no ha impedido que en la práctica haya sido frecuente el incremento del número de vocales judiciales al ser nombrados para dicho cargo, y dentro del cupo de juristas, miembros en activo de la carrera judicial, posibilidad hoy explícitamente prohibida por el art. 567.3 LOPJ), fija igualmente la duración del mandato (cinco años) y concreta los órganos llamados a ele-

var la propuesta de nombramiento al Rey (doce el Congreso de los Diputados y ocho el Senado), así como las mayorías requeridas para tal propuesta (concretamente los juristas deben ser propuestos en cada cámara por mayoría de tres quintos), sin perjuicio de que la ley orgánica haya extendido esta mayoría cualificada a las propuestas de vocales judiciales a partir del año 1985 al encomendar igualmente esa labor a las cámaras parlamentarias (art. 567.1 LOPJ).

No obstante, dicha regulación constitucional tan pormenorizada, lejos de propiciar un amplio consenso entre las fuerzas parlamentarias constituyentes a la hora de poner en marcha esta nueva institución se ha revelado, en verdad, como una regulación extremadamente rígida que ha actuado como factor de inestabilidad y solo ha servido para poner de manifiesto desde muy tempranamente los profundos desacuerdos que latían entre las fuerzas políticas, no solo sobre el concreto tema de la composición del órgano de gobierno del Poder Judicial y el modo de designación de sus integrantes, sino también —en un sentido más amplio— sobre el significado mismo de la institución en cuanto tal.

El resultado práctico ha sido que, en los cuarenta años de vigencia del texto constitucional, se han **sucedido cuatro modelos distintos de nombramiento de vocales del CGPJ**, cada uno de ellos plasmado en normas de carácter orgánico: uno —LO 1/1980— en el que el nombramiento parlamentario de los ocho vocales juristas se combinaba con el nombramiento por la propia carrera judicial de los vocales judiciales; un segundo —LO 6/1985— según el cual la totalidad de los miembros del Consejo (judiciales y juristas) eran designados exclusivamente en sede parlamentaria; un tercero —LO 2/2001— en el que, partiendo de las mismas bases que en el anterior (nombramiento parlamentario de la totalidad de los vocales), la selección de los vocales judiciales se veía mediatizada por una preselección de treinta y seis candidatos en el seno de la propia carrera judicial

con participación privilegiada de las asociaciones judiciales; *numerus clausus* de candidatos que se suprimirá en el cuarto modelo hoy vigente —LO 4/2013—, toda vez que, según el nuevo art. 573 LOPJ, pueden presentar su candidatura a vocales todos aquellos miembros de la carrera judicial que presenten bien el aval de veinticinco miembros de la misma en servicio activo, o bien el aval de una asociación judicial legalmente constituida, siendo entre dicha nómina de donde Congreso y Senado deben elegir los doce vocales judiciales.

Pero la controversia acerca del modo de selección de los vocales judiciales no se ha traducido tan solo en la descrita sucesión de reformas de la LOPJ, sino que también se ha proyectado en sede constitucional con dos hitos particularmente relevantes: el conflicto de competencias promovido en mayo de 1985 por el primer CGPJ del régimen constitucional presidido por F. Saiz de Robles (1981/1985) y resuelto por el Tribunal Constitucional con su STC 45/1986 y el recurso de inconstitucionalidad promovido por diputados del Partido Popular frente a los artículos de la LOPJ reguladores de esta cuestión, resuelto igualmente en sentido negativo por el Tribunal Constitucional con la STC 108/1986.

En el fondo de dicho debate, sin embargo, más allá del concreto modo de selección de los vocales judiciales, latía un conflicto entre sectores conservadores y progresistas tanto del arco parlamentario como del estamento judicial, reivindicando los primeros una más intensa materialización del CGPJ como instancia de autogobierno judicial, lo que en los años inmediatamente siguientes a la finalización del régimen franquista, con un estamento judicial excesivamente comprometido en el plano ideológico con los valores conservadores del franquismo, podía significar en la práctica una potenciación en el gobierno del Poder Judicial de un sector que difícilmente iba a acometer o respaldar las reformas necesarias en el ámbito judicial para consolidar el régimen constitucional.

El mero decurso del tiempo parece haber pacificado dicho debate, como bien acredita el hecho de que, más allá de retóricas declaraciones públicas, las dos últimas reformas de la LOPJ en lo tocante al modo de selección de los vocales judiciales del CGPJ se hayan llevado a cabo en periodos de hegemonía parlamentaria del Partido Popular, que en ambas ocasiones contaba con mayoría absoluta en el Congreso de los Diputados y manteniendo intacta la elección parlamentaria de los vocales judiciales.

Aceptada pues la legitimidad constitucional de la designación parlamentaria de todos los vocales del CGPJ —vocales judiciales incluidos— y aunque hoy quizás (cuarenta años después de la entrada en vigor del texto constitucional) pudiera conferirse un mayor protagonismo al estamento judicial en la designación de los vocales togados, reforzando la representatividad del estamento judicial en dicho órgano, la última de las reformas de fondo de la LOPJ se ha desarrollado por otros derroteros, intentando incidir en lo que probablemente ha venido siendo el principal problema de este órgano: el hiperdimensionamiento crónico de las funciones de carácter político/partidista en la actividad institucional del CGPJ, en perjuicio de la que pareciera estar en el origen de esta figura en el constitucionalismo europeo subsiguiente a la II Guerra Mundial, garantizar la independencia de jueces y magistrados en el ejercicio de la función jurisdiccional, tanto en sus aspectos generales, como particularmente sustrayendo al Ejecutivo de sus tradicionales competencias al respecto.

Con tal finalidad la reforma de la LOPJ (LO 4/2013 de 28 de junio) parece haberse orientado principalmente en dos direcciones: de un lado, acotar con mayor precisión el elenco de atribuciones de dicho órgano constitucional (tema que se analizará en el siguiente apartado) y, de otro, modificar sustancialmente el régimen jurídico de funcionamiento de este, aspecto que abreviadamente se aborda inmediatamente a continuación.

En síntesis, la opción de la LO 4/2013, de 28 de junio, de reforma del CGPJ, por la que se modifica la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, está inspirada en el régimen de funcionamiento del Consejo de Estado y consistió en establecer dos regímenes de dedicación de los vocales del CGPJ. Unos, los miembros de la Comisión Permanente, se dedican en régimen de exclusividad al ejercicio de la condición de vocales (inicialmente en número de cinco, más el Presidente —LO 4/2014— y más tarde —LO 7/2015-2016— en número de siete más el Presidente). Los restantes Vocales ejercen el cargo a tiempo parcial con obligación de asistir a las sesiones de Pleno y a las comisiones que pudieran estar inscritos. Y paralelamente, en cuanto a la distribución de competencias entre el Pleno y la Comisión Permanente se lleva a cabo un amplio trasvase de cometidos y potestades en favor de aquella, invirtiendo la regla vigente con anterioridad, que beneficiaba a la formación plenaria del Consejo frente a la Comisión Permanente (J. DONAIRE, 2016, 51 y ss.). De este modo el legislador intentaba, y en buena medida logró, ganar en eficacia y rebajar la conflictividad interna en la gestión de las competencias de carácter ordinario (gestión de la carrera judicial, gestión e inspección de los órganos jurisdiccionales, organización de las tareas de formación continua, etc.) y perdió relevancia y proyección mediática en el ejercicio de las de mayor relevancia política en sentido estricto (nombramientos de los niveles superiores de la judicatura, informes de proyectos de ley, etc.).

La reforma legal, en todo caso, fue cuestionada desde muy diversos sectores tanto del estamento judicial como desde sectores político-parlamentarios, siendo incluso impugnada ante el Tribunal Constitucional mediante un recurso de inconstitucionalidad promovido por diputados del Partido Socialista; el Tribunal Constitucional dictó, en todo caso, sentencia favorable a la constitucionalidad de la reforma, modulando tan solo por vía interpretativa el alcance de nuevo art. 564 LOPJ (STC 191/2016).

3. Breve referencia a sus competencias

La regulación constitucional del régimen jurídico del CGPJ se completa en el art. 122 con una breve indicación de sus competencias, que se concretan en «**nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario**»; esto es, como bien señalara el Tribunal Constitucional, se trata de sustraer al Gobierno y encomendar al CGPJ aquellos aspectos de la gestión del estatuto judicial «que más pudieran servir para intentar influir sobre los Tribunales» o, en sentido negativo, que más pudieran ser utilizados por el Ejecutivo para interferir la independencia de Jueces y Magistrados con ocasión del ejercicio por estos de la potestad jurisdiccional.

Dicha enumeración ha de interpretarse, en todo caso, como un **catálogo mínimo** de competencias (el constituyente, con cautela, tras encomendar reservar a la ley orgánica la determinación del régimen jurídico del Consejo, a la hora de singularizar las funciones, emplea la expresión «en particular» para reforzar la idea de que las allí recogidas no pueden faltar en el futuro desarrollo legislativo), que son, por tanto, indisponibles para el legislador, que no podrá negarle al CGPJ ninguna de las allí previstas (ni reducida alguna en su contenido por bajo de unos mínimos niveles de reconocibilidad), lo que no es obstáculo en sentido inverso, dado el **carácter abierto** de tal enumeración, para que el legislador pueda atribuirle otras nuevas atribuciones allí no contempladas.

El problema, sin embargo, no es tanto la fuerza vinculante en sentido positivo que puede tener el catálogo constitucional de competencias para el legislador orgánico, sino si esa relación de atribuciones, en cuanto es abierta, deja disponibilidad al legislador orgánico para que este pueda ampliar indefinidamente las competencias del CGPJ o, por el contrario, hay un techo competencial para el Consejo que el legislador no puede rebasar.

El texto constitucional nada dice de modo explícito, lo que no impide que por vía de una

interpretación sistemática haya que admitir una cierta limitación en negativo desde la propia Constitución en el momento de determinar legislativamente las competencias del Consejo. Por de pronto, obvio es decirlo, la propia naturaleza del órgano objeto de regulación impide atribuirle tareas que nada tienen que ver con aquella. Pero más allá de ello, dados los amplios márgenes de disponibilidad que quedan en manos del legislador, cabe preguntarse si es posible establecer *ex Constitutione* alguna otra limitación.

El problema se plantea, como en casi todos los interrogantes que suscita la regulación constitucional del CGPJ, porque, como ya se ha apuntado en varias ocasiones, la posición constitucional de este órgano viene definida por dos nociones, si no contradictorias, sí al menos divergentes y que generan lógicas notablemente diferentes. De un lado, como es sobradamente conocido, el texto constitucional proclama que el CGPJ es «órgano de gobierno» del Poder Judicial. Y paralelamente, es pacíficamente asumido que la finalidad por excelencia que sirve de fundamento a este órgano es operar de garantía de la independencia de cada Juez o Magistrado en el ejercicio de la jurisdicción.

Y resulta que en tanto que la función de gobierno tiene una *vis* expansiva que tiende a una constante ampliación de los techos competenciales de dicho órgano, e incluso a un ejercicio de las atribuciones legalmente encomendadas regido por unos amplios márgenes de discrecionalidad (así, en el V Consejo 2001/2008), en sentido contrario la condición del CGPJ como garante de la independencia de Jueces y Magistrados (que no la independencia del Poder Judicial como estructura orgánica del Estado) aconseja unas competencias limitadas cuyo ejercicio se halle intensamente regido por el principio de legalidad y la subordinación al Derecho, pues solo la seguridad y certeza que ofrece la racionalidad jurídica puede generar auténtica independencia al Juez (incluso ante su propio órgano de gobierno).

Así lo ha subrayado taxativamente el Tribunal Constitucional a modo de *obiter dicta* en la recientemente citada sentencia 191/2016 al proclamar, en relación con la naturaleza y estatuto del CGPJ, que «Los vocales del Consejo no están ligados por mandato imperativo alguno ni pueden ser removidos de su cargo por decisión o a impulso de cualquier otro poder público, de tal manera que el Consejo, independiente sin duda del Gobierno, lo es también respecto de las Cortes Generales, sin que entre aquel y estas medie «una vinculación de dependencia política» que el constituyente, como en su día advertimos, también quiso evitar. Esta autonomía y separación funcionales del Consejo respecto de los demás poderes públicos es la única que se compeadece con su condición de órgano no político; esto es, de institución que no ha sido llamada por la Constitución a ejercer sus funciones sobre la base de orientaciones ideológicas o de partido, del todo legítimas para el actuar de gobiernos o parlamentos, pero inconciliables con los cometidos y la función de garantía de la independencia judicial que corresponden al Consejo» (FJ 5.º *in fine*).

En este marco, la LO del CGPJ de 1980, elaborada en tiempos en los que las tesis del autogobierno eran hegemónicas (la propia inicial Exposición de Motivos del proyecto de ley califica al Consejo como materialización del régimen de autogobierno judicial; *BOCG*, Serie A, núm. 64-D), reconoció un amplio catálogo de competencias, que cinco años más tarde se vería reducido y acotado a la baja en la LOPJ 6/1985 Lo anterior, sin embargo, no fue obstáculo para que una interpretación en continuo proceso de expansión, en particular en aquello que concierne a las atribuciones de mayor significación política (p. ej., la competencia de informar proyectos de ley reguladores de materias inmediatamente vinculadas al ejercicio de la jurisdicción), terminase por convertir al CGPJ en un referente obligado a la hora de intentar comprender nuestro sistema político de gobierno.

En efecto, a partir de los años 90 la consolidación del Estado autonómico, con la apertura

de nuevas competencias en el sector Justicia a favor de determinadas CC. AA., avaladas estas a su vez por una jurisprudencia del Tribunal Constitucional generosa con el reconocimiento de competencias autonómica en materia de Administración de Justicia, propiciaron como reacción una recuperación de espacios en favor del CGPJ como instancia principal para mantener determinados títulos en materia de Justicia en manos del Estado con el respaldo de la reforma de la LOPJ de 1994 (sobre esta cuestión véase JIMÉNEZ ASENSIO; 2004, 34 y ss.). Corriente que obviamente será bien recibida por los Consejos de la época (1996/2001 y muy particularmente por el Consejo 2001/2008, con interpretaciones claramente extensivas de las competencias legalmente encomendadas a este órgano constitucional, hasta el punto —como ha quedado más apuntado— de convertir al CGPJ en una pieza más del sistema político de gobierno.

Dicha posición institucional se revertirá notablemente con la reforma de la LOPJ de 2013 por una doble vía. De un lado acotando y limitando el alcance y contenido de diversas competencias. De otro, desplazando diversas atribuciones del Pleno a la Comisión Permanente, rebajando así sensiblemente su significación política. Esa reducción del protagonismo mediático del Consejo ha sido interpretada por algunos sectores, principalmente del estamento judicial, como una pérdida de relevancia del papel y atribuciones CGPJ y, en última instancia, un cierto desprecio a la importancia del Poder Judicial mismo. Sin embargo, lo cierto es que la determinación precisa de unos criterios acerca de cuál puede ser el máximo o el mínimo ámbito competencial constitucionalmente legítimo del CGPJ quedan irremediamente en manos del legislador orgánico, con un amplio margen de disponibilidad del catálogo de competencias que solo a él (o en su caso al Tribunal Constitucional) corresponde determinar, en el caso concreto a partir de un deseable ponderado equilibrio entre los dos principios que definen la posición de este órgano en el sistema. Y en la presente ocasión así ha sido.

BIBLIOGRAFÍA

- AA. VV. (ALBACAR, J. L. *et alii*), *Jornadas de Estudio sobre el Consejo General del Poder Judicial*, CGPJ-Editora Nacional, Madrid, 1983.
- AGUIAR DE LUQUE, L. (Ed.), *Independencia Judicial y Estado Constitucional. El gobierno judicial*, Tirant, Valencia, 2016.
- BALLESTER CARDELL, M., *El Consejo General del Poder Judicial. Su función constitucional y legal*, CGPJ, Madrid, 2007.
- BUSTOS GISBERT, R., LÓPEZ AGUILAR, J. F., LUCAS MURILLO, P. y RODRÍGUEZ-DÍAZ, A., «Encuesta sobre la independencia del Poder Judicial», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 38, 2016.
- DE OTTO, I., *Estudios sobre el Poder Judicial*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1989.
- DÍEZ PICAZO, L. M.^a, *Régimen constitucional del Poder Judicial*, Civitas, Madrid, 1991.
- FERNÁNDEZ RIVEIRA, R. M.^a, «Nuevos enfoques de la independencia judicial. Dos puntas de iceberg en la reforma de la LOPJ», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 38, 2016.
- GERPE LANDÍN, M., «La configuración constitucional del Consejo General del Poder Judicial», en *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al Prof. F. Rubio Llorente*, CEPC, Madrid, 2002.
- ÍNIGUEZ FERNÁNDEZ, D., *El fracaso del autogobierno judicial*, Thomson-Civitas, Madrid, 2008.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R., *Pacto de Estado, reforma de la Administración de Justicia y Comunidades Autónomas*, IVAP, Oñati, 2004.
- LÓPEZ GUERRA, L., *El Poder Judicial en el Estado Constitucional*, I, Palestra, Lima, 2001.
- «Consejo General del Poder Judicial y Política de la Justicia», en *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al Prof. F. Rubio Llorente*, CEPC, Madrid, 2002.
- LUCAS MURILLO, P., «El gobierno del Poder Judicial: los modelos y el caso español», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 35, 1995.
- MARTÍNEZ ALARCÓN, M. L., *La independencia judicial*, CEPC, Madrid, 2004.
- SALA SÁNCHEZ, P., «El gobierno del Poder Judicial», en *Constitución y Poder Judicial, XXV aniversario de la Constitución de 1978*, CGPJ, Madrid, 2003.
- TEROL BECERRA, M., *El Consejo General del Poder Judicial*, CEC, Madrid, 1990.

Artículo 123

1. El Tribunal Supremo, con jurisdicción en toda España, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales.

2. El Presidente del Tribunal Supremo será nombrado por el Rey, a propuesta del Consejo General del Poder Judicial, en la forma que determine la ley.

Sumario: I. La posición constitucional del Tribunal Supremo. 1. Antecedentes. 2. La garantía institucional de un órgano jurisdiccional supremo. 3. El recurso de casación y las aperturas de la jurisdicción. 4. La jurisprudencia y su consideración constitucional. II. El presidente del Tribunal Supremo. III. Las relaciones entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional. 1. Las tensiones entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional. 2. Las posibles explicaciones. 3. La situación actual de equilibrio.

JUAN ANTONIO XIOL RÍOS

MAGISTRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
EXPRESIDENTE DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO
EXMAGISTRADO DE LA SALA TERCERA DEL TRIBUNAL SUPREMO

I. LA POSICIÓN CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO

1. Antecedentes

El TS fue creado por la Constitución de 1812, cuyo art. 259 establece que «[h]abrà en la Corte un Tribunal que se llamarà Supremo Tribunal de Justicia».

La creación del TS en la Constitución de 1812 no corresponde primordialmente a la iniciativa revolucionaria de crear un tribunal de casación para garantizar el imperio de la ley, como única expresión de la soberanía del pueblo, sobre los jueces, sino más bien a la de hacer efectivo el principio de responsabilidad frente a las arbitrariedades judiciales mediante el conocimiento «de los recursos de nulidad, que se interpusieran contra las senten-

cias dadas en última instancia para el preciso efecto de reponer el proceso devolviéndolo, y haciendo efectiva la responsabilidad de que trata el art. 254». Este último precepto establecía lo siguiente: «Toda falta de observancia de las leyes que arreglan el proceso en lo civil y en lo criminal hace responsables personalmente a los Jueces que la cometieren». A su vez, el art. 255 establecía que «[e]l soborno, el cohecho y la prevaricación de los magistrados y Jueces producen acción popular contra los que los cometan» y el art. 253 establecía el procedimiento para que las quejas que llegasen al rey sobre algún magistrado fueran juzgadas por el Tribunal Supremo con arreglo a las leyes.

La referencia a la recta interpretación de la ley solamente se refleja en la competencia consistente en «oír las dudas de los demás Tribuna-

les sobre la inteligencia de alguna ley y consultar sobre ellas al Rey para que promueva la conveniente declaración en Cortes», recogida en el punto décimo del art. 261. Pero antes se atribuyen al TS como funciones principales la de hacer efectivo el principio de unidad jurisdiccional en relación con las Audiencias, los Tribunales especiales y la jurisdicción eclesiástica, y el principio de unidad de fuero (art. 248) concentrando el conocimiento de las causas y juicios de separación y suspensión en relación con altos cargos y juicios de residencia contra empleados públicos.

Es, pues, patente, que **las características del TS en su inicio histórico** responden a los postulados liberales de racionalización del sistema jurídico y de unidad del poder judicial y responsabilidad en el ejercicio de la función jurisdiccional con arreglo a la Constitución, evitando resoluciones arbitrarias y particularistas. La historia del TS irá ligada a una preocupación por la codificación orgánico-procesal (según el art. 244 «[l]as leyes señalarán el orden y las formalidades del proceso, que serán uniformes en todos los Tribunales, y ni las Cortes ni el Rey podrán dispensarlas»), por la unidad del procedimiento, por el recorte del abusivo arbitrio judicial, por la intensificación de la inspección en la Justicia (principios patentes, según CALDERÓN COLLANTES, en el Reglamento del Tribunal Supremo, aprobado por RD de 17 de octubre de 1835) y por la eficacia de la función judicial, aspecto cuya importancia se comprende hoy más profundamente. El principio de eficacia luce en el RD de 17 de marzo de 1812, en el cual se dispone que «la Regencia del Reino cuidará de que al establecerse este Supremo Tribunal no experimente la Administración de Justicia el menor retraso». En la Constitución de 1812 se establece, asimismo, como una de las competencias del TS la de «examinar las listas de las causas civiles y criminales, que deben remitirle las Audiencias para promover la pronta administración de justicia, pasando copia de ellas para el mismo efecto al Gobierno, y disponer su publicación».

El TS no enlaza con la Administración de Justicia histórica. El Decreto de 17 de marzo de 1812, promulgado dos días antes que la Constitución, establece, paralelamente a la «creación del supremo Tribunal de justicia», que «quedan suprimidos los Tribunales conocidos con el nombre de Consejos». Una de las primeras discusiones en Cortes (25 de marzo de 1812) versará sobre si los magistrados de los antiguos consejos, algunos de los cuales habían sido suspendidos por sospechas de infidencia, debían formar o no parte del nuevo TS.

El hecho de que se regule en la Constitución de 1812 con todo detalle la composición y las funciones del TS, característica que hoy consideramos propia de los órganos constitucionales, esenciales en la estructura del sistema político creado por la norma fundamental, demuestra **la vinculación que tiene el TS con el sistema político liberal** que se implanta con ella. No es, pues, de extrañar que la andadura del TS hasta 1833 haya sido la de la Constitución de 1812: fue suprimido en 1814, restablecido en 1820 y nuevamente disuelto en 1833, con constantes cambios de sede entre Madrid, Sevilla y Cádiz, hasta que fue instaurado definitivamente por Decreto de 24 de marzo de 1834, que lo denomina «Tribunal Supremo de España e Indias», aunque pronto se restablece su denominación originaria de «Tribunal Supremo de Justicia».

A lo largo del siglo XIX el TS viene marcado, por una parte, por la **tensión con la tradición histórica** heredada de los antiguos consejos, pues durante largo tiempo, siempre con carácter provisional, se le atribuyen la mayoría de las funciones que desempeñaban aquellos, entre ellos el Consejo de Indias (Real Decreto de 13 de mayo de 1837).

Por otra parte, influye en la andadura histórica del TS una **tendencia a la aproximación al modelo francés de tribunal de casación**. Los recursos de nulidad reconocidos en la Constitución de 1812 no habían sido regulados por ley. Proclamada por tercera vez la Consti-

tución de 1812 en 1833, se restableció el recurso de nulidad. El 1 de enero de 1856 fue sustituido por el recurso de casación. La introducción del recurso de casación coincidió con otra de las modificaciones introducidas por la Revolución: la exigencia de motivación de los fallos en los tribunales, generalizada por la LEC de 5 de octubre de 1855. La competencia del TS como tribunal de casación fue consagrada definitivamente por la Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial de 1870, que le reconocía competencia para conocer de los recursos de casación por quebrantamiento de forma y por infracción de ley, además de las cuestiones de competencia en los recursos de fuerza contra resoluciones de los tribunales eclesiásticos, los de queja, las causas contra los ministros de la Corona, el presidente de las Cortes y el presidente del TS o sus presidentes de sala, magistrados y fiscal y magistrados de las audiencias por los delitos que cometiesen en acto de servicio, y los incidentes de recusación contra presidentes o varios magistrados de una sala.

La **Ley Provisional Orgánica del Poder Judicial de 1870** significó la profesionalización de la Administración de Justicia, que fue progresivamente implantándose durante el final del siglo XIX y principios del siglo XX. Esta Ley estableció una estructura del TS que continuaba asentada en los principios del Estado liberal y puede considerarse como fundamento de la actual.

Durante la **Dictadura del general Franco** se reservó para la estructura orgánica de la Administración de Justicia el conocimiento de las áreas sociales menos susceptibles de tener repercusiones políticas. Paralelamente se construyó una profusa red de Tribunales especiales de variada tipología, próximos al poder, que permitieron la coexistencia de la independencia judicial con la irrelevancia social y política del núcleo más representativo de la jurisdicción (TOHARIA, 1978).

Las notas características en el sistema liberal de la Administración de Justicia, la uni-

dad, la independencia y la sumisión a la ley, se convirtieron en principios garantes del apoliticismo. Este nuevo dogma de la función judicial era, en realidad, una falacia alimentada por la necesidad de supervivencia. Se produjo una burocratización sin precedentes en la carrera judicial y se abandonó la conciencia de ejercicio de un poder. La función de juzgar se ejercía, ajena a un verdadero compromiso de garantía de los derechos, con un respeto indiferente a las decisiones del sistema, especialmente cuando se manifestaban adoptando la vestidura de disposiciones con rango de ley. La actividad judicial se desenvolvía con un formalismo exagerado, que luego el Tribunal Constitucional calificaría, con enorme acierto histórico, como «enervante». La primera sentencia que utilizó esta expresión, que hizo fortuna, fue la STC 57/1984, Sala Segunda, de 8 mayo, FJ 3 (Ponente J. Arozamena), según la cual «[e]l derecho, constitucionalmente garantizado, a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales no puede ser comprometido u obstaculizado mediante la imposición de formalismos enervantes o acudiendo a interpretaciones o aplicaciones de reglas disciplinadoras de los requisitos y formas de las secuencias procesales, en sentidos que aunque puedan parecer acomodados al tenor literal del texto en que se encierra la norma son contrarios al espíritu y a la finalidad de esta, y, desde luego, no ajustados a una consideración de tales reglas reinterpretadas a la luz del art. 24.1 de la CE».

El TS mantenía su función heredada de tribunal de casación, limitada al área reducida de la justicia ordinaria, en la que formalmente regía el principio de legalidad. En sentido en cierto modo contrario al que presidió su creación, esporádicamente se le atribuyó una función legitimadora de las nuevas jurisdicciones especiales [recurso de casación contra las sentencias del Tribunal de Orden Público (Ley 154/1963, de 2 diciembre) y recurso de casación contra las sentencias de las magistraturas de trabajo y en interés de ley contra resoluciones

del Tribunal Central de Trabajo (Texto refundido de Procedimiento Laboral aprobado por Decreto 2381/1973, de 17 de agosto, arts. 166 y ss. y 185 y ss.)). Como órgano situado en la cúpula de la Administración de Justicia, incorporó, en asociación con el Gobierno, ciertas funciones disciplinarias y de gobierno de los tribunales. La Ley de 20 de diciembre de 1952 creó el Consejo Judicial, compuesto por el presidente del TS, la Sala de Gobierno y un magistrado de cada sala, con funciones de propuesta en terna de nombramientos y de informe de aptitud para ascensos y traslados. Esto creó en el TS una cierta tradición de compromiso con el *statu quo* de aparente apoliticismo impuesto a los tribunales por el régimen. Esta situación, en el fondo, envolvía una aceptación de los principios del sistema político. Para algunos, en efecto, la esterilización ideológica del TS durante este período solo fue aparente (BASTIDA, 1986).

Durante el período histórico conocido como la **Transición**, el Ejecutivo pretendió que el TS asumiese y con ello prestase su legitimación a la decisión política de legalizar el Partido Comunista. Al efecto instrumentó, al estilo del régimen que desaparecía, un texto normativo *ad hoc* dotado formalmente de rango legislativo. Tras negar el pláacet, en una decisión del Pleno sin precedentes, al magistrado designado por el Gobierno de la Transición (Becerril) para presidir la sala competente, el TS rechazó entrar a examinar el asunto, poniendo en cuestión, por primera vez, la imperatividad para los tribunales de un decreto-ley. El auto de la Sala Cuarta de lo Contencioso-Administrativo de 1 de abril de 1977 declaró «la falta de jurisdicción de esta Sala para conocer de las presentes actuaciones, relativas a la Inscripción en el Registro de Asociaciones Políticas de la promovida con la denominación de Partido Comunista de España». En sus considerandos se rechaza implícitamente que «en su esfera jurisdiccional pudieran incidir los preceptos contenidos en el art. 1, núms. 1 y 2 del Real Decreto Ley precedentemente mencionado [núm. 12 de 8 de febrero

de 1977]», dada la valoración que realiza a tenor de la cual el acto decisorio que se le solicita es exclusivo de la potestad administrativa. Esta resolución culminaba la inversión de los principios liberales del TS, que solo parcialmente fue luego contrarrestada desde el propio tribunal facilitando la renovación de sus miembros mediante la inclusión en terna por el Consejo Judicial de algunos magistrados enfrentados al antiguo régimen con la activa colaboración del presidente del TS designado por el Gobierno de la Transición (Escudero del Corral) para la puesta en funcionamiento del nuevo órgano de gobierno de los Tribunales: el CGPJ.

2. La garantía institucional de un órgano jurisdiccional supremo

La **promulgación de la Constitución** a finales de 1978 sentaba las bases jurídicas de un sistema democrático. Esto suponía la ruptura con el régimen anterior llevada a cabo mediante procedimientos reformistas respetuosos con las formas jurídicas y con la apariencia de continuidad institucional. Respecto de la Administración de Justicia, el mantenimiento, en su mayoría, de las fórmulas liberales (arts. 117 y ss. CE) —que el régimen anterior no había considerado prudente derogar: la Ley Provisional de 1870 fue derogada por la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio—, envolvía una profunda modificación de la función jurisdiccional.

Por una parte, la **división de poderes** se afirmaba mediante la creación de un órgano constitucional, el CGPJ, encaminado a asumir las funciones de gobierno del Poder Judicial preservando la independencia judicial. Por otra parte, se ordenó la supresión de los tribunales especiales y se proclamó la unidad de la carrera judicial. Finalmente, los tribunales aparecían configurados como Poder Judicial. Esta fórmula tardó varios quinquenios en ser entendida y asimilada en toda su profundidad, en contraste con el dogma del apoliticismo. Los tribunales ordinarios dejaron de

tener una posición idéntica a la que mantenían en la etapa preconstitucional. Podía decirse que eran *los mismos*, pero ya no eran *lo mismo*.

El constituyente se abstuvo de configurar al TS como uno de los órganos constitucionales en que se fundaba el entramado del nuevo sistema político, a diferencia de lo que ocurrió en la Constitución de 1812. Era, ciertamente, consciente del papel capital que correspondía al TS en el nuevo sistema judicial. Pero este papel, que le correspondía como paradigma de la Administración de Justicia en su conjunto, no era determinante en el nacimiento del nuevo sistema constitucional, aunque sí para el mantenimiento del Estado de Derecho y de los valores de justicia, igualdad y pluralismo en que este se asienta. La configuración del TS como órgano constitucional hubiera obligado, como ocurrió en la Constitución de 1812, a definir con precisión su composición y sus funciones, rompiendo con la institución existente. Por el contrario, se optó por la **técnica de la garantía institucional** (GONZÁLEZ RIVAS, 2000). Según la STC 32/1981, FJ 3, «[l]a garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles [es decir, «reconocibles»] para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar». Establecer la garantía institucional consiste, pues, en asegurar el núcleo de una institución, tal como es entendida en el contexto de un determinado sistema social y político, defiriendo su regulación concreta al poder legislativo. Permite una mayor flexibilidad y capacidad evolutiva y, sobre todo, se explica por la necesidad de continuar la tradición jurídica respecto de una institución ya existente, despojada de las adherencias que amenazaban con desvirtuarla. Técnicamente, pues, el TS no es un órgano constitucional (calificación reivindicada frecuentemente en su seno), sino un órgano de relevancia constitucional.

3. El recurso de casación y las aperturas de la jurisdicción

La CE atribuye el desarrollo de las **funciones del TS** a la LOPJ (art. 122.1 CE). Este desarrollo no es, sin embargo, abierto. El principio de garantía institucional obliga a asignarle, cuando menos, el mínimo de la competencia connatural a un TS estatal que tiene carácter único y al que son permeables los ordenamientos autonómicos; que participa de la tradición histórica de los tribunales de casación; y que explica su existencia por la necesidad de garantizar la unidad de doctrina en la aplicación de la ley en todo el ámbito estatal. Así puede deducirse de una interpretación sistemática: la CE se pronuncia expresamente sobre la extensión de su jurisdicción a toda España (art. 123.1 CE), admite que la limitación de instancias en las CC. AA. es permeable a la función del TS (art. 152.1. II CE) y reconoce el valor de la jurisprudencia como instrumento de interpretación anejo a la ley y ajeno al efecto de la cosa juzgada [art. 161.1.a) CE].

Desde este punto de vista, el reconocimiento institucional por la CE supone atribuir al TS un papel de **garantía de la unidad de acción del Poder Judicial** en su conjunto y de la unidad del ordenamiento jurídico estatal frente a la diversidad territorial y la consiguiente existencia de subconjuntos ordinamentales que comporta el Estado autonómico. Así lo expresó prontamente el legislador ordinario en el preámbulo, VI, de la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y de Planta Judicial, según el cual «[l]a regulación procesal del mismo [del recurso de casación], adecuadamente realizada, permitirá que, sin convertir al TS, a través de un artificial y desproporcionado incremento de sus titulares, en un órgano de difícil funcionalidad, asuma plenamente, mediante la adecuada selección objetiva de las materias a que dedica su atención, su labor de unificar la interpretación del ordenamiento jurídico efectuada por todos los Juzgados y Tribunales, con el carácter de

supremo garante del principio de legalidad y de la unidad de acción del Poder Judicial en su conjunto».

Solo en casos excepcionales la CE establece una **atribución directa de funciones al TS** (enjuiciamiento penal de miembros de altos órganos del Estado: arts. 71.3 y 102.1 CE).

Sin embargo, su reconocimiento como órgano de relevancia constitucional en una posición de supremacía respecto de los órganos jurisdiccionales españoles permite entender que el TS está en una **situación autonómica o paradigmática con respecto a las funciones reconocidas en la Constitución al Poder Judicial** de modo más específico.

Tal sucede con una serie de funciones, que reseñaré a título de enumeración no cerrada. Su interpretación exige en ocasiones poner en relación el texto constitucional con el contexto ordinamental que explica su sentido: tutela ordinaria de los derechos fundamentales, como previa al recurso de amparo (art. 53.2 CE); control indirecto de la constitucionalidad de las leyes mediante el planteamiento de la cuestión de constitucionalidad (art. 163 CE); control de los reglamentos (art. 106.1 CE); control de la responsabilidad patrimonial de la Administración (art. 106.2, en relación con el art. 106.1 CE); control de la actividad discrecional de esta (art. 106.1 CE); reconocimiento del error judicial y del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia (art. 121, en relación con el art. 24 CE); control del estatuto de los funcionarios (art. 106.1, en relación con el art. 103.3 CE); enjuiciamiento de las funciones de gobierno del Poder Judicial (art. 122.2, en relación con el art. 24 CE); enjuiciamiento de los actos materialmente administrativos de otros órganos constitucionales (art. 24, en relación con el art. 106.1 CE); control del procedimiento electoral (art. 70.2 CE); funciones no jurisdiccionales atribuidas por la ley en garantía de cualquier derecho (art. 117.4 CE); control de la Administración de las CC. AA. [art. 153.c)

CE], control de los decretos legislativos (art. 82.6 CE).

La LOPJ y las leyes reguladoras de los distintos procesos han ido desarrollando y articulando el reconocimiento de estas funciones. Este desarrollo se ha hecho con fidelidad a la idea acuñada históricamente de que la supremacía del TS, constitucionalmente garantizada, impone reconocerle una posición de preeminencia jurisdiccional en cada una de las materias, aunque no necesariamente mediante una función de casación. Las técnicas utilizadas, siguiendo la inercia de la regulación orgánica anterior, han sido: la articulación de recursos de casación, de unificación de doctrina o en interés de la ley y el reconocimiento de competencias en única instancia. A esta última técnica se acude sistemáticamente cuando se trata del control de actos o conductas de órganos constitucionales o de relevancia constitucional o de sus miembros. Cierta sector doctrinal defendió el reconocimiento del recurso de casación como competencia exclusiva del TS. Sin embargo, el Tribunal Constitucional considera que el legislador estatal puede residenciar en los tribunales superiores de justicia recursos de casación (STC S47/2004, de 25 de marzo, FJ 15). Según la STC 56/1990, 29 de marzo, FJ 33 «puede sostenerse que la «casación regional» atiende de manera equilibrada a los principios de unidad y diversidad del Derecho privado y que la supremacía del Tribunal Supremo o sujeción a su jurisdicción en todos los órdenes, con independencia de lo dispuesto en materia de garantías constitucionales, queda salvaguardada por los recursos previstos en las materias que le son propias; es decir, aquellas en las que resulta imprescindible unificar la jurisprudencia, circunstancia que no se da cuando se trata exclusivamente de derecho civil autonómico».

Esta situación ha sido en gran parte rebasada por diversos factores, que revelan que la posición constitucional del TS, caracterizada por la transformación del derecho y por la **apertura de la jurisdicción a nuevas**

materias, ya no puede explicarse solo con los datos normativos del momento constituyente. Las voces críticas surgidas recientemente en nuestro entorno contra el gobierno de los jueces revelan la modificación sustancial que está experimentando el papel de las jurisdicciones supremas en los ordenamientos continentales y, especialmente, en el español. Entre estos factores pueden apuntarse someramente los siguientes:

— El reconocimiento por la CE de los tribunales superiores de justicia como órganos judiciales que culminan la organización judicial en el ámbito de las respectivas CC. AA. (*vid.* comentario al art. 153 CE).

— La crisis del monopolio constitucional de control de las leyes originada por la entrada en la UE, que ha determinado la inaplicación de las leyes contrarias al Derecho comunitario, en virtud del principio de supremacía de este.

— El reconocimiento del principio de aplicación de las leyes conforme a la Constitución por los tribunales ordinarios (art. 5 LOPJ).

— La intensificación de las garantías en materia de derecho sancionador, que abre el camino en ciertos casos, en consonancia con el principio de interpretación de las leyes conforme a la Constitución, a la inaplicación de la ley inconstitucional por los tribunales ordinarios sin previa declaración de inconstitucionalidad (verbigracia, la STC núm. 25/2002, Sala Primera, de 11 de febrero, otorga el amparo anulando la actividad administrativa por la vulneración del principio de legalidad penal por la Administración en aplicación de una ley inconstitucional sin previa declaración de inconstitucionalidad de esta).

— La evolución del Estado autonómico. El control de la Administración de las CC. AA. corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa, según el art. 153.c) CE. Esto ha abocado a una alternatividad entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional para resolver los conflictos de competencia entre el Es-

tado y las Comunidades Autónomas cuando tienen como objeto la actividad administrativa susceptible de control contencioso.

— El cambio de la conciencia social sobre las inmunidades del poder y sobre los fines y límites de la actividad política (admisión del control jurisdiccional de los actos políticos, tales como los de nombramiento de Fiscal General del Estado, STS, Sala Tercera, Pleno, de 28 de junio de 1994, rec. 7105/1992; clasificación de documentos por el Gobierno, STS, Sala Tercera, Pleno, de 4 de abril de 1997; decreto de convocatoria de elecciones a un Parlamento autonómico, STS, Sala Tercera, Sección 6.ª, de 15 de julio de 1997, rec. 2074/1995; nombramiento de magistrados del TS, STS 47/2004, Sala Tercera, Pleno, de 25 de marzo).

— La evolución de la conciencia social sobre la responsabilidad de los poderes públicos, incluido el judicial. El TS ha apreciado responsabilidad patrimonial del legislador cuando ha juzgado que los daños o perjuicios económicos causados por una ley revestían caracteres de sacrificio singular de situaciones económicas consolidadas, adquiridas o generadas en virtud del principio de confianza legítima fundado en la intermediación de una actividad administrativa (verbigracia, SSTS, Sala Tercera, de 8 de octubre de 1998, caso *Texaco*; 5 de marzo de 1993, sobre cupos exentos de aranceles como consecuencia del Tratado de Adhesión de España a la Comunidad Europea; 17 de febrero de 1998, caso *Es Trenc*, que se apoya en la reserva efectuada en la STC de 13 de febrero de 1997, número 28/1997, FJ 7) y ha llevado los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de una ley (a partir de la STS, Sala Tercera, de 29 de febrero de 2000, caso *Juegomatic*) y de la nulidad de la disposición legal contraria al Derecho europeo (STS, Sala Tercera, de 12 de junio de 2003, caso *Canal Satélite Digital*) al terreno de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, aplicando en el último caso los requisitos exigidos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea para la exigencia de responsabilidad a los Es-

tados miembros por incumplimiento del Derecho de la Unión. Esta doctrina convierte al TS «por vías indirectas en el Juez de la ley» (PULIDO QUECEDO, 2003).

— El cambio de paradigma sobre la función que corresponde al Poder Judicial en el sistema político. A raíz de la experiencia obtenida en las elecciones generales de 1990, la reforma electoral de 1991 atribuyó a la Sala Tercera del TS el conocimiento de los recursos contencioso-electorales en las elecciones generales y al Parlamento Europeo, antaño disperso en los tribunales superiores de justicia, fundándose en la necesidad de lograr «la deseable unidad de criterios en la materia». Un principio decisivo ha sido la aplicación a las juntas electorales de las reglas generales de control jurisdiccional de la Administración, con la anuencia del Tribunal Constitucional (STC, Pleno, 149/2000, de 1 de junio). Por vía legislativa se ha establecido la atribución al TS del control de los actos del Gobierno sobre restitución del patrimonio histórico de los partidos políticos (Ley 43/1998, de 15 de diciembre, sobre restitución o compensación a los partidos políticos de bienes y derechos incautados en aplicación de la normativa sobre responsabilidades políticas del período 1936-1939). Finalmente se ha atribuido al TS en única instancia, mediante la composición de una sala especial, la declaración de ilegalidad de los partidos políticos, entre otras razones, por apoyo a organizaciones terroristas, por la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos políticos (precedida de una amplia discusión doctrinal acerca de la procedencia de atribuir esta competencia al Tribunal Constitucional).

— La evolución de los cánones a los que el juez está sujeto en un mundo complejo. Según la STC 237/2005, «[l]a persecución internacional y transfronteriza que pretende imponer el principio de justicia universal se basa exclusivamente en las particulares características de los delitos sometidos a ella», principio que abre de manera prácti-

camente incondicionada el enjuiciamiento en España a los delitos contemplados en el art. 23.4 LOPJ (genocidio y terrorismo, entre otros).

4. La jurisprudencia y su consideración constitucional

El principio de legalidad es en el sistema continental la raíz del recurso de casación. España, con importantes particularidades históricas a las que nos hemos referido, no es una excepción. A raíz de la **Revolución Francesa** la tensión entre, por una parte, la función creadora del juez como instrumento apto para la interpretación de los principios o de las costumbres emanadas de la sociedad (que terminaría prevaleciendo en el sistema de *common law*) y, por otra, la fuerza imperativa de la norma emanada del poder se resuelve de forma abrumadora a favor de la ley como expresión de la soberanía. La lógica del sistema imponía que los jueces fueran, en palabras de MONTESQUIEU, la boca que pronuncia las palabras de la ley. Se sometieron los jueces, como «seres inanimados», a la interdicción de interpretar el CC y, tras unos años de consulta obligatoria o facultativa, según los casos, a la Asamblea Legislativa del sentido auténtico de la ley (de la que existe un reflejo en la Constitución española de 1812, a que nos hemos referido), se creó un Tribunal de Casación con el fin de imponer políticamente a los jueces la aplicación auténtica de la ley.

Pronto, sin embargo, se patentizó una gran paradoja: el Tribunal de Casación acabó generando su propia jurisprudencia, es decir, criterios sobre aplicación de la ley seguidos por los tribunales inferiores. Hoy día la noción de jurisprudencia en sentido propio está todavía ligada a la noción de recurso de casación, aunque, en un sentido amplio, jurisprudencia es toda doctrina emanada de los tribunales que fija criterios que deben ser seguidos por los tribunales inferiores, como ocurre con el Tribunal Constitucional y con los tribunales

superiores de justicia, dentro de sus competencias respectivas.

La concepción predominante en el sistema continental ha venido negando el carácter vinculante de la jurisprudencia y considerando esta como un producto ajeno a la creación del Derecho, un precipitado generado por el ejercicio de la función del TS consistente en corregir, por medio de la resolución de los recursos de casación, cualesquiera errores en la aplicación del ordenamiento por parte de los tribunales inferiores (NIEVA FENOLL).

En el plano legislativo puede considerarse expresiva de esta concepción la definición de la jurisprudencia que da el Código Civil (art. 1.6 CC) al enumerar las fuentes del Derecho. También en el sistema continental, sin embargo, la jurisprudencia se ha considerado siempre como un criterio de aplicación de la ley que debe ser seguido por los tribunales inferiores, y por ello se han hecho esfuerzos denodados, a lo largo de muchos años, para justificar su valor imperativo, desde tesis normativistas, tratando de asimilar la jurisprudencia a una fuente del Derecho similar a la ley.

Como ha observado con gran agudeza DE OTTO, expulsando la jurisprudencia del campo de las fuentes del Derecho en sentido estricto se ha querido a veces colocarla al margen del ordenamiento jurídico, situándola en una posición extraña y, por lo tanto, negando su valor vinculante en el proceso de aplicación e interpretación del derecho.

En mi opinión, no cabe atribuir a la jurisprudencia un valor normativo que no tiene; pero la jurisdicción constitucional ha de partir para el enjuiciamiento de la constitucionalidad de las leyes de la jurisprudencia ordinaria como sistema de unificación de la aplicación de la ley que refleja de manera preferente el alcance real de la norma según el uso que de ella hacen los agentes jurídicos: el «derecho viviente» (MANGIAMELI), que ostenta el carácter de precedente jurisdiccional cualificado por su fuerza jurisprudencial (LÓPEZ GUERRA).

El paradigma constitucional ha impuesto una nueva concepción, fundada en una cierta aproximación del sistema continental al *common law*. Nace de una notable preocupación por la incorporación de los principios constitucionales a la labor de aplicación e interpretación de la ley y por evitar la contradicción entre las resoluciones judiciales, teniendo en cuenta que la igualdad ante los tribunales y la seguridad jurídica constituyen principios de todo sistema democrático, especialmente necesitados de protección en los Estados compuestos. Según la conocida expresión de HOLMES, el Derecho no es lógica, sino experiencia: el Derecho consiste en aquello que dicen los jueces. La contradicción entre ellos, cabe concluir, aboca a la inseguridad jurídica y a la negación misma del Derecho. La crisis del Derecho y de la jurisprudencia para HABERMAS (1991) consiste precisamente en «la indeterminación de las decisiones judiciales». La Constitución Española contiene un precepto [art. 161.1.a) CE] que presume el carácter vinculante en el orden pragmático de la jurisprudencia: «La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a esta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada».

El reconocimiento del valor vinculante del precedente propio del sistema de *common law* es un estímulo para reconsiderar el valor vinculante de la jurisprudencia. Invita a admitir como pilar básico de una teoría de la jurisprudencia, como dice Díez-PICAZO, «el respeto del precedente judicial como respeto a la idea de justicia a través de la igualdad». En esta línea de pensamiento, NABAL RECIO nos da una excelente definición de jurisprudencia: «La jurisprudencia no es una creación del TS. Es una reelaboración que el Tribunal hace con materiales de muy diferente procedencia, con los estudios doctrinales, con sus propias resoluciones y las de los Tribunales de instancia, con las alegaciones de profesionales y litigantes, indagando en las estructuras lógicas subyacentes en el ordenamiento, en los sistemas de valores que conviven en conflicto den-

tro de la sociedad. La jurisprudencia representa la aportación de los Jueces al proceso continuo de transformación del Derecho».

Sin embargo, el paradigma constitucional, al poner en entredicho las soluciones normativas, ha producido inicialmente el efecto paradójico de facilitar que se ponga en cuestión el valor vinculante de la jurisprudencia para los tribunales inferiores. El TC, cuando se han combatido en un recurso de amparo decisiones judiciales que se separan de la jurisprudencia, comenzó afirmando que, en aras de la independencia judicial, esta posible divergencia no se puede controlar en el recurso de amparo (STC 73/1988, Pleno, de 21 de abril). Posteriormente, el TC proclamó la función de unificación del ordenamiento del TS reconociendo explícitamente en algunas resoluciones, por vía de definición abstracta y general, el valor de la jurisprudencia del TS. En alguna de las sentencias del TC se ha llegado a atribuir a la jurisprudencia, prácticamente sin matices, un valor «normativo» (verbigracia, STC 120/1994, Sala Primera, de 25 de abril, FJ 1).

La STC 31/2010 (FJ 44) patrocina una concepción de la jurisprudencia que puede considerarse adecuada al nuevo paradigma constitucional. La sentencia alude «al cometido característico y propio de dicho Tribunal [Supremo] en tanto que órgano jurisdiccional «superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales» (art. 123.1 CE). Cometido cifrado en la reducción a unidad del ejercicio de la jurisdicción por el conjunto orgánico de la pluralidad de los Juzgados y Tribunales en los que se estructura y organiza el Poder Judicial del Estado».

Finalmente, la STC 37/2012, de 19 de marzo, dictada en Cádiz en el Oratorio de San Felipe Neri el día en que se cumplieron 200 años de la promulgación de la Constitución de 1812, quiere ser deferente con el TS consagrando el reconocimiento de la jurisprudencia. En ella se acepta la constitucionalidad de un precep-

to legal que establece el valor vinculante de la doctrina legal sentada en una sentencia del TS dictada para resolver un recurso de casación contencioso-administrativo. Pues bien, los argumentos utilizados, como se pone de manifiesto en dos de los votos particulares, son en cierto modo circulares: (i) la jurisprudencia del TS en la aplicación e interpretación de la ley tiene vocación de ser observada por los tribunales inferiores, dado su carácter complementario del ordenamiento jurídico, pero no tiene carácter vinculante, pues aquellos gozan de independencia —FJ 4—; (ii) con carácter excepcional, la ley atribuye valor vinculante a la jurisprudencia dictada en un recurso de casación en interés de la ley; el precepto legal en que así se hace no incurre en inconstitucionalidad, pues su objeto entra en las facultades de libre configuración de legislador y los jueces no ven afectada su independencia, pues, sometidos al imperio de la ley, deben respeto «a la doctrina legal del Tribunal Supremo, con valor complementario del ordenamiento jurídico» —FJ 7, párr. 3—.

II. EL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL SUPREMO

Según el art. 123.2 CE «[e]l Presidente del Tribunal Supremo será nombrado por el Rey, a propuesta del CGPJ, en la forma que determine la ley». Del art. 122.3 CE se desprende que el presidente del TS es, al propio tiempo, el presidente del CGPJ. El propósito de esta **doble presidencia** es el de evitar conflictos entre ambas instituciones y, al propio tiempo, de recíproca limitación mediante una técnica que recuerda la de *checks and balances* característica de la democracia madisoniana, completada con otras, como el control contencioso-administrativo por el TS de los actos del CGPJ (esto último no está recogido directamente por la CE, pero prácticamente se encuentra implícito en el art. 106.1 CE en relación con el art. 24.1 CE).

El órgano que parecía llamado a provocar mayores conflictos con el TS era, en efecto,

el CGPJ. Su presencia como órgano constitucional de composición con origen mixto parlamentario y judicial supone privar al TS de las funciones de gobierno que desempeñaba en estrecha relación con el Ejecutivo. El CGPJ, entre otras funciones, es el encargado de realizar los nombramientos de los magistrados del TS con amplia discrecionalidad, solo sometida al cumplimiento de determinados requisitos previos (LEDESMA).

III. LAS RELACIONES ENTRE EL TRIBUNAL SUPREMO Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. Las tensiones entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional

Con cierta separación respecto de su función de definir el ámbito sustantivo de los derechos fundamentales, aunque en estrecha relación con ella, el TC ha ido **penetrando con intensidad creciente en la función jurisdiccional ordinaria** mediante sucesivas aperturas de su jurisdicción. Comenzó haciendo valer la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva en contra del formalismo evasivo al que los tribunales de justicia estaban acostumbrados. También de la primera época es la proscripción, como contrarias al principio de igualdad, de las rupturas injustificadas de la unidad de criterio judicial. Contemporáneamente reivindicó el examen de la racionalidad de la apreciación de la prueba en el proceso penal desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia. Más adelante, el control de la racionalidad se extendió a la aplicación del ordenamiento jurídico en su conjunto, impuesto especialmente desde el ángulo del principio de legalidad en la imposición de penas y sanciones y de la ponderación de los derechos fundamentales afectados en el proceso. Finalmente, extendió sus facultades de control considerando como aspectos del derecho a la tutela judicial efectiva la prohibición constitucional de la arbitrariedad y la exigencia de una motivación reforzada cuando la resolución afecta a derechos fundamentales.

Estas posiciones del TC han producido, en conjunto, y sobre todo en sus primeras etapas, un **efecto netamente positivo** en la actuación de la jurisdicción ordinaria. En poco tiempo se vio forzada a abandonar las pautas de esterilización propias del régimen anterior e incorporó en su labor de aplicación de la ley los principios y valores de la CE. La jurisprudencia constitucional se ha convertido en un elemento del ordenamiento jurídico del que no pueden prescindir los tribunales ordinarios. En situaciones de normalidad, ha sido prácticamente innecesario invocar el art. 5 LOPJ, que nació con el poco disimulado propósito de evitar que los criterios interpretativos surgidos del TC fueran rechazados o desconocidos intencionadamente por los tribunales ordinarios.

Las aperturas de la jurisdicción constitucional al proceso ordinario han sido muchas veces objeto de reticencias injustificadas por los tribunales ordinarios; pero otras han tenido efectos negativos en el ejercicio de la función jurisdiccional y en la posición constitucional del TS. Así ha sucedido cuando el TC ha incurrido en aparentes **excesos de jurisdicción** (BUSTOS PUECHE), que han penalizado especialmente al TS. El intervencionismo del TC, justificado inicialmente por la función propedéutica del amparo constitucional (J. A. X., 2001), lo convirtió *de facto* en una última instancia y determinó la masificación de asuntos pendientes en el TC y que la anulación de sentencias del TS por el TC fuera relativamente frecuente y apareciera, como se dijo irónicamente, como una violación de derechos fundamentales que deviene tal a modo de un delito de resultado (APARICIO). A título de ejemplo, la STC 7/1994, de 17 de enero, afirma que la aplicación de ciertas normas que ha hecho el TS «provoca el incumplimiento de las obligaciones que al juzgador impone el [...] art. 24 de la Constitución».

No es, pues, de extrañar, que se registrara una larga serie de **episodios conflictivos** entre el TC y el TS. Conviene que hagamos referencia a los más significativos (*vid.* SERRA CRISTÓBAL).

El primer incidente entre el TS y el TC es contemporáneo con el nacimiento de la jurisprudencia constitucional sobre la presunción de inocencia. Esta jurisprudencia (STC 31/1981, Sala Primera, de 28 de julio), de gran calado en el proceso penal, fue recibida al principio con evidente reticencia por los tribunales ordinarios y determinó una mutación sustancial del sentido del recurso de casación penal (STC 56/1982, Sala Segunda, de 26 de julio). La Sala Segunda del TS, la cual había padecido con anterioridad filtraciones sobre el contenido de alguna deliberación, ordenó **la incoación de oficio de diligencias penales a los magistrados del TC** por la filtración a la prensa de la sentencia dictada en el caso *RUMASA* (STC 111/1983, Pleno, de 2 de diciembre). Aquellos declararon por escrito y el asunto terminó en archivo.

Alguna de las primeras sentencias del TC anuló decisiones de las Salas Primera, Segunda y Sexta del TS sobre la **apreciación de los requisitos para interponer el recurso de casación**. La doctrina fue iniciada por la STC 17/1985, Sala Primera, de 9 de febrero, respecto de la Sala Sexta (hoy Sala Cuarta) del TS. Fue continuada por la STC 110/1985, Sala Primera, de 8 de octubre, respecto de la Sala Segunda del TS (aunque puede citarse como anterior la STC 56/1982, Sala Segunda, de 26 de julio, tendente a introducir en el recurso de casación el examen de la presunción de inocencia). La STC 81/1986, Pleno de 20 de junio, la aplicó a la casación civil, de competencia de la Sala Primera del TS. La asunción de la competencia por el Pleno del TC y el voto particular del magistrado Díez-Picazo, prelujiendo la que luego sería la doctrina definitiva del TC en la materia, revelan el carácter polémico de estas decisiones, dado que atacaban un principio característico de los tribunales de orden superior, el de disponer de un margen razonable de apreciación para delimitar su propia competencia. Este principio, por cierto, había sido reivindicado para el TC en intervenciones públicas de destacados miembros de este.

Más tarde, con ocasión de la **reforma de la casación llevada a cabo en 1992**, se repro-

dujo una doctrina análoga en la STC 212/1994. El TS dictó diversos autos en sentido frontalmente opuesto (entre ellos, ATS de 24 de enero de 1995), en los que se razona profusamente, en un perceptible intento de llevar a la convicción del TC la bondad de su postura inicial. Tras diversas incidencias extraprocesales, el TC inició una doctrina más contemporizadora sobre el alcance del derecho de tutela judicial en vía de recurso. Este nuevo punto de vista le permitió reconocer que el TS también dispone de facultades para interpretar la legislación sobre admisibilidad de los recursos de casación al atribuirle «la última palabra sobre la admisibilidad de los recursos de casación ante él interpuestos, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales» (STC 37/1995).

La opinión según la cual la Sala Tercera de lo Social (y la Quinta) del TS «nunca han planteado problema alguno con el Tribunal Constitucional» (GIMENO SENDRA) solo puede aplicarse a los aspectos extraprocesales. Respecto de la **Sala de lo Social** han recaído numerosos pronunciamientos del TC discutibles en cuanto al alcance de su jurisdicción. Desde planteamientos doctrinales se han puesto de manifiesto las dificultades existentes (A. DESDENTADO).

La **Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo** padeció también los efectos de esta etapa de rigor en la jurisprudencia constitucional respecto a la admisibilidad del recurso de casación (STC 188/1994, de 20 de junio). El conflicto, sin embargo, se desarrolló por cauces más discretos (*vid.* GIMENO SENDRA). Posteriormente, el TC ha aceptado el rigor, objeto de críticas doctrinales, de la Sala Tercera en la admisión de los recursos de casación, especialmente a raíz de la entrada en vigor de la LJCA 29/1998, de 13 de julio (SSTC 58/1995, Pleno, de 10 de marzo, sobre inadmisión por razón de la cuantía en materia de sanciones administrativas; 260/2000, Sala Primera, de 30 de octubre, sobre inadmisión por presentación anticipada en el Juzgado de Guardia; y 230/2001, Sala Segunda, de 26 de

noviembre, sobre inadmisión por falta de justificación en el escrito de preparación de la relevancia para el fallo de la norma estatal citada como infringida).

Más tarde, la **Sala Primera del TS**, en una reunión para la unificación de criterios de 12 de diciembre de 2000, elaboraría unas reglas muy estrictas para la admisión del recurso de casación y extraordinario de infracción procesal en aplicación de la nueva LEC 2000. El TC consideró estas interpretaciones compatibles con la Constitución. Verbigracia, ante la doctrina según la cual los criterios de admisibilidad del recurso de casación por interés casacional no son aplicables a los asuntos seguidos por razón de la cuantía, los AATC 191/2004, de 26 de mayo, 201/2004, de 27 de mayo, y 208/2004, de 2 de junio, y las SSTC 150/2004, de 20 de septiembre, 164/2004, de 4 de octubre, 167/2004, de 4 de octubre, y 3/2005, de 17 de enero, descartan que el TS incurra en irrazonabilidad, arbitrariedad o error patente, declarando que «es evidente que no nos encontramos ante «una simple expresión de voluntad», sin motivación o fundamento alguno (STC 164/2002, de 17 de septiembre), ni ante «quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no puedan considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas» (SSTC 151/2001, de 2 de julio, FJ 5; 164/2002, de 17 de septiembre, FJ 4), ni ante un razonamiento jurídico objetivamente insusceptible de resultar comprensible a «cualquier observador» (STC 222/2003, de 15 de diciembre, FJ 5)». Una doctrina similar había sido seguida con anterioridad en relación con la jurisprudencia de la Sala Cuarta del TS sobre el régimen de admisión de la casación social para la unificación de doctrina.

En el orden civil, el TC penetró también en la labor de apreciación de la prueba mediante la técnica —irreprochable desde el punto de vista constitucional— de ponderar su resultado en función de la importancia de los intereses constitucionales afectados. Así ocurrió en el caso de la *negativa a la prueba de investigación de la paternidad* (STC 7/1994, Sala Pri-

mera, de 17 de enero). Un voto particular revelaba de manera incuestionable el exceso de jurisdicción que supone la falta de devolución de la competencia, pues se declaraba aplicable la SAP casada por el TS. El grave problema estaba en que el TC iniciaba una discutible práctica consistente en reaccionar contra las reticencias, reales o supuestas, a la efectividad de sus sentencias de amparo **cortocircuitando el sistema de recursos** mediante la anulación de la sentencia del TS y la reviviscencia de la sentencia dictada en una de las instancias, como si tuviese competencia para resolver un recurso de apelación o de casación. En TS se registró un conato de apelar al papel mediador de la Corona a través de su presidente.

El caso más sonado de cortocircuito procesal fue, posteriormente, el **caso Preysler**, en el que, según se interpretó, el TS redujo a la nada el pronunciamiento del TC (STC 115/2000, Sala Segunda, de 5 de mayo) acordando una indemnización simbólica para compensar la lesión del derecho constitucional al honor y a la intimidad que este había apreciado en contra del criterio del TS. El TC (STC 186/2001, Sala Segunda, de 17 de septiembre) dictó una nueva sentencia de amparo similar a la anterior por lesión del derecho al honor y, para evitar que el TS fijase de nuevo en términos inadecuados la indemnización procedente, en lugar de establecer los límites constitucionales para su determinación, ordenó la aplicación de la SAP que había sido casada por el TS. El exceso de jurisdicción se denunció enérgicamente desde el propio TS (TRILLO TORRES, R., «El Tribunal y la dama», *ABC*, 17 de diciembre de 2001). La STS, Sala Primera, de 5 de noviembre de 2001, en términos de inusual dureza, se ratificó en la postura inicial «con la esperanza de que el Tribunal Constitucional medite sobre la importancia de las mismas sin llevar a sus últimas consecuencias lo que entendemos como conducta negligente que, con su repetición, sugeriría la concurrencia al menos de «culpa con representación» o dolo eventual». El TC insistió en su postura sin matización alguna en el fondo ni en el severo lenguaje empleado.

Los riesgos del cortocircuito procesal desde la perspectiva de las garantías constitucionales (especialmente del derecho a un proceso público y contradictorio, inmediación de la prueba, derecho a los recursos y a la doble instancia jurisdiccional) son más evidentes en el **orden penal**, en los que también han sido frecuentes. El acuerdo gubernativo de la Sala Segunda del TS de 15 de diciembre de 2000 se manifestó en el siguiente sentido: «En los procesos penales en que se haya dictado sentencia de casación, anulada por el Tribunal Constitucional en recurso de amparo por vulneración de derechos fundamentales, necesariamente el Tribunal Supremo, máximo órgano jurisdiccional en el orden penal, habrá de finalizar el proceso dictando la sentencia que corresponda en los términos que habrían sido procedentes de haber sido apreciada en la casación la vulneración estimada por el Tribunal Constitucional, consecuentemente con la nulidad y los efectos decididos por el Tribunal Constitucional». En contraste con lo que ocurre en el orden jurisdiccional civil, el TC reaccionó limitándose habitualmente a anular la STS cuando estima el amparo (verbigracia, caso *Los Albertos*, citado *infra*), para que sea el TS el que, en cumplimiento de la sentencia dictada, pronuncie la absolución o, si procede, la condena.

El TS ha llevado en algunas ocasiones su función de protección de los derechos fundamentales más allá de donde ha llegado el TC. Así ocurrió cuando la Sala Primera sentó una doctrina favorable a estimar que la **preterición de la mujer en la sucesión de títulos nobiliarios** es discriminatoria (STS, Sala Primera, de 20 de junio de 1987, y otras muchas posteriores), no plenamente acorde con la naturaleza reconocida por el TC a los títulos nobiliarios como institución tradicional ajena al sistema de derechos fundamentales (STC 27/1982, Sala Segunda, de 24 de mayo). El TC rechazó enmendar el criterio del TS, fiel a su doctrina sobre la imposibilidad del llamado «contraamparo» (STC 885/1991, de 6 de julio). Posteriormente, sin embargo, entró en el examen de la cuestión, aprovechando el plan-

teamiento de una forzada cuestión de inconstitucionalidad sobre la adecuación a la CE de una norma de las Partidas de Alfonso X sobre la sucesión de la Corona (desconociendo que la preferencia del varón no estaba proclamada por ninguna ley, ni tampoco en esa norma histórica, sino que arrancaba de una interpretación sobre el orden de suceder tradicional). Se declaró que la norma de las Partidas era adecuada a la CE (peculiar supuesto de *reviviscencia* de una norma después de varios siglos), y que debía prevalecer la preferencia del varón, dejando sin efecto por este procedimiento indirecto la jurisprudencia del TS. La Sala Primera del TS aceptó sin reacción alguna este evidente exceso de la jurisdicción constitucional (STC 126/1997, Pleno, de 3 de julio), luego enmendado por el legislador, no carente de importancia por el hecho de no haber tenido repercusiones conflictivas.

En algunos casos la invocación del principio de legalidad penal u otras garantías constitucionales en el ámbito sancionador ha servido al TC para mantener interpretaciones de la ley penal o sancionadora discrepantes respecto del TS. En algunas de ellas parece reflejarse una concepción intervencionista de la justicia constitucional en el orden penal o, si se prefiere, una discutible **constitucionalización global del enjuiciamiento penal** o contencioso sancionador, similar al proclamado expresamente por el TC, por otras razones más atendibles, respecto del proceso contencioso-electoral [aunque, en todo caso, sería deseable que se respetase la valoración de los hechos realizada por el tribunal ordinario, cumpliendo lo establecido en el art. 44.1.b) LOTC, precepto frecuentemente olvidado por el TC].

A título de ejemplo, puede citarse el caso **Herri Batasuna** (STC 136/1999, de 20 de julio), en el que la anulación de la sentencia del TS se fundó en la inconstitucionalidad de la norma penal resultante de una nueva perspectiva sobre la falta de proporcionalidad de la pena susceptible de ser impuesta (BACIGALUPO).

Inopinadamente, la STS, Sala Primera, de 23 de enero de 2004, rec. 1/2003, apreció la **responsabilidad civil de varios magistrados del TC**, incluido su presidente, por entender que, al no admitir un recurso de amparo fundándose en que el recurrente había recusado a todos los miembros del Tribunal, «los Magistrados demandados han actuado con una negligencia profesional grave, que supone, para el caso concreto, una ignorancia inexcusable». El recurso de amparo se había interpuesto contra una sentencia de la Sala Tercera del TS que se había mostrado deferente con el TC en relación con los procedimientos de designación de letrados del Tribunal. La STS de la Sala Primera parte del principio de que la «responsabilidad extracontractual o aquiliana tiene que ser aplicable de una manera directa a los magistrados del Tribunal Constitucional, ya que en su regulación orgánica no se han introducido singularidades o especialidades derivadas del ejercicio de su función como máximo intérprete de la Constitución». Fue unánime la crítica en el sentido de que el enjuiciamiento sobre la responsabilidad de los magistrados del TC debe ser ajeno al contenido de sus resoluciones. Mediante Acuerdo de 3 de febrero de 2004, el TC declaró que «la Sala de lo Civil, al enjuiciar la fundamentación dada por el Pleno a una Resolución de inadmisión, pone en serio peligro la función jurisdiccional de amparo invadiendo competencias que solo al Tribunal Constitucional corresponden. Pues no se enjuicia la hipotética concurrencia de algún elemento añadido a las resoluciones mismas y diferenciable de estas, en cuanto eventual posible soporte de la responsabilidad reclamada, sino única y exclusivamente dichas resoluciones» y terminó «rechazando, con serenidad, pero también con rigor, la invasión de nuestra jurisdicción que supone la utilización de la vía civil como indebida prolongación del recurso de amparo». Finalmente, la STC 133/2013, recurso de amparo 1091/2004, acordó estimar el recurso de amparo interpuesto por los magistrados condenados y anular la sentencia dictada por el TS. Por su parte, la LO 6/2007 modificó el art. 4 LOTC, estableciendo que «[e]

Tribunal Constitucional delimitará el ámbito de su jurisdicción y adoptará cuantas medidas sean necesarias para preservarla, incluyendo la declaración de nulidad de aquellos actos o resoluciones que la menoscaben» y que «[l]as resoluciones del Tribunal Constitucional no podrán ser enjuiciadas por ningún órgano jurisdiccional del Estado».

La STC 237/2005 impone sin matizaciones el **principio de justicia universal** respecto de los delitos previstos en el art. 24.4 LOPJ, en una materia cuya trascendencia desde el punto de vista constitucional resulta evidente, frente a las opiniones que han defendido que se trata de un problema de interpretación de la ley ordinaria. La STS, Sala Segunda, de 20 de junio de 2006, rec. 1395/2005, declara que el cumplimiento de la STC «no nos impide mantener el diálogo institucional y constructivo que debe presidir la relación entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, invitando a aquel a un nuevo análisis de las cuestiones que el principio de la jurisdicción universal implica».

Más adelante, el TC, dando un peligroso paso, ha penetrado francamente en el terreno de la interpretación de la ley penal invocando el llamado canon reforzado de tutela judicial, de razonabilidad o de enjuiciamiento constitucional cuando el proceso se refiere a derechos fundamentales como los que resultan afectados por la imposición de una pena. Un ejemplo notable es la STC 29/2008, de 20 de febrero, dictada en el **caso Los Albertos**, en el que el TC se basa en este canon para anular una condena penal interpretando la norma sobre inicio del plazo de prescripción del delito, siguiendo el discutido precedente de la STC, Sala Segunda, 63/2005, de 14 de marzo. En acuerdo no jurisdiccional de 12 de mayo de 2005, la Sala Segunda del TS considera que la STC «insiste en la extensión de la jurisdicción constitucional basándose en una interpretación de la tutela judicial efectiva que, prácticamente, vacía de contenido el art. 123 de la CE, que establece que el TS es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes

salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales, por lo que, consiguientemente, le incumbe la interpretación en última instancia de las normas penales». Este acuerdo fue ratificado en los de 25 de abril de 2006 y 26 de febrero de 2008. En este último, respecto de la STC de 20 de febrero de 2008, se afirma que se desconoce la esencia del art. 123 CE «fijando una interpretación de la legalidad ordinaria que solo corresponde al Tribunal Supremo». En la Memoria del TS publicada en 2008 se critica severamente la expresada sentencia y se sostiene la necesidad de una revisión de la jurisprudencia constitucional relativa al derecho a la tutela judicial efectiva.

2. Las posibles explicaciones

A la vista de esta situación, que registró episodios de recíprocos excesos de jurisdicción, enfrentamientos y exabruptos, más frecuentes que los de diálogo institucional, serenidad y reflexión, no es extraño que también en España se hablase frecuentemente de la «guerra de las Cortes», expresión acuñada en Italia y susceptible de ser trasladada a otros países en los cuales se ha instaurado posteriormente la justicia constitucional y en que la relación de esta con la corte suprema no es del todo satisfactoria.

Para un sector importante de la doctrina y de la opinión profesional, la razón del enfrentamiento entre el TS y el TC ha radicado en la **defectuosa delimitación de las competencias** de uno y de otro, por falta de una adecuada definición del ámbito de la legalidad ordinaria frente a la materia constitucional, cuya solución radicaría principalmente en definir mejor los trazos de separación, subrayando la posición preeminente del TC en materia de garantías constitucionales.

El ap. 1.º del art. 123 CE, en efecto, concentra en una fórmula simple el principio que debe regir las relaciones entre el TS y el TC: «El Tribunal Supremo, con jurisdicción en toda

España, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales».

Quiere esto decir, en primer término, que la garantía constitucional de una jurisdicción ordinaria suprema se formuló en la CE, ateniéndose a la tradición histórica del TS, de manera casi descriptiva, subrayando el elemento que había caracterizado a dicho tribunal en la tradición liberal de los tribunales de casación: la nota de supremacía (preeminencia, superioridad jerárquica, según el *DRAE*). En España la nota recibida por la CE aparecía tradicionalmente resaltada en la designación del órgano como supremo y en las referencias deferentes a este como Alto Tribunal (con mayúsculas mayestáticas), habituales en el foro. Es la misma nota que, en el ámbito de los tribunales superiores de justicia, el constituyente expresó con la palabra «culminar»: llegar al grado más elevado (art. 152.1. II CE).

Esta nota de preeminencia o superioridad jerárquica se concibe con carácter general cuando se refiere al TS («en todos los órdenes», es decir, cualquiera que sea el tipo de relación que se considere en el ejercicio de la jurisdicción o potestad jurisdiccional) y tiene una excepción, introducida en el precepto con el adjetivo de valor adverbial «salvo»: el TS no goza de esta nota de preeminencia en las materias en que opera el sistema de garantías constitucionales, es decir, cuando entra en juego la competencia del TC. Por consiguiente, el TC goza de preeminencia o superioridad jerárquica limitada a las materias de su competencia definidas en el art. 161 CE, como excepción al principio de preeminencia general del TS en la función jurisdiccional.

Pero la nota de preeminencia no es, desde luego, suficiente ni en una mínima proporción para definir la garantía institucional del TS y la relación de este con el TC. La fórmula constitucional del art. 123 CE no resuelve por sí misma todos los problemas que plantea la determinación del ámbito recíproco de competencia que corresponde al TS y al TC, entre

otras razones, porque toda garantía institucional supone una apelación a la conciencia social y jurídica de cada momento y al conjunto de los valores y principios constitucionales. En todo caso, interesa especialmente subrayar los intentos reiterados de subvertir el sentido del precepto constitucional. Desde el ámbito más cercano al TC se invocó a veces una supuesta posición de supremacía jerárquica absoluta respecto del TS. De manera polémica se esgrimió periodísticamente el eslogan «Supremo no hay más que uno, pero no es el verdadero» (*El País*, 9 de febrero de 1994). Otro intento de tergiversación se llevó a cabo trayendo a la luz la condición del TC como «órgano constitucional», categoría concebida y reconocida legislativamente para hacer valer la autonomía del TC frente al Ejecutivo con el fin de permitirle organizarse en el ejercicio de sus funciones de defensa de la Constitución y recabar medios del Parlamento (GARCÍA PELAYO). Se hizo para, entre otros efectos, relativizar el carácter subsidiario atribuido por la CE al recurso de amparo; para desconocer la posición constitucional del TS considerándolo como un órgano más de los que pertenecen a la «jurisdicción ordinaria»; o para justificar el monopolio de rechazo de las leyes en una supuesta mayor dignidad del Poder Legislativo, y por ende del TC, respecto del Poder Judicial (STC 17/1981, Pleno, de 1 de junio). Posteriormente una metonimia entre las explicaciones realistas sobre las decisiones judiciales y el carácter imperativo de la norma llevó a invocar el principio según el cual la preeminencia corresponde a quien decide en último lugar o a afirmar que, si la CE es lo que dice el TC, este goza de un poder omnímodo para determinar su competencia. En resolución, en un momento dado se trató de convertir el TC de «supremo intérprete de la Constitución», según la acertada definición de su Ley Orgánica, en supremo intérprete del ordenamiento por mandato de la Constitución.

Desde perspectivas próximas al TS se insistió en un concepto cerrado de legalidad ordinaria, en el sentido de ordenamiento o conjunto

de normas reservado a los tribunales ordinarios y supuestamente ajeno a la CE y, por ende, inmune a la intervención del TC; se propusieron soluciones de supresión del recurso de amparo o limitación a algunos derechos fundamentales difícilmente compatibles con la CE; y se intentó también argumentar sobre la naturaleza de órgano constitucional del TS, la cual no se corresponde, según se ha explicado, con la técnica seguida con la CE para garantizar su existencia y el mantenimiento de los rasgos que lo hacen reconocible como institución.

Ha habido explicaciones de esta situación de conflictividad fundadas en la **procedencia ideológica y profesional mayoritaria de los magistrados y letrados** de los primeros períodos del TC y en la penuria de medios que el TS heredó de la situación anterior a la Constitución (GIMENO SENDRA), a lo que podría añadirse el lastre ideológico del TS en el momento de promulgarse la Constitución.

Sin embargo, la experiencia ha demostrado que la principal razón de la tensión entre el TC y el TS radicaba en que **el recurso de amparo se había masificado convirtiendo al TC, de manera impropia, en una última instancia**, desdibujando los trazos de separación entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional y desvirtuando la función jurisprudencial del TS.

3. La situación actual de equilibrio

La reforma de la LOTC introducida por la LO 6/2007 estuvo dirigida al propósito de restringir el acceso a la jurisdicción constitucional del recurso de amparo, permitiendo que el TC desarrolle adecuadamente su labor jurisprudencial en materia constitucional y restituyendo a los tribunales del Poder Judicial su función de protección ordinaria de los derechos fundamentales.

La clave del nuevo sistema está en exigir a la parte recurrente, como nuevo requisito para

la admisibilidad del amparo, que justifique la especial trascendencia constitucional del recurso.

La doctrina había propuesto restringir la competencia del TC al conocimiento de aquellos recursos en los cuales se advirtiera la necesidad de un pronunciamiento de la jurisdicción constitucional para orientar la labor de los tribunales ordinarios en materia de derechos fundamentales. Se trataba de un sistema de *certiorari* a la alemana, con un trámite de admisión «en positivo», que consistiría en imponer al recurrente la carga de demostrar que el recurso tiene trascendencia constitucional o que, aun careciendo de ella, la vulneración denunciada causa perjuicios de especial gravedad a su persona o a sus intereses y bienes.

Esta es la solución por la que parece haberse inclinado (al menos parcialmente) la LO 6/2007, de 24 de mayo, optando por lo que se ha llamado la objetivación del amparo. La ley modifica, en este punto, la redacción del art. 50 LOTC, estableciendo, como requisito de admisibilidad, «[q]ue el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales».

El nuevo sistema supone, como declara la STC, Pleno, 155/2009, de 25 de junio, que, a partir de la reforma llevada a cabo por la LO 6/2007, de 24 de mayo, de reforma de la LOTC: «[...] para la admisión del recurso de amparo no es suficiente la mera lesión de un derecho fundamental o libertad pública del recurrente tutelable en amparo [arts. 53.2 y 161.1.b) CE y 41 LOTC], sino que además es indispensable, en lo que ahora interesa, la especial trascendencia constitucional del recurso [art. 50.1.b) LOTC]». Esta sentencia realiza una enumeración hipotética de casos en que el contenido del recurso de amparo justifica una decisión

sobre el fondo debido a su especial trascendencia constitucional, advirtiendo que la enumeración no tiene un carácter exhaustivo.

La nueva regulación ha supuesto un notable decremento del número de recursos de amparo ingresados en el TC, así como la disminución del porcentaje de recursos admitidos (durante 2016 solo el 0,67% de recursos fue admitido).

El TEDH ha aceptado plenamente la adecuación del requisito de la especial trascendencia constitucional del recurso de amparo al sistema del CEDH. Sin embargo, en su esperada sentencia en el asunto *Arribas Antón c. España*, de 20 de enero de 2015, el tribunal de Estrasburgo reclama, en aras de una mayor seguridad jurídica, la identificación del supuesto concreto en que se enmarca la admisión en cada caso resuelto por el tribunal español (y, por otra parte, rechaza que la apreciación de la falta de trascendencia constitucional del recurso ante el TC pueda justificar no considerar agotadas las vías internas previas al recurso ante el TEDH).

Creo que es la drástica reducción del número de recursos de amparo admitidos el hecho que ha dado lugar de modo inmediato a una razonable normalización entre las relaciones entre el TC y el TS. Se han dictado sentencias por el TC que en otras circunstancias podrían haberse considerado conflictivas y que, sin embargo, no han dado lugar a reacciones significativas. Así por ejemplo, las diversas sentencias dictadas en amparo constitucional anulando sentencias de la Sala Primera del TS en materia de protección del derecho al honor con una concepción inclinada a la protección del derecho a la intimidad de los personajes públicos contraria a una consolidada jurisprudencia del TS (STC 176/2013, de 21 de octubre, caso *Álvarez Cascos*; STC 190/2013, caso *Gonzalo Miró*) o, simplemente, negando la prevalencia de la libertad de información sobre el derecho a la imagen (STC 19/2014, de 10 de febrero, caso *Melani Olivares*, en la que se

afirma, FJ 3, que «[e]ste Tribunal no puede participar del argumento de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo sobre la posición prevalente del derecho a la información respecto del derecho a la imagen»); diversas sentencias constitucionales anulando sentencias del TS por incumplimiento del principio de inmediación en la casación por falta de práctica del interrogatorio del acusado ante el propio TS, con las consiguientes dificultades para la tramitación del recurso de casación (pronunciadas especialmente a partir del caso *Atutxa*, STC 205/2013, de 5 de diciembre, desestimatoria del amparo, que dio lugar a la STEDH de 13 de julio de 2017,

condenado a España); sentencias dictadas por el TC anulando autos de inadmisión de recursos de casación dictadas por la Sala Tercera del TS por razón de haberse aplicado una innovación jurisprudencial no suficientemente conocida por los recurrentes (a partir de la STC 205/2013, de 5 de diciembre); o una sentencia anulando otra de la Sala Cuarta del TS que esta rechazó ejecutar por el procedimiento de dictar una nueva sentencia de casación, por entender que esto no era adecuado a la peculiar naturaleza del recurso de casación (STC de 19 de septiembre de 2016 y ATS de aclaración, Sala Cuarta, de 27 de enero de 2017, rec. 430/2013).

BIBLIOGRAFÍA

APARICIO PÉREZ, M. A., «Justicia y Jueces en la Constitución Española de 1978», ponencia presentada en la *II Conferencia de Presidentes de Cortes y Tribunales Supremos de Justicia de Iberoamérica, Portugal y España*, celebrada en Madrid el 4 de octubre de 1993, Consejo General del Poder Judicial, 1993.

BACIGALUPO, E., «El conflicto entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo», *Actualidad Penal*, núm. 38, 14 al 20 de octubre, 2002.

BASTIDA, F., *Jueces y franquismo*, Barcelona, 1986.

BUSTOS PUECHE, J. E., «Planteamiento técnico del conflicto entre Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional», *Diario La Ley*, núm. 3601, año XV, 6 de septiembre de 1994.

DE OTTO Y PARDO, I., *Derecho Constitucional (Sistema de fuentes)*, 2.^a ed., Ariel, Barcelona, 1988.

DESDENTADO BONETE, A., «Sobre las difíciles relaciones entre el recurso de casación para la unificación de doctrina y el recurso de amparo y sobre los problemas de prejudicialidad administrativa en el proceso social. Una reflexión crítica y una propuesta», *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 78, 1996.

DÍEZ PICAZO, L., «La jurisprudencia», *El Poder Judicial*, I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Sobre la ejecutoriedad inmediata de las medidas recurridas en casación: una reflexión rectificativa», *Revista de Administración Pública*, núm. 153, septiembre-diciembre, 2000, pág. 399.

GARCÍA-PELAYO, M., «El «status» del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 1, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981.

GIMENO SENDRA, V., «De nuevo el conflicto entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional», *LA LEY*, D-243, tomo 7, 2001.

GONZÁLEZ RIVAS, J. J., «El recurso de amparo y su inserción en las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 3, mayo-junio, Madrid, 2000, pág. 309.

HABERMAS, J., *La necesidad de revisión de la izquierda*, Madrid, 1991.

LEDESMA BARTRET, F., «Política judicial, gobierno de los Jueces y control jurisdiccional», en *El Notario del siglo XXI. Ensayos de actualidad*, Colegio Notarial de Madrid, 2007.

LÓPEZ GUERRA, L., «La fuerza vinculante de la jurisprudencia», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 442, junio, 2000.

MANGIAMELI, S., «Sentenza interpretativa, interpretazione giudiziale e “diritto vivente”», *Giurisprudenza costituzionale*, II-1, 1989, pág. 23.

NABAL RECIO, A., «Curso sobre el recurso de casación en vía contencioso-administrativa», *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, 1994.

NIEVA FENOLL, J., *El recurso de casación civil*, Ariel, Barcelona, 2003.

PULIDO QUECEDO, M., «La responsabilidad del Estado legislador por violación del Derecho comunitario», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 587, 2003.

ROUSSEAU, D., *La Justicia Constitucional en Europa*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

SERRA CRISTÓBAL, R., *La guerra de las Cortes. La revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a través del recurso de amparo*, Madrid, 1999.

TOHARIA, J. J., *El Juez español. Un análisis sociológico*, Madrid, 1975, esp. págs. 197 y ss.

TRIBUNAL SUPREMO, *El TS del Reino de España*, Tribunal Supremo y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2008.

XIOL RÍOS, J. A., «Algunas reflexiones...», *La sentencia de amparo constitucional*, Cuadernos y Debates, núm. 63, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2001.

Artículo 124

1. *El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tienen como misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante estos la satisfacción del interés social.*
 2. *El Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad.*
 3. *La ley regulará el estatuto orgánico del Ministerio Fiscal.*
 4. *El Fiscal General del Estado será nombrado por el Rey, a propuesta del Gobierno, oído el Consejo General del Poder Judicial.*
-

SUMARIO GENERAL:

El Ministerio Fiscal ante el Tribunal Constitucional, por **JUAN CESÁREO ORTIZ ÚRCULO**

El Ministerio Fiscal como órgano constitucional, por **EDUARDO TORRES-DULCE LIFANTE**

EL MINISTERIO FISCAL ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sumario: I. Introducción. II. Legitimación del Ministerio Fiscal en los recursos de amparo. III. Las garantías de inmediación, contradicción y publicidad; su influencia en el ejercicio de los derechos fundamentales de las víctimas del delito, y en la misión del ministerio fiscal cuando las defiende.

JUAN CESÁREO ORTIZ-ÚRCULO

EXFISCAL DE SALA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Y EXFISCAL DE SALA JEFE ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. INTRODUCCIÓN

1. La Constitución Española de 1978 se refiere al Ministerio Fiscal (MF) en su art. 124, e incluye dicho precepto dentro del Título VI «Del poder judicial»; por eso, seguramente, el art. 2.1 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (EOMF, versión vigente 5 de mayo de 2010) proclama que **este Ministerio está «integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial», lo que en mi opinión significa que la integración en el Poder judicial se produce sin perjuicio de las funciones —distintas— que a los jueces y fiscales corresponden.**

Es pues el Ministerio Fiscal una Institución concebida en nuestra Carta Magna, en principio, con gran proximidad a los jueces, en su especial forma de actuar, ya que, por otro lado, el mismo art. 124 CE añade que el Ministerio Fiscal tiene *por misión* —poder o facultad que se da para desempeñar algún cometido; por tanto, superior al término «función»— promover la acción de la justicia *en defensa* de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante estos la satisfacción del interés social. Aquella cercanía a los jueces aún se aprecia más por la circunstancia de que «en todo caso» deba el MF actuar bajo los principios de legalidad e imparcialidad (art. 124.2 CE); lo cual no

significa solo estar sometido a la legalidad puesto que, como hemos visto, su misión es algo más: consiste en defender esa legalidad.

Parece así que el art. 124 de la vigente CE se estuviera acordando de la Constitución de la República Española de 9 de diciembre de 1931 cuando afirmaba que el Ministerio Fiscal «tendrá las mismas garantías de independencia que la Administración de Justicia».

Desde esta perspectiva carece el Ministerio Fiscal de intereses propios o particulares, aunque se trate de un órgano con personalidad jurídica propia (art. 2.1 EOMF), y debe entenderse que ha sido ideado para la defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público o general tutelado por la ley, desde la más estricta objetividad e independencia (art. 7 del EOMF).

Es más, a través de la última reforma del EOMF (Ley 24/2007, de 9 de octubre), su art. 2.1 recuerda expresamente la relevancia constitucional del órgano, y el art. 72.3 introduce una novedad también de interés en este tortuoso y dubitativo camino de la Institución hacia la independencia del Poder Ejecutivo: los medios de trabajo con que ha de contar el Ministerio Fiscal, que carece de presupuesto propio y depende del Ministerio de Justicia, serán atendidos económicamente mediante

las correspondientes partidas presupuestarias adecuadamente singularizadas en los Presupuestos Generales del Estado o en los de las CC. AA. que hayan asumido competencias, previa propuesta del FGE. Y, en todo caso, una de estas partidas será gestionada por la Unidad de Apoyo del Fiscal General y estará destinada a atender los gastos de funcionamiento de la administración de la Fiscalía General del Estado.

2. Sin embargo, junto a estas connotaciones —todavía tímidas— no puede negarse que existen otras a las que cabe denominar de signo contrario y contradictorio con las anteriores, las cuales constituyen herencia del pasado —«nuestros constituyentes no pudieron desprenderse del bagaje histórico al perfilar la figura del Ministerio Fiscal», como diría el primer Fiscal Jefe ante el Tribunal Constitucional, Miguel MONTORO PUERTO, en *Jurisdicción constitucional y procesos constitucionales*, Tomo II, Colex, 1991, pág. 384—, tan difícil de superar como el quitar un chicle de un zapato. En efecto, para ejercer sus funciones el Ministerio Fiscal ha de hacerlo, según el mismo art. 124 CE, «por medio de órganos propios, conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica» (art. 124.2 CE), encontrándose en el vértice de la Institución el Fiscal General del Estado, que ostenta la jefatura superior del Ministerio Fiscal (art. 22.2 EOMF), que es nombrado a propuesta del Gobierno (art. 124.4 CE), y su mandato de cuatro años solo concluye por los motivos que señala el art. 31 EOMF, entre ellos cuando cesa el Gobierno que lo nombró [art. 31.1.e) EOMF], y que no solo puede impartir órdenes de carácter general sino también referidas a asuntos específicos (art. 25.1.º EOMF) y proponer los nombramientos, los más relevantes de la carrera, para ser proveídos por el Gobierno, de los fiscales, fiscales jefes y tenientes fiscales a que se refieren los arts. 13 y 36.1, 2, 3 y 4 del EOMF; entre ellos todos los que integran la plantilla de las Fiscalías dirigidas por un Fiscal de Sala, como la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional (art. 35 del EOMF).

Se mantiene así el encuadre en el Poder Judicial y la aparente proximidad de las carreras —judicial y fiscal—, que también tiene arraigo en nuestro Derecho histórico, y se busca la potenciación de la Institución y su independencia del orden ejecutivo, pero siempre dentro de una especie de «libertad vigilada» —mismo autor, ob. cit., pág. 385— que conlleva un perfil no suficientemente claro cuyas secuelas prácticas se advierten cada día y son conocidas sobradamente por todos, e incluso yo diría que padecidas por el propio legislador en sus inacabados proyectos o desigual tratamiento de la institución. Sirvan como ejemplos: a) la consideración minimalista y desproporcionadamente ínfima que a la Ley Orgánica del Poder Judicial le merece el Ministerio Fiscal (un solo artículo: el 541) y la «residual» rúbrica en la que lo incluye en su Libro VII, cuya lectura exime de cualquier comentario; b) el poco claro, «parcheado» e incomprensible tratamiento de «arenas movedizas» que se da hoy en la Ley de Enjuiciamiento Criminal al Ministerio Fiscal, en la investigación e instrucción de los procesos penales, y sus intentos fallidos —el último, el Proyecto de Código Procesal Penal— para compaginar la atribución al Fiscal de la instrucción penal —ya confusamente llamada investigación judicial, desde la reforma del 2015—, con su inevitable condición procesal de parte y su aparente dependencia de los otros poderes del Estado; o c) el «modelo piloto» de proceso penal del menor, varias veces modificado.

3. En todo caso, la importante y especial misión y funciones que le están encomendadas por la Constitución al Ministerio Público, con todas las luces y sombras que pueda actualmente poseer la Institución —algunas de estas sombras atenuadas en las últimas reformas, como la timorata mención a los presupuestos y la del cese del FGE solo por los motivos determinados—, justifican por sí mismas su relevancia constitucional y su presencia ante el Tribunal Constitucional.

Lo reconoció así este Alto Órgano ya muy pronto cuando dijo que «el interés público que concurre en la tutela de los derechos fundamentales explica por qué el Ministerio Fiscal es parte en el proceso de amparo» (STC 65/1983, de 21 de julio). Así lo estimó también en las cuestiones de inconstitucionalidad, para el correcto empleo de este procedimiento que debe garantizar el Ministerio Fiscal en todos los procesos ordinarios, cualquiera que sea su naturaleza, desde la providencia de traslado sobre la pertinencia de plantear la cuestión (ATC 875/1985, de 5 de diciembre y ATC 75/1986, de 23 de enero), como defensor de la legalidad y, obviamente, defensor de la legalidad constitucional. Y así, finalmente, lo viene sosteniendo incluso en los recursos de inconstitucionalidad en los que, a pesar de no intervenir, sí es llamado el Ministerio Fiscal como defensor de la legalidad para informar en los incidentes de recusación que se suscitan.

La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional —LOTC— (versión vigente 23 de junio de 2016), en su art. 47.2 explícitamente dice que «el Ministerio Fiscal intervendrá en todos los procesos de amparo, en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley». Y, por su parte, el art. 3.11 y 12 del EOMF encargan a dicho Ministerio Público intervenir en los procesos *judiciales* de amparo, así como en las cuestiones de inconstitucionalidad, en los casos y forma previstos en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional; interponer el recurso de amparo constitucional, e intervenir en los procesos de que conozca el Tribunal Constitucional en defensa de la legalidad, en la forma en que las leyes establezcan.

II. LEGITIMACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN LOS RECURSOS DE AMPARO

1. **La legitimación para recurrir en amparo viene atribuida por la Constitución al Ministerio Fiscal** en el ap. 1.b) de su art. 162 y aparece igualmente recogida y desarro-

llada en el punto 1.a) y b) del art. 46 de la LOTC. Este último precepto distingue dos casos: a) el amparo frente a las decisiones o actos sin valor de ley emanados de las Cortes o de las Asambleas Legislativas de las CC. AA. (art. 42); y b) el amparo contra las decisiones o actos del poder ejecutivo (art. 43) y las de los órganos judiciales (art. 44).

Tales artículos son esenciales en esta materia, según pronunciamiento del Tribunal Constitucional, ya que, para el recurso de amparo, la única regulación posible y atendible es la recogida en el art. 162.1.b) de la Norma Fundamental, acogida y especificada en el art. 46 de la LOTC, normativa esta cerrada y autosuficiente y que, como es claro, no podría resultar innovada por cualesquiera otras disposiciones (ATC 158/1985, de 6 de marzo y STC 246/2004, de 20 de diciembre).

2. **La legitimación para recurrir en amparo atribuida al Ministerio Fiscal se configura, como un *ius agendi* reconocido en este órgano en mérito a su específica posición institucional, funcionalmente delimitada en el art. 124.1 de la Norma Fundamental.** Promoviendo el amparo constitucional, el Ministerio Fiscal defiende, ciertamente, derechos fundamentales, pero lo hace, y en esto reside la peculiar naturaleza de su actuación, no [tanto o necesariamente] porque ostente su titularidad, sino como portador del interés público en la integridad y efectividad de tales derechos [SSTC 17/2006, de 30 de enero, FJ 4; 50/2016, de 14 de marzo, FJ 2.a)].

Y esta legitimación, según se desprende de su carácter institucional, no queda condicionada a la exigencia de haber actuado como parte el Ministerio Público en el proceso judicial antecedente, exigencia esta que privaría de sentido a la propia previsión constitucional y legal de la legitimación que se considera, aunque sí ha de decirse que esta no puede desplegarse, en virtud del carácter subsidiario del recurso de amparo, sino una vez que haya recaído en la vía jurisdiccional ordinaria, resolución firme —carác-

ter subsidiario del recurso de amparo— (STC 86/1985, de 10 de julio).

3. El Ministerio Fiscal puede actuar de varias maneras en los procesos de amparo: interponiendo el recurso de amparo en defensa de los derechos de otra u otras personas determinadas; interviniendo ante el Tribunal Constitucional en los recursos de amparo promovidos por otros, que es lo más frecuente dado el carácter, en principio rogado, de la justicia constitucional (STC 41/2004, de 22 de marzo, FJ 2); o formulando el recurso de amparo en defensa de sus propios derechos fundamentales, siempre entendida dicha defensa en función de su inseparable relación o interés con los derechos de los ciudadanos por los que aquella Institución actúa y con el interés público que en ello concurre; así lo señala el art. 124 CE, y lo explica la STC 85/2017, de 3 de julio, que luego mencionaré.

En todo caso, como ya indicamos más arriba y acabamos de reiterar, **es el interés público que concurre en la defensa de los derechos fundamentales lo que explica que se tenga por parte en el recurso de amparo al Ministerio Fiscal, en atención a las funciones que le atribuye el art. 124 de la CE** [STC 65/1983, de 21 de julio, FJ 4. A)]. Y es por razón de ese interés público por lo que el Ministerio Fiscal puede actuar no solo de acuerdo con el titular del derecho fundamental sino incluso en contra de su voluntad; como ocurrió, por ejemplo, cuando el Tribunal Constitucional no puso reparo a los recursos de amparo interpuestos por el Ministerio Fiscal contra los Autos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria que habían acordado que los internos (GRAPOS) no recibieran asistencia médica ni alimentos, respetando la voluntad de los mismos (SSTC 11/1991, de 17 de enero, y 67/1991, de 22 de marzo).

Pero resulta interesante analizar en la jurisprudencia la actuación institucional del Ministerio Fiscal en defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos [«interés legítimo», por seguir la terminología del art. 162.1.b) CE], y

en defensa, por razones institucionales también, de sus propios derechos, insistimos, en tanto valedor de los de aquellos ciudadanos.

Téngase en cuenta que, por su propia naturaleza, el Ministerio Fiscal nunca defiende derechos propios, si no están relacionados o es en interés de aquellos ciudadanos por los que actúa; puesto que su misión consiste en la «defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley» (art. 124 CE).

4. **En lo que se refiere a este segundo aspecto, el Tribunal Constitucional ha dictado resoluciones donde reconoce la actuación del Ministerio Fiscal en defensa de sus propios derechos fundamentales**, en el sentido indicado. Así, dio por válida la actuación en nombre propio del Ministerio Fiscal y le reconoció legitimación para alegar vulneración de la prohibición de la *reformatio in peius* (art. 24.1 CE), aunque luego no estimara la concurrencia de ella (ATC 47/1993, de 8 de febrero). También el Tribunal Constitucional admitió la legitimación del Ministerio Fiscal para interponer recurso de amparo y denunciar la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su condición de parte procesal en el proceso *a quo*, con independencia de que fuera después estimada o no la lesión alegada (SSTC 148/1994, de 12 de mayo, 256/1994, de 26 de septiembre, y 17/2006, de 30 de enero). Igualmente admitió la legitimación propia del Ministerio Fiscal, cuando este recurrió en amparo las resoluciones de la Audiencia Provincial que, en grado de apelación, le negaron estar presente en el acto de exploración de unas menores, practicado en el pleito de divorcio de sus padres; el MF alegó que le lesionaban su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), lo cual alcanzaba al propio interés de los menores que el Fiscal ha de defender; en aquel caso, la STC 17/2006, de 30 de enero, señaló, entre otras cosas, que el Ministerio Fiscal actuaba, no solo en defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos, sino también para denunciar la vulne-

ración del derecho de tutela judicial efectiva del propio Fiscal (FJ 4), que se protege en tanto indirectamente también supone una vulneración de la tutela judicial de los menores y, en definitiva, del interés público que en ello existe y que subyace en cualquier actuación del Ministerio Fiscal. En el mismo sentido cabe mencionar la STC 85/2017, de 3 de julio (y las que esta cita; entre otras, SSTC 17/2006, 199/2006, 7/2011 y 31/2017), todas referidas a la defensa de incapaces en el proceso. La misma doctrina —STC 50/2016, de 14 de marzo— resulta trasladable al proceso de internamiento involuntario por trastorno psíquico, cuando el Ministerio Fiscal intervino como parte necesaria en el proceso *a quo*, precisamente en su condición de defensor de los derechos fundamentales en juego (así resulta del art. 749.1 y del art. 763, ambos de la LEC).

Por el contrario, en otras ocasiones no se ha reconocido legitimación al Ministerio Fiscal o implícitamente se le ha negado, bien con el argumento de que el recurso de amparo no está para defender *las potestades* de los poderes públicos sino las libertades y derechos de los ciudadanos particulares, bien porque se entendió que la actuación del MF no iba dirigida a proteger los *derechos de los ciudadanos*, sino a promover la actuación del *ius puniendi* del Estado. Esto último ha sido también aplicado a las acusaciones particulares o privadas, como ahora veremos.

En la STC 211/94, de 13 de julio (FF. JJ. 2, 3 y 4), el Ministerio Fiscal interpuso recurso de amparo frente a sentencia absolutoria de un delito contra la salud pública, alegando que la Audiencia Provincial había ignorado arbitrariamente las pruebas que aportó, existentes en el proceso («cacheo» y otras). El Tribunal Constitucional, desestimó el recurso y recordó, entre otras cosas, que este recurso «no constituye una vía abierta a los poderes públicos para la defensa de sus actos y de las po-

testades en que estos se basan, sino, justamente, un instrumento para la correcta limitación de tales potestades y para la eventual depuración de aquellos actos, en defensa de los *derechos fundamentales y libertades públicas de los particulares*» (STC 257/1988).

En la STC 309/1994, de 21 de noviembre (FF. JJ. 2 y 3), también el Ministerio Fiscal interpuso recurso de amparo contra sentencia absolutoria, alegando que la Audiencia Provincial había ignorado arbitrariamente pruebas existentes (entrada y registro, y otras). El Tribunal Constitucional, en esta ocasión, desestimó igualmente el amparo en el fondo, sin discutir la legitimación del Ministerio Fiscal. Sus razones se centraron en que la motivación no fue arbitraria, aunque pudiera ser equivocada, y que la determinación de la eficacia de las pruebas es cuestión de legalidad ordinaria siempre que sea fundada en derecho y no arbitraria.

Ya de manera explícita se negó legitimación al Ministerio Fiscal en el ATC 63/1997, de 6 de marzo, que directamente explica sus razones: carece de legitimación el MF para acudir en amparo cuando se encuentra promoviendo el *ius puniendi* del Estado. El Fiscal, en aquella ocasión, alegó vulneración de su derecho de tutela judicial efectiva sin indefensión porque el órgano judicial había decretado el sobreseimiento libre de la causa sin darle previamente audiencia. El Tribunal Constitucional consideró que el derecho realmente invocado no era el de tutela, que sí corresponde al Ministerio Fiscal, sino el de defensa del que no es titular dicho Ministerio:

«Hemos de declarar —dice el Auto— la falta de legitimación activa del MF para promover un recurso de amparo cuyo objeto se circunscribe al restablecimiento de un supuesto derecho de audiencia que, *en su calidad de parte procesal acusadora*¹ no le asiste, ya

1 El fiscal no es por esencia, sino circunstancialmente y de manera objetiva e imparcial, parte procesal acusadora, y cuando lo es, no actúa en defensa de sus potestades, como puede ocurrir con otro ente público, sino en defensa de la legalidad, de los derechos de todos los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley.

que, en última instancia, *dicho derecho de defensa no está destinado a proteger el derecho a la libertad del ciudadano*², sino a promover la actuación del *ius puniendi* del Estado. En efecto, tal y como este Tribunal tiene declarado, no todos los derechos del art. 24 corresponden indiscriminadamente a cualesquiera partes en el proceso, pues, junto a la existencia de derechos procesales, que, por ser consustanciales a la misma idea de proceso (así, el derecho a la tutela, la “igualdad de armas”, el derecho a la prueba, etc.), *asisten a todas las partes procesales*, permanecen otros que, *para reequilibrar la desigualdad material entre el Estado y el imputado en la esfera del proceso*, son de la exclusiva titularidad de la defensa. Así, hemos declarado que derechos tales como *el derecho a un Juez imparcial*³ o al principio acusatorio (STC 136/1992), la presunción de inocencia y naturalmente el derecho penal de defensa asisten exclusivamente al imputado, por lo que no corresponde reclamar su protección constitucional a las partes acusadoras.»

Tampoco y por parecidas razones se reconoció legitimación al Ministerio Fiscal recurrente en el ATC 310/2005, de 18 de julio. El Fiscal, en un delito contra la seguridad del tráfico, del que había sido absuelto el acusado en instancia, tras interesar determinadas pruebas en apelación para hacer posible la condena, de acuerdo con la STC 167/2002, obtuvo como respuesta su denegación por la Audiencia Provincial, que al tiempo confirmaba la absolución; interpuso el Fiscal recurso de amparo alegando derecho a la tutela judicial efectiva en sus dos vertientes

de igualdad de armas y derecho a la prueba, por un lado, y derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, por otro. El Tribunal inadmitió el recurso de amparo argumentando, en esencia, que «aunque es cierto que determinados derechos procesales, por ser consustanciales a la misma idea de proceso (así, el derecho a la tutela, a la igualdad de armas, el derecho a la prueba, etc.), asisten a todas las partes procesales (ATC 63/1997, de 6 de marzo, FJ 3), ello solo lo es sobre la premisa de que su invocación esté *destinada a proteger el derecho a la libertad del ciudadano*⁴ y no a promover la actuación del *ius puniendi* del Estado (mismo Auto y mismo FJ) como, manifiestamente, es el caso presente en el que el Fiscal recurre la absolución [parcial] del encausado».

Sin embargo, estos argumentos referidos al Ministerio Fiscal, siempre aplicados a supuestos de apelación frente a sentencias absolutorias o a condenas más graves que las impuestas en instancia, no constituyeron un verdadero fundamento del rechazo al recurso de amparo interpuesto por el Fiscal, que en realidad tuvo su razón de ser en el respeto al principio de inmediación, reiteradamente defendido por el Tribunal Constitucional, en su traslado de la jurisprudencia del TEDH. Porque cuando el Ministerio Fiscal ejercita, si procede conforme a la ley, el *ius puniendi*, no deja de ser una institución pública, pero al actuar así no lo hace nunca en defensa de *sus propios derechos o potestades*, desvinculados de los de los ciudadanos por los que actúa, ya que es una Institución creada por la Constitución para la defensa de los derechos «de todas las personas» [arts. 124, 24.1 y 162.1.b) CE], y en el proceso penal tanto del acusado como de las víctimas del delito; ha dejado de ser,

² También las víctimas son ciudadanos.

³ Por qué se priva al Fiscal del derecho a un Juez imparcial cuando es evidente que la ley no le prohíbe recusar a los jueces (arts. 80 LOTC y 218.2.º LOPJ).

⁴ De nuevo parece emplearse la palabra «ciudadano» como sinónima de «acusado».

por esa mera circunstancia, defensor de sus propios intereses, de los que carece; máxime cuando se le exige, por nuestra Carta Magna y por la ley, que sea imparcial y objetivo. De otro lado, promover el *ius puniendi* del Estado no significa primordialmente la búsqueda de una condena penal, sino, más bien, la defensa de los derechos e intereses de las víctimas, que ellas estiman vulnerados, y que expresamente están protegidos en el art. 24 CE a través de la tutela judicial efectiva, de la no indefensión, de un proceso con todas las garantías, entre las que se encuentra la igualdad de armas, del derecho a la prueba, etc. El acusado tiene derecho y debe ser juzgado con todas las garantías, pero las víctimas deben tener también la misma protección para la defensa de sus libertades y derechos, salvo las específicas del acusado. Si no se ha establecido «el derecho a obtener la condena de otro» tampoco lo ha sido «el derecho a obtener su absolución».

Esta garantía de la *inmediación* ha sido también aplicada a otras partes acusadoras, como ocurrió en la STC 232/2002, de 9 de diciembre, que reconoció el derecho al honor del denunciante en un proceso penal donde se había absuelto al denunciado por falta de antijuridicidad, al quedar su conducta amparada por la libertad de expresión, pero no anuló la sentencia absolutoria (FJ 5) «porque la Constitución no otorga ningún derecho a obtener condenas penales».

III. LAS GARANTÍAS DE INMEDIACIÓN, CONTRADICCIÓN Y PUBLICIDAD; SU INFLUENCIA EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS VÍCTIMAS DEL DELITO, Y EN LA MISIÓN DEL MINISTERIO FISCAL CUANDO LAS DEFIENDE

1. La última frase, según la cual *la Constitución no otorga ningún derecho a obtener condenas penales*, entronca directamente con la garantía de inmediación y con la no

revisión por un Tribunal superior (de apelación o casación) de las sentencias absolutorias o de la agravación de las condenas dictadas en primera instancia, en los términos que veremos.

En la medida que, indiscutiblemente, afecta a la misión que corresponde al Ministerio Fiscal, trataré a continuación, brevemente, el desarrollo evolutivo que han tenido estas garantías, particularmente la inmediación, y de los efectos que está causando en el proceso penal.

2. Por resumir una doctrina muy reiterada, me limitaré a recordar dos de las sentencias más recientes.

En la STC 125/2017, de 13 de noviembre, el Tribunal Supremo había condenado a quien había sido absuelto por la Audiencia Provincial de Málaga, declarando que el documento controvertido falso era oficial, y que quien lo confeccionó había actuado con imprudencia grave. El Tribunal Constitucional declara nula parcialmente la sentencia del Tribunal Supremo por considerar que el primer motivo resuelto pudo tomarse sin celebrar un debate público, y sin presencia y participación del acusado, porque consistía en resolver una cuestión estrictamente jurídica: «Se trata de... una operación de subsunción jurídica del informe en cuestión en la categoría de documento oficial, integrada en el concepto más amplio de «documento» descrito en el art. 26 del Código Penal». Sin embargo, la condena del absuelto, por considerar el Tribunal Supremo que cometió el delito de falsedad de documento oficial *por imprudencia grave*, cuando la culpabilidad no fue discutida en instancia al no reconocerse el carácter de oficial del documento, es un nuevo hecho, y ello hubiera debido valorarse en un debate público con la presencia personal del acusado y de los medios probatorios personales sometidos a inmediación, contradicción y publicidad. Al omitirse estas exigencias, la sentencia condenatoria ha vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías, y también ha vulnera-

do el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) por cuanto no se contó con prueba de cargo válida para condenar».

Y, en su FJ 5, la sentencia, tras describir la evolución de la jurisprudencia desde la STC 167/2002 y las que cita del TEDH y del propio Tribunal Constitucional (TC), concluye que «de conformidad con la doctrina constitucional establecida en las SSTC 167/2002 y 184/2009, vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) que un órgano judicial, conociendo en vía de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia o empeore su situación a partir de una nueva valoración de pruebas personales o de una reconsideración de los hechos estimados probados para establecer su culpabilidad, siempre que no haya celebrado una audiencia pública en que se desarrolle la necesaria actividad probatoria, con las garantías de publicidad, inmediación y contradicción que le son propias, y se dé al acusado la posibilidad de defenderse exponiendo su testimonio personal».

La STC 146/2017, de 14 de diciembre, insiste en lo mismo, aunque contemplando otra modificación de hechos: la apreciación del error vencible de prohibición: «A este respecto, cabe destacar que la reconsideración de los hechos estimados probados en primera instancia no se limitó a una mera discrepancia jurídica, sino a la apreciación de la posibilidad de conocer lo ilícito de su conducta, concluyendo con la alternativa —error vencible de prohibición— que agravaba la absolución de la instancia, por lo que la posibilidad de los condenados de ser oídos era obligada para garantizar su defensa (por todas, la reciente STEDH de 8 de marzo de 2016, asunto *Porcel Terribas y otros c. España*)». Y declara producida la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y del derecho de defensa (art. 24.2 CE).

3. La excesiva extensión que, a mi juicio, se ha dado a la garantía de inmediación en los procesos penales, y el desequilibrio procesal creado entre el acusado y la víctima del deli-

to, ha alcanzado tal relevancia constitucional que el Legislador ha trasladado esa doctrina, de manera radical y más amplia aún, a la LE-Crim.; la cual, en su última reforma (Ley 41/2015), tras señalar las tres alegaciones que pueden hacerse en la apelación (790.2), similar a los motivos de casación (847 y ss.), afirma que «la sentencia de apelación no podrá condenar al encausado que resultó absuelto en primera instancia ni agravar la sentencia condenatoria que le hubiera sido impuesta *por error en la apreciación de las pruebas*, en los términos previstos en el tercer párrafo del art. 790.2»; solo podrán ser anuladas y, en tal caso, se devolverán las actuaciones al órgano que dictó la resolución recurrida (arts. 790 a 792 y 846 ter). Es decir; no podrán ser revisadas en la valoración de los hechos «por el órgano judicial superior», sino que, en todo caso, si se anulan, el órgano que dictó la absolución o la condena deberá motivar mejor la absolución o la pena, o rectificar el fallo de su sentencia. Ya ni siquiera el Tribunal de apelación puede condenar celebrando audiencia pública y respetando las garantías de inmediación, contradicción y publicidad, si se trata de resolver un error en la valoración de las pruebas. Lo mismo ocurrirá si se anula la sentencia apelada «por quebrantamiento de una forma esencial del procedimiento» (art. 792.3). Sin embargo, al no referirse al motivo de «infracción de normas del ordenamiento jurídico en las que se base la impugnación» —tercer motivo de apelación— (790.2, párr. 1), parece que el órgano de apelación podrá condenar, cuando se trate de una infracción estrictamente jurídica, sin que afecte a la valoración de los hechos.

Quizá esta nueva apelación legal encuentre dificultad a la ahora de adecuarse a las exigencias de los arts. 2 y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, o de lo recomendado por las ONU, sobre *el recurso efectivo y la doble instancia en materia penal*, sin perjuicio, por supuesto, de las diversas interpretaciones que siempre caben sobre tales preceptos.

Y es curioso que, en el mismo año (Ley 4/2015), se haya promulgado la Ley sobre el Estatuto de la víctima del delito, cuando a esta se la limita su derecho a la segunda instancia, a pesar de lo avanzado que se encuentran los sistemas de grabación y videoconferencia y su aplicación cada vez mayor a las diversas actividades de la vida; incluso a pesar de lo previsto en el párr. 1 del art. 790 cuando —sobre el recurso de apelación— dice que «se hallarán las actuaciones en la Oficina judicial a disposición de las partes, las cuales en el plazo de los tres días siguientes a la notificación de la sentencia podrán solicitar copia de los soportes en los que se hayan grabado las sesiones».

A este respecto no es ocioso recordar que, hace ocho años, la STC 2/2010, de 11 de enero, resuelve negativamente la aplicación de la videoconferencia como forma válida de reproducir el juicio de primera instancia y de posibilitar de esta manera la condena en apelación, cuando dice (FJ 3): «en relación con la ausencia de necesidad de reiteración de la vista para condenar en la segunda instancia penal, con modificación de hechos, en virtud de prueba personal, cuando se ha procedido

por la Sala penal de apelación a la reproducción del soporte videográfico del juicio absoluto de primera instancia, considerando que dicha grabación satisface la exigencia de la inmediación constitucional suficiente, recientemente en STC 120/2009, de 18 de mayo, a la luz de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al respecto, hemos resuelto negativamente» (SSTEDH de 26 de mayo de 1988, caso *Ekbatani c. Suecia*, § 32; 29 de octubre de 1991, caso *Helmers c. Suecia*, §§ 36, 37 y 39; 29 de octubre de 1991, caso *Jan-Åke Andersson c. Suecia*, § 28; 29 de octubre de 1991, caso *Fejde c. Suecia*, § 32).

Pero no se puede descartar que los rápidos avances tecnológicos y su aceptación generalizada, terminen por imponerse también en la Justicia, y permitan que los órganos judiciales de apelación puedan volver a efectuar, a través de lo grabado, una verdadera revisión de la valoración de las pruebas efectuada en instancia, y consigan así hacer efectiva la doble instancia en materia penal. Porque no es bueno que la valoración de la prueba quede solo en manos del órgano judicial de primera instancia, ni tampoco que se repita en apelación el juicio ya celebrado.

BIBLIOGRAFÍA

MONTORO PUERTO, M., *Jurisdicción Constitucional y Procesos Constitucionales*, tomo II, Colex, 1991, pág. 384.

— *Ley Orgánica del Tribunal Constitucional* [Arts. 46 y 47], 2.^a ed., Colex, 2008.

EL MINISTERIO FISCAL COMO ÓRGANO CONSTITUCIONAL

Sumario: I. Misiones y funciones constitucionales del Ministerio Fiscal. 1. Promover la acción de la justicia. 2. La defensa de la legalidad. 3. La defensa de los derechos de los ciudadanos. 4. La vigilancia de la independencia de los Tribunales. 5. El interés público tutelado por la Ley. 6. La satisfacción del interés social. 7. La personalidad jurídica propia del Ministerio Fiscal. 8. La relevancia constitucional del Ministerio Fiscal. II. Los principios rectores del Ministerio Fiscal. 1. El principio de unidad de actuación. 2. El principio de dependencia jerárquica. 3. El principio de legalidad. 4. El principio de imparcialidad. III. La posición del Ministerio Fiscal en los procesos constitucionales. 1. En el recurso de amparo. 2. Cuestiones de inconstitucionalidad. 3. El incidente de nulidad de actuaciones como remedio previo al recurso de amparo. IV. La posición preferente del Ministerio Fiscal en los procesos.

EDUARDO TORRES-DULCE LIFANTE
FISCAL EXCEDENTE. ABOGADO

I. MISIONES Y FUNCIONES CONSTITUCIONALES DEL MINISTERIO FISCAL

El art. 124.1 CE dibuja con nitidez las funciones y misiones constitucionales del Ministerio Fiscal, una definición constitucional que también ha recogido el art. 1 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (EOMF). [Un muy completo recorrido por la asendereada historia del Ministerio Fiscal desde los remotos precedentes en Grecia y Roma, su configuración medieval, su crisis en el Antiguo Régimen y sus avatares a lo largo de los siglos XIX y XX españoles hasta nuestros días, incluido un minucioso recorrido por los debates constituyentes y los posteriores en los que se debatieron los términos del estatuto orgánico del Ministerio Fiscal de 1981, puede encontrarse en Ignacio FLORES PRADA, Manuel MARCHENA GÓMEZ, 1992. Finalmente, una espléndida visión comparativa de diversos sistemas de Derecho comparado —Inglaterra, Estados Unidos, Francia, Italia—, junto con el análisis del caso español, puede encontrarse en la obra de Luis María Díez-PICAZO, 2000.]

Dice el art. 124.1 CE: el Ministerio Fiscal tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales, y procurar ante estos la satisfacción del interés social.

1. Promover la acción de la justicia

La misión de promover la acción de la justicia dibuja un Ministerio Fiscal claramente **activo e intervencionista** cuando estén en juego las conexiones de la defensa de la legalidad, los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley.

A este efecto no se puede ignorar el horizonte de referencia del valor constitucional justicia (art. 1.1 CE) cuya promoción se confiere con mandato constitucional al Ministerio Fiscal.

La obligación de promover la acción de la justicia es, pues, una designación que confiere

una **posición de dinamismo** a la Institución, en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley. Un horizonte, pues dominado por la legalidad como referente primero de cualquiera de sus actuaciones pero ordenado con claridad a la defensa concreta de los derechos de los ciudadanos y al interés público legalmente constituido. La actividad de promoción de la **justicia**, un valor **constitucional de carácter preeminente**, deberá realizarla el Ministerio Público de oficio o a petición de los interesados.

En este campo el Tribunal Constitucional ha señalado cómo ese mandato no tiene carácter exclusivo ni global:

«No le corresponde a este Tribunal entrar a analizar, como pretende la recurrente, cuestiones de mera legalidad penal o procesal. Tal sucede, en primer lugar, respecto o (*sic*) si el Ministerio Fiscal puede o no ser parte en un proceso por injurias. Ello no afecta para nada al derecho fundamental incluido en el art. 24.1 de la Constitución, pues no supone una indefensión de la recurrente dada la función que constitucionalmente corresponde a ese Ministerio Fiscal de “promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado” (art. 124.1 de la Constitución), estando afectados en el presente caso los derechos al honor y a la libertad de expresión, lo que objetivamente justifica la intervención del Ministerio Fiscal. A todo ello se añade que la interpretación que los órganos judiciales dan a la Ley 62/1978, entra dentro de la exclusiva competencia jurisdiccional de interpretar la legalidad procesal, y está suficientemente razonada, y además es congruente con la no aplicación al caso del art. 112 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y que ha permitido que pese a la desestimación de la acción civil se pudiera abrir,

por no ser un delito estrictamente privado, la vía penal. El carácter semipúblico de los delitos contra el honor, después de la Ley 62/1978 (por lo demás reconocido por este Tribunal en su Sentencia 46/1982, de 12 de julio) ha permitido el ejercicio de una acción penal tras haberse intentado una civil por los mismos hechos, pero *ese mismo carácter semipúblico obliga a la intervención del Ministerio Fiscal, a tenor de lo dispuesto en el art. 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*» (ATC 259/1988, de 29 de febrero).

El futuro de la institución pasa por el debate sobre su rol en la fase de instrucción, con la atribución de función reales de dirección de la investigación, de los procesos penales, en los que una amplia posición doctrinal e incluso prelegislativa (*vid.* Anteproyectos de LECrim. «Caamaño» y del Código Procesal Penal «Ruiz-Gallardón») así lo solicitan, en tanto que otra más minoritaria indica su sujeción el Ejecutivo y organización jerárquica como barreras para su concesión.

2. La defensa de la legalidad

La defensa de la legalidad que no debe confundirse ni reducirse con el principio de legalidad, *ex art.* 25.1 CE, ni, pienso, con el principio funcional de legalidad que el propio art. 124 CE en su párrafo 2 ordena en su actuación al Ministerio Fiscal. Más bien habría que explorar el marco que de la legalidad dibuja la CE entre otros preceptos en los arts. 9.1, 53.1, 103.1 y 117.1 CE (he tratado *in extenso* estos temas en el trabajo *El Consejo Fiscal*, CEJ, Ministerio de Justicia y en «El Fiscal», incluido en el libro coordinado por Luis María Díez-PICAZO, *El oficio de Jurista*, Siglo XXI, Madrid, 2006. Ambos trabajos son anteriores a la reforma del EOMF por Ley 24/2007, de 9 de octubre).

En este punto nos adentramos en el corazón de la noción de Poder Judicial, que solo está sometido únicamente al **imperio de la ley**, art. 117.1 CE,

una idea emanada directamente de MONTESQUIEU y su concepto del equilibrio y la división de Poderes, y que para el tema que nos ocupa se entronca con la finalidad que Jueces y Tribunales tienen para controlar la legalidad de la actuación administrativa (art. 103.1 CE).

Rota la tradicional vinculación del Ministerio Fiscal con el Ejecutivo, es claro que el art. 124 CE al señalar las misiones del Ministerio Fiscal le está aproximando al Poder Judicial funcionalmente.

¿Cómo si no se puede defender la legalidad que el Gobierno y su Administración pueden infringir? ¿No es acaso esa posición de defensa de la justicia como valor constitucional y su plasmación en el interés público tutelado por la ley en su función de promoción jurisdiccional activa la que justifica la posición de privilegio procesal del MF en situaciones como la del secreto sumarial en el proceso penal, en el recurso de amparo o en las cuestiones de inconstitucionalidad o en su especial posición como garante de la Ley en los procesos contencioso-administrativos o laborales o de especiales derechos de los menores en ciertos procesos civiles? En cualquiera de esas situaciones **el MF puede sostener una contraposición clara con las tesis del Gobierno**, lo que se justifica solo si el mandato misional del art. 124 CE alcanza la dimensión de órgano constitucional claramente independiente de las legítimas pretensiones político-procesales del Gobierno, tal y como muy precisamente dibuja la definición del principio de legalidad que nos ofrece el art. 6 EOMF.

3. La defensa de los derechos de los ciudadanos

La defensa de los derechos de los ciudadanos es otra de las misiones que en la promoción de la justicia ordena al MF ese primer párrafo del art. 124 CE.

Esa defensa en concreto de los derechos de los ciudadanos parece orientarse más allá del

horizonte de los derechos fundamentales (arts. 13-30 CE), englobando tanto la **órbita ampliamente constitucional como la de la legalidad ordinaria**, separándose con claridad asimismo de la propia misión del Defensor del Pueblo, pese a ciertas zonas de conceptualización, a las que parece referirse el inciso del art. 124.1 CE, «sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos». En ese sentido la STC 121/2014, de 27 de enero, justifica la demanda de amparo deducida por el Fiscal en un proceso de *habeas corpus*, en ausencia del titular del derecho fundamental, como defensor de un derecho de carácter fundamental.

Nuevamente esta defensa de los derechos de los ciudadanos vuelve a alejar al MF del Poder Ejecutivo y ello porque es harto notorio que el Gobierno choca a diario con esos derechos y que la posición del MF cuando ello ocurre no tiene por qué coincidir con la del Gobierno, como una mirada somera a los procesos contencioso-administrativos, penales o de amparo, demuestra en el día a día.

4. La vigilancia de la independencia de los Tribunales

Finalmente, el que al art. 124 CE confiere asimismo al MF la defensa de la vigilancia de la independencia de los Tribunales tampoco es cuestión que quede reservada, como pretenden ciertos autores, a una mera perspectiva de pura funcionalidad procesal, con solo el reducido horizonte de las cuestiones de abstenciones y recusaciones, etc.

Ello es claro por el propio contexto de la misión conferida al Ministerio Fiscal, nada menos que un precepto constitucional, por su ubicación sistemática, el Título en el que se examina el Poder Judicial, y el del propio contexto de las misiones atribuidas al Ministerio Fiscal. No **velar por la independencia de los Tribunales** supone asegurar *ad intra* y *ad extra* de los mismos el **corazón de su definición constitucional** *ex* art. 117 CE y

ello mal podría hacerse desde una conexión con el Ejecutivo, no porque este no vaya a respetar dicha independencia judicial, sino porque en un Estado de Derecho constitucional como el nuestro, no parece sistemático que se vele por dicha independencia a través de un órgano de raigambre y dependencias respecto del Poder Ejecutivo.

No es baladí ese mandato, sino que apunta a la cercanía del Ministerio Fiscal al Poder Judicial y acentúa su distancia respecto del Ejecutivo, ya que puede darse una situación de enfrentamiento entre Poderes, que en el ámbito no solamente estrictamente procesal conllevaría el alineamiento del Fiscal en la defensa del Poder Judicial. Constitucionalmente esa referencia es hartamente relevante y única en el texto constitucional de 1978.

5. El interés público tutelado por la Ley

No es nada casual la conexión que establece este precepto, art. 2.1 EOMF, con el art. 124.1 CE a través de la noción del concepto de interés público. Debe destacarse la **diferencia entre el interés público** que mueve la petición del Gobierno para con el Ministerio Fiscal, del **interés social** que mueve y debe satisfacer la acción del Ministerio Fiscal como una de sus misiones constitucionales que le son conferidas por el art. 124.1 CE. Parece que ese interés social, que yo interpreto como referencia a un cierto interés difuso de la sociedad, es mucho más amplio, más general, más conectado directamente con los valores y principios constitucionales que el interés público perfectamente legítimo y legitimado democráticamente pero inevitablemente más concreto, más cercano a las acciones del Gobierno, a su política interior y en el seno de esta la política criminal, y exterior que el art. 97 CE atribuye en exclusividad al Gobierno.

En todo caso queda en pie el reto interpretativo del concepto de interés público gubernamental con la noción de interés público tutelado por la ley, que es otro de los motores de

la promoción de la acción de la justicia por parte del Ministerio Fiscal conforme con el art. 124.1 CE. La disyuntiva es clara: o bien **ese interés público se conecta con la noción de legalidad**, atribuyendo una finalidad de valor constitucional justicia, *ex art. 1 CE*, y ese es el único horizonte de la promoción de la justicia por parte del Fiscal, o bien se conecta con la noción de política legislativa del Ejecutivo. Me inclino por la primera opción, aun reconociendo que no es clara la disyuntiva hermenéutica, pura y simplemente porque si ese interés público que el Gobierno expresa al FGE no se confundiera con sus facultades de política interior y exterior que le confiere el art. 97 CE y coincidiera con el interés público en abstracto, concepto de legalidad del que habla como función del Ministerio Fiscal el art. 124 CE, entonces la petición del Gobierno debiera ser aceptada sin más, sin la distancia que impone el art. 8 EOMF en virtud de la que el FGE debe recabar previamente a su decisión la opinión de la Junta de Fiscales de Sala, art. 8.2, párr. 2.º, pudiendo en todo caso no aceptar el interés propuesto del Gobierno a fin de que promueva alguna acción jurisdiccional ante los Tribunales.

Ese interés público que debe **presidir la acción de promoción de la justicia** por parte del MF, es puesto de manifiesto por el Tribunal Constitucional en la STC 115/1994, de 14 de abril, al examinar la función y presencia, con visos del principio acusatorio, del MF en los juicios de faltas, con ocasión de revisar el modificado, en su día, art. 969.2 LECrim.:

«Tampoco puede considerarse que el precepto en cuestión vulnera lo dispuesto en el art. 124 CE en cuanto atribuye al Ministerio Fiscal “(la) defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley”. La sujeción a la legalidad se erige en canon fundamental de la actuación del Ministerio público (art. 124.2 CE), y es la propia ley la que, en este caso, ha marcado la línea de tutela del interés público y las for-

mas en que ha de ser defendido, en los términos antes expuestos, sin que puedan entenderse desconocidas las competencias ni la definición misma de la función del Ministerio Fiscal, que, por lo demás, quedan adecuadamente salvaguardadas con las precisiones del art. 969.2 LECrim., y la estricta sujeción al interés público que ha de orientar las instrucciones que al respecto se imparten por el Fiscal General del Estado. De desconocerse estas funciones, en su caso, *dicha infracción tendría su origen en las instrucciones concretas*, que en su momento podrían ser sometidas al control de este Tribunal, pero en modo alguno puede entenderse implícita en el precepto legal que las autoriza dentro de un marco plenamente ajustado a los principios marcados en el art. 124 CE» (STC 115/1994, 14 de abril).

La STC 50/2016, de 14 de marzo, al justificar la legitimación del Ministerio Fiscal para demandar en amparo en supuestos de internamientos de orden psiquiátrico o asistencial, lo justifica «como portador del interés público en la integridad y efectividad de tales derechos (fundamentales)».

6. La satisfacción del interés social

Finalmente el art. 124.1 CE confiere al Ministerio Fiscal la misión de procurar velar ante los Tribunales por la satisfacción del interés social, una referencia algo vaga y que habría que ponerla en **conexión y examen con la defensa del interés público** tutelado por la ley que igualmente debe considerar el Ministerio Fiscal cuando promueva la acción de la justicia. No necesariamente esa doble perspectiva constitucional debe conllevar sin más una dicotomía, sino más bien una doble perspectiva perfectamente compatible.

Ello ha llevado, y no sin cierta polémica, a una expansión de las áreas de intervención

del MF más allá del proceso penal, a la vez que se ha producido una notable especialización de su organización, especialmente tras la modificación EOMF de 2010, con vertientes a la violencia contra la mujer (art. 20 EOMF) la seguridad vial, siniestralidad laboral, medio ambiente, delincuencia informática (*vid. Libro Blanco del Ministerio Fiscal*, BOE, Madrid, 2013).

7. La personalidad jurídica propia del Ministerio Fiscal

En la reciente reforma del EOMF operada por L 24/2007, de 9 de octubre, se ha profundizado, con acierto, en la nueva redacción del art. 2.1, en la configuración del Ministerio Fiscal como órgano «de **relevancia constitucional con personalidad jurídica propia manteniendo su integración con autonomía funcional en el Poder Judicial**». Una perspectiva que anuncia y acentúa la progresiva configuración de la Institución como órgano capaz de autoorganizarse y obedecer a finalidades estrictamente propias y no dependientes de cualquier otro Poder.

8. La relevancia constitucional del Ministerio Fiscal

La STC 115/1994, de 14 de abril, que hemos examinado *supra* estudia esa relevancia constitucional.

Por otra parte la STC 71/1994, en un espectro parecido afirmaba al examinar la constitucionalidad del art. 504 bis LECrim. y el posible efecto suspensivo que un recurso formulado por el MF pudiera tener en la **paralización de la decisión del Juez en cuanto la decisión sobre la libertad de un detenido**, en relación con el contenido del art. 124.1 CE, que:

«... no cabe sostener, con carácter general, que este precepto constitucional impida o limite, en sí mismo, la libertad que, de principio, tiene el

legislador para atribuir efectos suspensivos a la interposición de determinado recurso, sin que, por lo demás, tampoco el precepto impugnado haya venido a contrariar o desfigurar la posición del Ministerio Fiscal en el proceso, según lo establecido en el art. 124.1 CE. Nada dice esta norma, en efecto y en sí misma, acerca de cuáles puedan ser los efectos legales que se sigan de la formulación por la Fiscalía de determinado recurso “en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutela por la Ley”.»

La mentada Sentencia 71/1994 declaró, empero, contrario al art. 17 CE esa redacción dada por el legislador al art. 504 bis LECrim.

El propio texto de la LOTC en su art. 47.2 fija la intervención del MF en los procesos de amparo; *vid.* al respecto la STC 86/1985, de 10 de julio, FJ 1, en atención a que el **Fiscal lo hace «en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley»**.

Esa posición de especial relevancia constitucional del MF parece planear por el texto de la LOTC que **sitúa con frecuencia a la Institución en lugar preferente**. Así, y en el nuevo art. 4.3 introducido por la LO 6/2007, de 24 de mayo, al tratar de la posición de preeminencia de jurisdicción del Tribunal Constitucional en las materias de su competencia, el legislador ha previsto la posibilidad de que el Tribunal Constitucional anule un acto o disposición que contravenga esa posición preeminente, decisión que adoptará motivadamente y previa la sola audiencia del Ministerio Fiscal.

Ello justificará de igual manera la intervención del MF en los incidentes de recusación y abstención, *vid.* arts. 80 y ss. LOTC, incluso en los suscitados en procesos de los que no forma parte cual sucede en el recurso de inconstitucionalidad.

II. LOS PRINCIPIOS RECTORES DEL MINISTERIO FISCAL

Lo que acaba definiendo la naturaleza constitucional del MF es, junto con los fines definidos en el art. 124.1 CE, sus principios rectores: los de unidad de actuación, legalidad, imparcialidad y dependencia jerárquica, que determina el art. 124.2 CE.

Los propios principios que el art. 124.2 CE atribuye al Ministerio Fiscal lo definen como **institución con significación propia y autonomía indudable**, cuando se le examina desde su perspectiva constitucional.

Me gustaría recalcar que los principios que marca el art. 124.2 CE tienen que examinarse de manera conjunta e indivisible y que siempre deben examinarse en su conjunto.

Así, la unidad de actuación de todos los fiscales sirve de soporte a la dependencia jerárquica con la que se vertebra la actuación del MF, de igual manera que uno y otro principio no pueden dissociarse de la sujeción de la actuación de todos los fiscales a los de legalidad e imparcialidad, que a su vez sirven para enlazar los principios del art. 124.2 con las misiones del art. 124.1 CE.

De nuevo resulta **difícil contemplar funcionalmente un Ministerio Fiscal conectado de alguna manera al Poder Ejecutivo**, pues la política del Gobierno ya hemos visto que puede chocar con la legalidad, para eso está el control de los Jueces y Tribunales y aún más difícilmente puede ser el MF, si se le conecta con el Gobierno, imparcial en una actividad jurisdiccional en la que el Gobierno y su Administración serán parte interesada y estarán además, por lo general, bien representadas por cuerpos tan prestigiosos como el de los Abogados del Estado.

1. El principio de unidad de actuación

Es uno de los grandes principios definidores de la esencia del Ministerio Fiscal. Como

quiera que está sujeto al principio de legalidad, el que todos los miembros del MF y sus órganos actúen de la misma forma unitaria asegura, frente a la dispersión propia de las decisiones de jueces y Tribunales, **una unidad que refuerza el principio de seguridad jurídica** (art. 9.3 CE).

Este principio se asegura gracias a la celebración de juntas en cada Fiscalía para elaborar criterios de actuación común y por parte del Fiscal General del Estado (art. 24 EOMF) merced a **órdenes, instrucciones, respuestas a consultas y circulares**, en estos dos últimos casos tras escuchar a la Junta de Fiscales de Sala.

2. El principio de dependencia jerárquica

Supone la integración piramidal del MF. Sobre este reina como monarca absoluto el Fiscal General del Estado: puede escuchar a sus órganos asesores, Consejo Fiscal y Junta de Fiscales de Sala, pero, al final, siempre predomina su criterio y decisión. De igual manera, las discrepancias respecto de las órdenes que pueda impartir pueden ser objeto de disenso colectivo, por una Junta de Fiscalía o un fiscal, pero al final siempre predomina frente a las mismas su criterio y decisión.

3. El principio de legalidad

El principio de legalidad, que no parece que sea exclusivamente el de legalidad penal, art. 25.1 CE, sino algo más amplio.

Si sirve de interpretación auténtica, el art. 6 del EOMF parece referirlo a que en su actuación el Ministerio Fiscal solo puede moverse en la sujeción a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico vigente:

«Por el principio de legalidad el Ministerio Fiscal actuará con sujeción a la Constitución, a las leyes y demás nor-

mas que integran el ordenamiento jurídico vigente, dictaminando, informando y ejercitando, en su caso, las acciones procedentes u oponiéndose a las indebidamente actuadas en la medida y forma en que las leyes lo establezcan.

Si el Fiscal estimare improcedente el ejercicio de las acciones o la actuación que se le haya confiado, usará de las facultades previstas en el art. 27 de este Estatuto.»

Con ello parece que se envía un **mensaje claramente contrario a otras opciones de Derecho comparado**, fundamentalmente de los países de legislación de *common law* anglosajones, en los que la discrecionalidad u oportunidad de razones metajurídicas o de política criminal mueven la actividad del Ministerio Fiscal.

4. El principio de imparcialidad

Dice el art. 7 del EOMF:

«Por el principio de imparcialidad el Ministerio Fiscal actuará con plena objetividad e independencia en defensa de los intereses que le estén encomendados.»

El Ministerio Fiscal, en sus actuaciones de todo tipo, pero muy especialmente en las que lleve a cabo en los distintos órdenes jurisdiccionales, se debe al principio de imparcialidad. Es su **signo distintivo, como de los jueces es el de independencia**.

No tiene más interés en los procesos en los que interviene que la legalidad y la defensa de los derechos de todas las partes; de ahí que, a diferencia del resto de los países, **en el proceso penal no representa el deber de acusar**, como legatario del *ius puniendi* del Estado, sino que puede acusar o defender, querellarse o solicitar el archivo de las actuaciones.

Ninguno de ellos cabe ser comprendido como parte de un derecho fundamental o sustrato bastante para ello. Ni siquiera la referencia al principio de legalidad puede, a mi juicio, entroncarse con el estricto principio de legalidad ni en su formulación constitucional, *ex art.* 25.1 CE, ni siquiera en su funcionalidad penal, *ex art.* 1.3 CP. Particularmente creo que esa vinculación con el principio de legalidad juntamente con el marco de la defensa de la legalidad que le exige al MF el art. 124. 1 CE, habría que ponerlo en **conexión con el marco de exigencia general de legalidad** que fija la Constitución, entre otros preceptos, en los arts. 9.1, 53.1, 103.1 y 117.1.

Algo de esa idea se desprendía de la Providencia dictada por el Tribunal Constitucional acordando por unanimidad, que se cita a sabiendas de que sus efectos quedan reducidos al caso concreto, el 30 de marzo de 1992 en el RA 92/1992:

«Previsto el recurso de amparo para la protección de los derechos fundamentales recogidos en los arts. 14 y Sección Primera del Capítulo II de la Constitución (art. 53.2 CE), es evidente que la pretensión contenida en la presente solicitud excede del ámbito de este recurso, porque lo que en él se pide constituye función propia del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria [arts. 76.2.f) de la Ley General Penitenciaria y 243.4 del Reglamento Penitenciario] y de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias (art. 80 de dicho Reglamento). A tales órganos debe dirigirse, pues, el solicitante en defensa de sus intereses, bien directamente o por medio de Letrado, designado o nombrado en turno de oficio, sin perjuicio de encauzar sus quejas al respecto a través del Ministerio Fiscal, cuyo Estatuto Orgánico (arts. 4 y 5) le faculta para promover las acciones pertinentes a fin de que la función jurisdiccional se ejerza con arreglo a derecho» (P. de 30 de marzo de 1992).

Así lo ha considerado el propio Tribunal Constitucional respecto del **principio de unidad de actuación**, así en una Providencia de inadmisión por unanimidad, de 26 de octubre de 1992, que reza así:

«Tanto en la instancia como en la apelación se le razonó la concurrencia del delito por el que se le condenaba e incluso la improcedencia de una posible infracción del principio de igualdad en aplicación de la Ley por el hecho de no haber sido condenado en anterior ocasión por el delito de falsedad en documento mercantil, poniéndole de manifiesto que en el supuesto alegado no había existido acusación del Ministerio Público por dicho delito, lo que impidió al órgano judicial entrar a considerarlo, mientras que en este supuesto sí existía dicha acusación. La razón empleada es perfectamente asumible en sede de amparo constitucional para justificar una diversidad de supuestos que impide entender vulnerado el principio de igualdad en aplicación de la Ley. Ninguna relevancia puede tener, por último, la invocada infracción del *principio de unidad de actuación* del Ministerio Fiscal que se encuentra recogido en el art. 124.2 de la CE, y por tanto, *excluido de los derechos fundamentales susceptibles de ser protegidos por medio del recurso de amparo*» (P. de 26 de octubre de 1992).

Por su parte, el ATC 59/1983, de 16 de febrero (y 93/1983, de 2 de marzo), analizando la constitucionalidad de la **ausencia del Fiscal en los juicios de faltas**, afirman:

«... 4. Por último es también manifiesto que su interpretación de los arts. 54.4 y 96 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es errónea y no justifica que analicemos más a fondo la posible vulneración de garantías procesales del art. 24 de la CE que a su juicio se derivan de la presencia de un mismo

miembro del Ministerio Fiscal en la instancia y en apelación, pues los principios de unidad y dependencia jerárquica por los que se rige el Ministerio Fiscal y la inexistencia de preceptos que prohíben la subsiguiente comparecencia de una misma persona en su nombre en dos instancias sucesivas hacen manifiestamente inadmisibles su razonamiento.»

En el mismo sentido, el ATC 460/1983, de 13 de octubre:

«Siendo por fin de destacar la confusión en que se incurre de asimilar por extensión al Ministerio Fiscal con el Juez ordinario predeterminado, cuando sus funciones son diferentes, y no corresponde a aquel la misión jurisdiccional de juzgar, única protegida en el art. 24.2 de la CE, no existiendo en esta reconocido en favor de los ciudadanos, la intervención en el proceso penal como parte acusadora de un miembro determinado del Ministerio Fiscal, pues como dice el art. 124.2 de la CE, ejerce sus funciones por medio de órganos propios, conforme a los principios de unidad y dependencia jerárquica, legalidad e imparcialidad.»

III. LA POSICIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES

1. En el recurso de amparo

La naturaleza del Ministerio Fiscal como órgano constitucional y las funciones y principios que rigen su actuación es la que ha permitido su construcción como un órgano que es algo más que una mera parte en el proceso, algo así como un *amicus curiae*, sin llegar a desempeñar el rol que el Abogado General tiene por ejemplo en el Tribunal de Justicia de Luxemburgo.

Ya se han examinado en otro punto los problemas de legitimación del Fiscal para el ejercicio de la acción de amparo, que el TC le ha reconocido como parte procesal (por todas STC 50/2016, de 14 de marzo).

De nuevo una Providencia de inadmisión por unanimidad, la de 11 de marzo de 1999, afirmaba que:

«Ni tampoco puede advertirse una quiebra del principio de igualdad por el hecho de que se denegara a la recurrente la asistencia a la exploración de la menor. De ningún modo puede el demandante comparar la parcialidad de su posicionamiento en el pleito con la función que el Ministerio Fiscal cumple en tales procesos en defensa de la legalidad y del interés público (art. 124 CE). En consecuencia, sin término de comparación válido para estimar un trato discriminatorio, no puede atisbarse la vulneración de este derecho fundamental, no invocado, por otra parte formalmente en la demanda» (P. de 11 de marzo de 1998).

No puede ser otra la razón que movió al legislador para conferir exclusivamente al Ministerio Fiscal la **facultad de recurrir en súplica** la inadmisión acordada por unanimidad de una Sección de una Sala del Tribunal Constitucional de conformidad con lo prevenido la LOTC.

Ello tiene aún más significado si se examina la reciente modificación de la LOTC operada por LO 6/2007, de 24 de mayo, que al dotar de una naturaleza bien distinta al recurso de amparo (*vid.* causas de inadmisión) ha mantenido empero el recurso de súplica, podría haber adoptado la decisión de suprimirlo, contra las Providencias de inadmisión por unanimidad en manos exclusivas del Ministerio Fiscal.

Sin embargo, esa posición preferente no impide **ciertos límites** como los señalados en el ATC 166/1988, de 1 de febrero, que advierte que ni el Fiscal puede ampliar el espectro ar-

gumentativo de la demanda ni el Tribunal Constitucional suplir la actuación de las partes, tal y como exige el art. 49.1 LOTC. La presencia del MF se exige en todos los incidentes de recusación que se plantean ante el Tribunal Constitucional, incluso en aquellos suscitados en procesos constitucionales como el recurso de inconstitucionalidad en los que el MF no forma parte.

Sin embargo, esa naturaleza del MF no le permite operar más allá de la misma, por ejemplo reconstruyendo las demandas de amparo de las partes:

«La demanda presentada se funda exclusivamente en la vulneración del derecho de igualdad que deriva del art. 14 de la Constitución. En este sentido se produce tanto la argumentación de la demanda como el *petitum* de la misma. No procede, por tanto, estimar, como indica el Ministerio Fiscal, que, al haberse citado en la demanda el art. 24 de la Constitución, podría considerarse que el recurso se dirige contra la Sentencia impugnada por incurrir en incongruencia originadora de indefensión; pues no hay referencia alguna a esta cuestión en la demanda, ni corresponde a este Tribunal suplir la actuación de las partes que exige el art. 49.1 LOTC» (ATC 166/1988, de 1 de febrero).

ACTOS DEL MINISTERIO FISCAL NO SUSCEPTIBLES DE AMPARO:

El ATC 219/1984, de 4 de abril, examina el **controvertido rol del MF en la configuración del proceso penal:**

«Único. Ni la decisión adoptada por el Ministerio Fiscal respecto a la causa penal 41/1980 es de los actos que, como susceptible de amparo contempla el art. 44 de la Ley Orgánica de este Tribunal, pues no es un acto u omisión de un órgano judicial, ni el criterio que en orden al ejercicio de la acción y al

modo de llevar la investigación o instar la instrucción sumarial haya adoptado el Ministerio Fiscal es algo que puedan condicionarse a instancias de parte, ni, manifiestamente, ser susceptible de consideración para imponer unos u otras actuaciones al Fiscal a través del recurso de amparo, pues este procede, en los casos del art. 44 de la LOTC, contra resoluciones judiciales que pudieran violar derechos de los comprendidos en la remisión que hace el art. 53.2 de la CE. El Ministerio Fiscal, por lo demás, no monopoliza la iniciativa y el ejercicio de la acción penal; en todo caso, junto con la acción pública, se reconoce al perjudicado el *ius ut procedatur*, con amplitud que satisface el derecho que proclama el art. 24.1 de la CE, sin que desde la posición de perjudicado se pueda propiciar legítimamente cuál ha de ser la actuación del Ministerio Fiscal, pues es a él, institución cuyo cometido se proclama en el art. 124.1 de la CE, al que corresponde el modo de cómo ejercer sus funciones. *La pretensión de que ordenemos al Ministerio Fiscal el ejercicio de la acción penal, o el modo cómo debe actuar respecto a un sumario primero sobreseído y ahora según parece abierto, y del que desde su posición conoce el Ministerio Fiscal, es obviamente algo ajeno al ámbito del proceso de amparo.* No se trata, por tanto, de algo que corresponda a nuestra jurisdicción constitucional y, por tanto, procede declararlo así según lo dispuesto en el art. 4.2 de la LOTC, atendiendo a lo que dispone el art. 161 de la CE y, dentro del marco constitucional, el art. 2.1 de aquella Ley.»

El ATC 965/1987, de 28 de julio, analiza la **naturaleza no jurisdiccional de los actos propios del MF:**

«Por otra parte, el recurso se interpone contra el oficio de 28 de abril

de 1987 de la Fiscalía General del Estado, por el que se comunicó al actor que el Ministerio Fiscal no consideraba procedente solicitar la exhumación del cadáver de su esposa. Y este oficio o comunicación no es un acto jurisdiccional, conforme al Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, de 30 de noviembre de 1981, ni es susceptible, por tanto, de recurso alguno.»

2. Cuestiones de inconstitucionalidad

En este proceso constitucional se muestra nuevamente el carácter de relevancia constitucional del Ministerio Fiscal tanto en su intervención en el seno del mismo proceso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, art. 37 LOTC, **sus dictámenes los firma el FGE**, como en el proceso previo al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad por el órgano judicial (art. 35 LOTC). Así el ATC 278/1991, de 30 de septiembre, dice:

«Es doctrina reiterada de este Tribunal, desde su inicial STC 17/1981, de 1 de junio, que la extraordinaria trascendencia de las cuestiones de inconstitucionalidad, como principal mecanismo de conexión entre los Tribunales ordinarios y este Tribunal Constitucional, obliga a examinar con singular cuidado la concurrencia de los requisitos exigidos para su admisibilidad, utilizando, en su caso, el específico trámite previsto en el art. 37.1 de la LOTC para evitar un uso inadecuado de dicha vía procesal, contrario a su propia naturaleza, cuando es posible apreciar *prima facie*, con la sola audiencia de la Fiscalía General del Estado, en su calidad de parte imparcial y defensora de la legalidad, la existencia de un motivo que se oponga a su plena sustanciación.»

De igual manera la audiencia del Fiscal en el momento previo al planteamiento de la cuestión por el órgano judicial se considera preceptiva, *ex art.* 35 LOTC, para la correcta formulación de la misma. Así el ATC 875/1985, de 5 de diciembre, FJ 1, dice al respecto:

«El precedente relato es por sí mismo suficiente para estimar el óbice procesal puesto de manifiesto por el Fiscal General del Estado y apreciar que la cuestión de inconstitucionalidad suscitada por la Sección Decimocuarta de la Audiencia Provincial de Barcelona adolece de la falta de uno de los requisitos exigidos por el art. 35.2 LOTC, a saber, que se eleve por Auto tras haber oído a las partes y al Ministerio Fiscal sobre la pertinencia de su planteamiento, lo que en este momento procesal ha de determinar, de acuerdo con una reiterada doctrina constitucional, su inadmisión (por todas, STC 133/2004, de 22 de julio, FJ 1)» (STC 204/2004, de 18 de noviembre, FJ 2).

Por su parte, el ATC 875/1985, de 5 de diciembre, expone al respecto:

«Por lo que se refiere, de modo específico, a este trámite de audiencia ha de decirse ahora que se trata de un requisito de todo punto inexcusable cuyo sentido se halla no solo en la salvaguardia misma del principio de contradicción en todo procedimiento, sino también, e inseparablemente, en la conveniencia, apreciada por el legislador, de dar ocasión a las partes y al MF para exponer sus posiciones sobre la duda de constitucionalidad suscitada o preliminarmente acogida por el Juzgador y acerca de la pertinencia misma de que la cuestión se eleve al Tribunal Constitucional pudiendo cooperar así estas alegaciones a que el Juez o Tribunal se pondere debidamente la pertinencia de proceder al planteamiento de la cues-

tión y a que el objeto de esta, en su caso, pueda quedar definitivamente delimitado... Existe así, como dijimos en el Auto 18/1983, de 18 de enero (FJ 1), un interés jurídicamente protegido por nuestra Ley Orgánica en relación con las partes de un proceso ordinario para hacerse oír en el incidente que se considera, interés que, cabe añadir ahora, resulta indisoluble de la necesidad objetiva de garantizar el correcto empleo de este procedimiento constitucional y a cuyo servicio está también, de modo destacado, la intervención del Ministerio Fiscal» (ATC 875/1985, de 5 de diciembre, FJ 1).

Doctrina ratificada en SSTC 139/2008, de 28 de octubre, y 222/2012, de 27 de noviembre.

Sin embargo, esa posición constitucional preferente del MF también tiene sus límites.

La STC 46/2000, de 17 de febrero, se refiere a la **imposibilidad de que el FGE pueda ampliar el ámbito de la cuestión de inconstitucionalidad**, una vez formalizado su planteamiento por el órgano judicial:

«Sobre este particular hay que decir que en principio no cabe la ampliación del canon de la cuestión de inconstitucionalidad más allá del planteamiento efectuado por el órgano judicial. Por ello la alegación del Ministerio Fiscal que nos ocupa solo puede ser considerada como mera sugerencia al Tribunal, para que por este, en su caso, pueda examinarse la cuestión con la amplitud que la misma merezca (art. 39.2 LOTC), pero no como una alegación que nos vincule a una respuesta de aceptación o rechazo. La posible fundamentación de la declaración de inconstitucionalidad por parte de este Tribunal en otro precepto constitucional distinto del referido en el Auto de plantea-

miento, permitida por *dicho art. 39.2 LOTC*, no es un mecanismo que pueda justificar la ampliación del canon de la cuestión de inconstitucionalidad por el Ministerio Fiscal, sino solo una posibilidad abierta al Tribunal en los términos definidos en la STC 113/1989, de 22 de junio, FJ 2, que no se dan en el caso actual.»

3. El incidente de nulidad de actuaciones como remedio previo al recurso de amparo

La reforma de la LOTC operada por LO 6/2007, de 24 de mayo, ha modificado sustancialmente el espectro del incidente de nulidad de actuaciones en clara relación con el art. 53.2 CE, como **posible filtro y remedio previo al recurso de amparo**.

La disposición final primera de dicha norma modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial en el párr. 1.º del ap. 1 del art. 241 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, queda redactado en los siguientes términos:

«1. No se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el art. 53.2 de la Constitución, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario.»

La idea del legislador implica, en relación con el régimen anterior del incidente de nulidad de actuaciones, una **generalización del mismo**, ya que ahora el texto habla de cualquier

vulneración de un derecho fundamental y no queda, pues, reducido a la tacha de indefensión o incongruencia, cual hacía la redacción anterior.

Se ha suscitado el debate acerca de si esta nueva regulación **implica si el Fiscal debería informar en todos los supuestos** en los que las partes susciten el incidente de nulidad de actuaciones, habida cuenta de que el Fiscal está presente en prácticamente todos los procesos penales, salvo en los delitos de naturaleza privada, pero no ocurre así en el resto de las jurisdicciones, en las que solo interviene procesalmente cuando la ley lo dispone.

En mi opinión, la llamada que hace el legislador al Fiscal **es una llamada universal** y debería estar presente e informar en todos los incidentes de nulidad de actuaciones. Ello se deduce del carácter y naturaleza que el legislador ha otorgado al incidente de nulidad de actuaciones y a la materia que en el mismo se dilucida, así como su interconexión harto evidente con el recurso de amparo. Uno y otro argumento entroncan con la posición constitucional del Ministerio Fiscal *ex art. 124* que venimos analizando a lo largo de este comentario a dicho precepto, esto es, su conexión con la defensa de los derechos de los ciudadanos en conexión con el interés público tutelado por la ley que se refleja en su intervención en los recursos de amparo, lleva a concluir que la presencia del Fiscal en el incidente de nulidad de actuaciones resulta de lógica obligada.

No conviene sino anotar que frente a esa opinión, que suscribo, se opone la que la niega, de un lado alegando la cortedad de las plantillas orgánicas de las Fiscalías, así como la dificultad instrumental de no haber sido parte en el proceso de origen y no disponer, por ende, del necesario conocimiento del mismo. Ni uno ni otro argumento, con el debido respeto, permiten enervar los que sustentan la posición contraria y que hemos desgranado más arriba.

IV. LA POSICIÓN PREFERENTE DEL MINISTERIO FISCAL EN LOS PROCESOS

La posición constitucional del MF le permite gozar, lo hemos estudiado en el régimen de recursos de amparo, de una **situación de excepción y privilegio**, algo que se prolonga en términos del régimen procesal (*vid.*, por ejemplo, su acceso exclusivo, en oposición al resto de las partes, al **sumario declarado secreto**, art. 302 párr. 2.º de la LECrim.).

La STC 76/1982, de 14 de diciembre, examinó un supuesto de privilegio procesal para el MF en la **concesión exclusiva de la posibilidad de recurrir en casación** que el legislador otorgaba en ciertos casos al Ministerio Fiscal y no al resto de las partes:

«(...) La primera cuestión que surge es si esta respectiva imposibilidad y posibilidad de recurrir en casación está dentro de los límites constitucionales de la distinta posición de los acusados y del Ministerio Fiscal, el cual no es una parte privada, dada su misión de promover la acción de la justicia “en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y el interés público tutelado por la Ley” (art. 124.1 de la CE) [...] A este respecto, entendemos que la diferencia en la situación del Ministerio Fiscal con respecto a los condenados, a que hemos hecho referencia, no puede justificar una desigualdad que implique disminuir los medios de defensa de la parte acusada frente a la acusación pública. Cuando el Ministerio Fiscal puede continuar la acusación en defensa de la legalidad, hay que dar al acusado todas las garantías contenidas en el art. 24 de la CE. Es cierto que si el Ministerio Fiscal recurre (independientemente de que, por su función, pueda hacerlo para pedir que se rebaje la pena), el acusado no sufrirá indefensión, siempre que pueda adherirse al recurso planteado por aquel y alegar todos “los motivos que le conven-

gan”, según la fórmula del art. 861 de la LECrim. en su último apartado, sin estar vinculado por los de la acusación. Pero no ocurrirá lo mismo si el Ministerio Fiscal no recurre o desiste del recurso, una vez interpuesto.»

Ello ha de conectarse con la posición de relevancia constitucional del Ministerio Fiscal a la luz del art. 124 CE que **no compromete el derecho fundamental de igualdad de partes** en el proceso (art. 24.2 CE).

Esa condición de parte que representa intereses constitucionales *ex* art. 124 CE no impide que el MF pueda sufrir indefensión y ser portador de las garantías inherentes a las partes de un proceso. En este sentido el ATC 191/1988, de 15 de febrero, examinada **la carencia de prácticas de pruebas admitidas al MF**, afirmaba:

«Eliminada así por la sentencia recurrida en amparo la clara indefensión

que se había producido al Ministerio Fiscal —no está más recordar que las garantías del art. 24 de la Constitución comprenden a todas las partes del proceso y no solo a una de ellas—, la sentencia razona que en virtud de las demás pruebas practicadas en el juicio oral resultaba inocua la prueba omitida» (ATC 191/1988, de 15 de febrero).

Afirmaciones estas que no dejan de producir perplejidad cuando se las confronta con la actitud, no tan clara y con frecuencia opuesta, a la legitimación del Ministerio Fiscal en los procesos del amparo.

El TC, sin embargo, declaró, por todas STC 185/2012, de 17 de octubre, inconstitucional, por considerarlo contrario a los arts. 117 y 24 CE, el inciso del art. 92.8 CC, que establecía la necesidad de un informe «favorable» del Fiscal para la concesión de los supuestos de custodia compartida.

BIBLIOGRAFÍA

CARROCA PÉREZ, A., «El Ministerio Público en la historia y en el Derecho comparado», *Revista Justicia*, núm. IV, 1994, Bosch.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *El Ministerio Fiscal*, Aranzadi, 1999.

DÍEZ-PICAZO, L. M., *El poder de acusar*, Ariel, Barcelona, 2000.

— *El Oficio de Jurista*, Siglo XXI, Madrid, 2006.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Libro Blanco del Ministerio Fiscal*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2013.

GIMENO SENDRA, V., «La legitimación del Ministerio Fiscal en los procesos de amparo», *La Ley*, tomo 3, La Ley, 1999.

GRANADOS CALERO, F., *Ministerio Fiscal (del presente al futuro)*, Tecnos, Madrid, 1989.

GUI MORI, T., «La modificación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Profunda reforma del recurso de amparo y de la nulidad de actuaciones», *Diario La Ley*, núm. 6791, octubre, 2007.

JIMÉNEZ VILLAREJO, J., «El Ministerio Fiscal dentro del Poder Judicial», *Revista del Poder Judicial*, núm. 3, Madrid, junio 1982.

LANZAROTE, P., *La autonomía del Ministerio Fiscal y la reforma de su Estatuto*, La Ley, Madrid, 2008.

LÓPEZ LÓPEZ, A. M., «El principio de dependencia jerárquica en el Ministerio Fiscal español», *Actualidad Penal*, La Ley, Sección Doctrina, 1992.

LORCA GARCÍA, J., «El Ministerio Fiscal en la Constitución», *Revista General de Derecho*, núm. 546, septiembre 1982.

MARCHENA GÓMEZ, M., *El Ministerio Fiscal, su pasado y futuro*, Marcial Pons, Madrid, 1992.

— «Ministerio Fiscal en Europa: algunos problemas comunes», *LA LEY*, tomo 6, La Ley, 1996.

MINISTERIO DE JUSTICIA E INTERIOR, *Libro Blanco del Ministerio Fiscal*, Madrid, 1996.

MONTORO PUERTO, M., *Jurisdicción Constitucional y Procesos Constitucionales*, tomo II, Colex, 1991, pág. 384.

— «Funciones del Ministerio Fiscal ante el Tribunal Constitucional», *Revista de Administración Pública*, núm. 91, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, enero-abril 1980.

— *Ley Orgánica del Tribunal Constitucional* [Arts. 46 y 47], 2.^a ed., Colex, 2008.

SAINZ MORENO, F., «El Ministerio Fiscal y el principio de legalidad», *Revista de Administración Pública*, núm. 108, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

TORRES-DULCE LIFANTE, E., *El Consejo Fiscal*, CEJ-Ministerio de Justicia.

VV. AA., *Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Comentada*, 2.^a ed., Colex, Madrid, 2008.

— *La Reforma de la Justicia Constitucional*, CEJ-Thomson Aranzadi, Madrid.

— *El Ministerio Fiscal y la Tutela Jurisdiccional Contencioso-Administrativa de los Derechos Fundamentales*, CEJ-Thomson Aranzadi, Madrid.

Artículo 125

Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine, así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales.

Sumario: I. Introducción. II. La acción popular. 1. Acción popular y derecho a la tutela judicial efectiva. 2. La acción popular como derecho de configuración legal. 3. El problema del ejercicio de la acción popular por las personas jurídicas. 4. La concurrencia de la acción popular con otras acusaciones: las denominadas doctrina Botín y doctrina Atutxa. III. El Jurado. 1. El Jurado como forma de participación en la Administración de Justicia. 2. La motivación del veredicto. IV. Los Tribunales consuetudinarios.

PEDRO CRESPO BARQUERO

FISCAL DE SALA DEL TRIBUNAL SUPREMO
EXLETRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. INTRODUCCIÓN

El art. 125 CE reúne tres instituciones que, pese a su muy diversa proyección histórica y práctica en el Derecho procesal penal español, convergen en la idea de *participación ciudadana* en el ejercicio del Poder Público, y más concretamente en el ámbito del Poder Judicial, lo que no solo explica esa agregación en un mismo precepto, sino también la ubicación sistemática de la norma.

La acción popular, hondamente arraigada en nuestra tradición jurídica, se configura como un auténtico «desempeño privado de la función pública de acusar» (STC 50/1998, de 2 de marzo), insólito hoy en el Derecho comparado. Junto a esa singular forma de **participación en el poder de acusar**, la **intervención directa de los ciudadanos** en la función de juzgar, es decir, **en el ejercicio de la Jurisdicción**, se bifurca entre el reconocimiento de otro vestigio histórico de mucha

menor trascendencia estadística y social —los tribunales consuetudinarios y tradicionales— y la institución del Jurado, cuyo siempre controvertido encaje en el sistema procesal penal español se ha desarrollado objetivamente durante (casi) el último siglo y medio al paso de los avances democráticos, constituyendo de hecho su fulminante supresión o *suspensión* una constante de los sucesivos giros involucionistas.

II. LA ACCIÓN POPULAR

De las tres instituciones mencionadas en el art. 125 CE es la acción popular la que ha dado lugar a una jurisprudencia constitucional más abundante y más compleja, fruto por un lado del desarrollo, en democracia, del impulso cívico que lleva a los ciudadanos o grupos no directamente perjudicados por el delito a reivindicar ante los tribunales su propia concepción del *interés público* como

patrón de interpretación y aplicación de la ley penal; pero también, por otro lado, de la expansiva aspiración de las entidades públicas y privadas a utilizar esa forma de participación en el poder de acusar para la consecución de sus propios objetivos, no siempre ni forzosamente vinculados, sin embargo, a esa idea de *defensa de interés público*. De ahí que el Tribunal Constitucional haya tenido que abordar los problemas que plantea la acción popular principalmente desde la perspectiva de la legitimación procesal, en sede de amparo, donde de manera fragmentaria, entrecruzada y no siempre lineal —condicionado en exceso, tal vez, por el limitado ámbito de cognición del propio recurso de amparo— ha ido definiendo su naturaleza, delimitando sus condiciones de ejercicio e identificando a sus titulares. Siempre, eso sí, en el terreno del proceso penal que se menciona en el mismo art. 125, y por tanto sin hacerse eco de algunos esfuerzos doctrinales por situar bajo el influjo de dicha norma el ejercicio de la acción pública en otras áreas, como la contencioso-administrativa. El resultado es un nutrido un *corpus* doctrinal que se puede resumir esquemáticamente del siguiente modo.

1. Acción popular y derecho a la tutela judicial efectiva

Como es obvio, la ubicación sistemática del art. 125 CE impide concebir, sin más, un supuesto derecho fundamental al ejercicio de la acción popular en el marco de protección del art. 53 CE. El intento de obtener ese nivel máximo de garantía constitucional por vía oblicua, a través del art. 24.1, obtuvo su primera respuesta en la STC 62/1983, de 11 de julio. En ella, tras recordar que dicha norma designa como titulares del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva a «todas las personas [...] en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos», y definir estos intereses legítimos como los «protegidos por el Derecho, en contraposición a otros que no son objeto de tal protección», el Tribunal singula-

rizaba «los de carácter personal», afirmando que precisamente «en relación a ellos se establece el derecho fundamental del art. 24.1 CE («sus... intereses legítimos») [...] que goza de la protección reforzada que otorga la Constitución a los comprendidos en la Sec. 1.^a Cap. II de su Tít. I, incluido el recurso de amparo». Frente —o junto— a ellos identificaba «los intereses comunes», pero al describirlos como «aquellos en que la satisfacción del interés común es la forma de satisfacer el de todos y cada uno de los que componen la sociedad», llegaba a la (tal vez paradójica) conclusión de que «cuando un miembro de la sociedad defiende un interés común sostiene simultáneamente un interés personal, o, si se quiere desde otra perspectiva, que la única forma de defender el interés personal es sostener el interés común». En consecuencia, el «... interés directo, particular, como requisito de legitimación, queda englobado en el concepto más amplio de interés legítimo y personal, que puede o no ser directo» y, por tanto, incluido en el art. 24.1 CE.

La STC 147/1985, de 29 de octubre, vino a revisar esa tesis, advirtiendo que «esta reconducción del contenido del art. 125 CE al enunciado del art. 24 de la Ley Fundamental [...] descansa a su vez en una identificación entre el Derecho procesal, en el que la acción pública o popular consiste con los derechos o intereses legítimos de carácter sustantivo para los que [...] se garantiza la tutela judicial efectiva» (FJ 3), y objetando a tal propósito que esta identificación entre derechos *procesales* y *sustantivos* «no es en sí misma rechazable, pero no puede ser aceptada cuando se establece de modo incorrecto y pretende ser utilizada como un instrumento para alterar la configuración legal del derecho mismo que se pretende hacer valer». De ahí que «puede aceptarse [...] que entre los derechos e intereses legítimos para los que, como derecho fundamental, se tiene el de recabar la tutela judicial efectiva, figura el de ejercitar la acción pública en su régimen legal concreto, pero en modo alguno puede extraerse de la conexión entre derecho de acción y derecho constitu-

cional la necesidad de configurar aquel de manera distinta».

La diferencia entre ambas líneas doctrinales y sus consecuencias fue explicada por el Magistrado Cruz Villalón en su voto particular a la STC 154/1997, de 29 de septiembre, según el cual la línea abierta por la STC 62/1983 («la más auténtica en lo que tiene de asunción de que la acusación popular... constituye una más de las acciones en las que toma cuerpo el derecho a la tutela entendido como acceso a la jurisdicción») había sido «iniciada con enormes cautelas y en un caso cuyo dramatismo a nadie se oculta» (el denominado *síndrome tóxico*), invocando el bien de la salud pública, con lo que «se aceptaba, así, que la acción popular podía erigirse en forma o medio del acceso a la jurisdicción, pero a la vez se exigía, de modo un tanto contradictorio [...] la presencia de un inescindible interés personal». Por el contrario, la línea «indirecta, e incluso retorcida» de la STC 147/1985, «... renuncia a considerar a la acción popular como variante del derecho de acceso a la jurisdicción, proclamándose, sin embargo, que la misma puede ser objeto o fin de la tutela, como uno más de los innumerables derechos o intereses legítimos que deben ser tutelados por los Jueces y Tribunales». El derecho al ejercicio de la acusación popular *ex art.* 125 CE «no sería, pues, manifestación del derecho a acceder a la jurisdicción [...] al que se alude en el comienzo del art. 24.1 CE», sino que estaría incluido «dentro de los derechos e intereses legítimos mencionados en el final de dicho precepto», cuya protección corresponde a «la sola jurisdicción ordinaria con la única excepción de la manifiesta arbitrariedad».

Pese a todo, el propio voto particular hallaba una vía integradora en la STC 34/1994 (Pleno), de 31 de enero, en la que al subrayar el diferente fundamento constitucional de la acción particular y la acción popular, se apuntaba que la legitimación del acusador popular deriva «del art. 125 CE y no precisa afirmar que es el ofendido por el delito para que se le

reconozca el derecho a ejercitar la acción penal», mientras que la del acusador particular «deriva directamente del art. 24.1 CE en cuanto que perjudicado por la infracción penal». Por consiguiente, «la protección en amparo del derecho del acusador popular requiere [...] que la defensa del interés común sirva para sostener un interés legítimo y personal (STC 62/1983)».

En la STC 50/1998, reseñada al comienzo, el Tribunal asumió esta última doctrina. Pero la STC 311/2006, de 23 de octubre, parece variar de nuevo el punto de vista, afirmando, sin los matices de la anterior jurisprudencia, que, dado que «la acción popular constituye un medio de acceso a la jurisdicción», si la Ley la establece en un determinado proceso, como la LECrim. hace para el proceso penal, «la interpretación restrictiva que los órganos judiciales realicen sobre las condiciones de su ejercicio resultará lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión si no respeta el principio *pro actione*...». Se trataba de reconocer el derecho a una entidad pública, a la que resultaba evidentemente muy difícil atribuir un «interés legítimo y personal» propio vinculado al «interés común». En qué medida deba entenderse que este giro afecta a la concepción general acerca de la naturaleza de la acción popular es algo que, dado el contexto, no es fácil deducir ni del tenor de esa sentencia, ni de las secuelas que ha tenido (SSTC 8/2008, de 21 de enero, 18/2008, de 31 de enero y 67/2011, de 16 de mayo), por tratarse de casos análogos, de ejercicio de la acción popular por instituciones u organismos públicos. Pero lo cierto es que esa línea interpretativa sostenida en las últimas sentencias sitúa inequívocamente y *de plano* la cuestión en el contexto de la tutela judicial efectiva (art. 24.1), y más concretamente en el ámbito del acceso a la jurisdicción, incluida la aplicación del principio *pro actione*, con independencia de la naturaleza de los «intereses» en juego, y, como se ha dicho, sin otro matiz —no menor, por cierto— que el referido a la configuración legal del derecho.

2. La acción popular como derecho de configuración legal

En efecto, la conceptualización de la acción popular como **derecho de configuración legal**, ya anticipada en el ATC 327/1984, de 30 de mayo, se proclama explícitamente, por ejemplo, en la STC, Sala 1.ª, 154/1997, de 29 de septiembre (FJ 3). Como se ha apuntado, la citada STC 147/1985 advertía de que «en modo alguno puede extraerse de la conexión entre derecho de acción y derecho constitucional la necesidad de configurar aquel de manera distinta», sino que «entre los derechos e intereses legítimos para los que, como derecho fundamental, se tiene el de recabar la tutela judicial efectiva, figura el de ejercitar la acción pública *en su régimen legal concreto*».

Incluso más allá, el Tribunal ha llegado a sugerir en la propia STC 154/1997 (FJ 5) «... **la necesaria reforma legislativa que racionalice y prevenga los potenciales abusos en el ejercicio de la acción popular**». Tales abusos se proyectan en tres frentes. Uno es el de la instrumentalización de la acción popular para tener acceso al proceso con fines ajenos, si no contrarios, a su naturaleza. El ejemplo (Auto de 26 de abril de 2013 del Juzgado Central de Instrucción núm. 5, PA 275/2008) de un partido político expulsado de esa posición procesal acusadora como consecuencia de un patente conflicto de intereses con su posible condición de responsable civil del delito es muy ilustrativo. El segundo frente, mucho más difuso y difícil de conjurar en el marco de la tutela judicial efectiva, es el incremento de la complejidad del proceso que comporta la presencia de una o varias partes acusadoras, cuya profusa actividad en muchas ocasiones carece finalmente de frutos relevantes, pero genera un grave efecto dilatorio, incompatible con la creciente demanda social de un sistema de justicia más eficiente, y paradójicamente determinante, en muchos casos, de una atenuación de la pena finalmente impuesta al condenado (art 21.6 CP). Y el tercero es el impacto que genera en el ejercicio del dere-

cho de defensa la situación de patente desequilibrio derivada de una multitud de posiciones y tesis acusadoras. Curiosamente, ninguna de estas cuestiones ha sido objeto de un tratamiento en profundidad por el Tribunal Constitucional. Pero los sucesivos proyectos de reforma integral del proceso penal publicados por el Ministerio de Justicia en 2011 y 2013 sí han coincidido, aunque con fórmulas y alcances bien distintos, en la conveniencia de introducir restricciones regulatorias, siguiendo la línea que señalaba la mencionada STC 154/1997.

A la vista de lo expuesto no es de extrañar que, junto al problema de la atribución de la titularidad de la acción popular a las personas jurídicas, que se tratará aparte, la mayoría de las resoluciones del TC relativas a la acción popular tengan por objeto su concreta *configuración legal*, es decir, de los requisitos legales de *procedimiento* para su ejercicio.

Entre ellas destacan las decisiones relativas a la **obligación de prestar fianza** que establece el art. 280 LECrim. a cargo del «particular querellante [...] para responder de las resultas del juicio» y las excepciones que afectan «el ofendido y sus herederos o representantes legales» (art. 281.1) o, en los delitos de homicidio y asesinato, a los parientes que menciona el art. 281.2. Distinción que, por cierto, «no podemos afirmar que [...] sea discriminatoria [...] ya que en definitiva responde al criterio de dar mayores facilidades a los más afectados, lo que no puede calificarse de irrazonable».

La STC 62/1983, ya citada, proclamaba la que ha sido doctrina constante desde entonces: la exigencia de fianza «no es en sí misma contraria al contenido esencial del derecho, siempre que su cuantía, en relación a los medios de quienes pretenden ejercerlo, no impida u obstaculice gravemente su ejercicio, pues ello conduciría en la práctica a la indefensión que prohíbe el art. 24.1 CE» (en idéntico sentido, SSTC 147/1985 y 40/1994, también citadas, y SSTC 326/1994, de 12 de diciembre,

50/1998, de 2 de marzo, y 79/1999, de 26 de abril). En este sentido, **«el determinar si una persona debe considerarse como ofendida no tiene trascendencia constitucional**, porque tanto si se le considera como tal y no se le exige la prestación de fianza, como si se le niega esa condición y se impone su prestación, es lo cierto que puede gozar de la tutela judicial efectiva reconocida en el art. 24.1 CE» (STC 113/1984, de 19 de noviembre, y en análogo sentido, SSTC 34/1994, 326/1994, 50/1998). **Lo que sí puede tener trascendencia constitucional es «la cuestión que plantea la racionalidad de la cuantía** de la fianza impuesta, pues [...] de ser desproporcionada en relación a los medios de quienes pretendan interponer querrela, se impediría u obstaculizaría gravemente su ejercicio, lo que podría conducir en la práctica a la indefensión que prohíbe el art. 24.1 CE (SSTC 62/1983, 113/1984, 147/1985, 326/1994, 50/1998, 79/1999, 45/2002), «debiendo interpretarse esta doctrina en el sentido de que no compete a este Tribunal la sustitución de los órganos de la jurisdicción ordinaria en la fijación de la cuantía, limitándose su función al control de la arbitrariedad e irracionalidad de la decisión judicial» (STC 326/1994). Y de ahí que también haya amparado el Tribunal el derecho a recurrir las resoluciones judiciales que precisamente deniegan la personación por no prestar la fianza exigida, puesto que «el previo depósito de la fianza fijada carece [...] de sentido como presupuesto previo para poder cuestionar la cuantía de la misma» (STC 326/1994).

Otra norma que ha dado lugar a diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional en relación con el ejercicio de la acción popular es el **art. 113 LECrim.**, según el cual «... siempre que sean dos o más las personas por quienes se utilicen las acciones derivadas de un delito o falta lo verificarán en un solo proceso y, si fuere posible, **bajo una misma dirección y representación**, a juicio del Tribunal». El ATC 185/1996, de 8 de julio, denegó la suspensión de una resolución judicial de esa clase porque significaría «un otorgamien-

to provisional y previo del amparo que se solicita»; pero en la ya citada STC 154/1997 fijó la pauta constitucional de interpretación del precepto legal acudiendo al concepto de *derecho de configuración legal*, que permite al Legislador «regular y condicionar» su ejercicio «como en este supuesto concreto ha efectuado a través del art. 113 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal». Ahora bien, «la facultad de apreciación contenida en el art. 113 LECrim. no puede entenderse como enteramente discrecional, pues habrá de tener presente los dos principios constitucionales que han de ser conciliados: el derecho a la defensa y asistencia de Letrado y el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas». A tal efecto, «no son los pareceres, opiniones o ideologías de las personas que ejercitan las acciones penales lo que debe ser tomado en consideración para apreciar la convergencia y unidad de intereses [...], sino la existencia de razones objetivas que justifiquen la necesidad de una particular defensa y representación de cada una de ellas [...]; y esas razones o criterios requieren, como mínimo, una identidad en el hecho punible que se denuncia, y en la persona del acusado, elemento objetivo y subjetivo que conforma el objeto del proceso penal» (FF. JJ. 3 y 7).

También ha sido frecuente la invocación del art. 125 de la Constitución **en el proceso militar**, frente a la prohibición de formular querrela que establecía el art. 452 del derogado Código de Justicia Militar de 1945, y más tarde frente a la exclusión de la propia querrela y de la acusación particular «cuando el perjudicado y el inculpado sean militares, si entre ellos existe relación jerárquica de subordinación» (art. 108 de la LO 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar y art. 127 de la LO 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar). Inicialmente el Tribunal Constitucional entendió justificadas esas restricciones legales por «la importante función que el art. 8.1 de la CE asigna a las Fuerzas Armadas [...] al exigir la profesión castrense por su especial naturaleza una organización fuertemente apoyada en el siste-

ma jerárquico, manifestada por una situación de sujeción, enmarcada en la unidad y disciplina» (ATC 121/1984, de 29 de febrero, FJ 2), y —en lo que aquí importa— declaró que no existía en el art. 125 CE base para poner en duda la constitucionalidad de la LO 2/1989 «por no dar cabida en ella a la acción popular, ni para que la interpretación constitucional de esa Ley deba hacerse en un sentido favorecedor de la existencia de dicha acción» (SSTC 64/1999, de 26 de abril, y 280/2000, de 27 de noviembre). Ahora bien, acabó planteando la *autocuestión* de inconstitucionalidad respecto de los citados arts. 108 de la LO 4/1987 y 127 LO 2/1989, resuelta por STC (Pleno) 179/2004, de 21 de octubre, en la que, sin perjuicio de confirmar que «la disciplina es un valor imprescindible en toda organización jerarquizada que, en el caso de las Fuerzas Armadas, se convierte en un ineludible principio configurador», concluyó que «la prohibición del ejercicio de la acción penal, en calidad de acusador particular, contenida en dichas normas vulneraba el principio constitucional de igualdad en la ley (art. 14) y el derecho a la tutela judicial efectiva y sin indefensión garantizada por el art. 24.1, en virtud de lo cual declaró inconstitucional y nula la parte de ambas normas que establecía dicha prohibición. Pero «respecto de la acción popular, sobre la que la Ley procesal militar guarda silencio, que la jurisdicción militar viene interpretando como exclusión consciente de la acción popular», se limitó a reiterar que tal interpretación «no determina vulneración constitucional alguna (SSTC 64/1999, de 26 de abril, 81/1999, de 10 de mayo, y 280/2000, de 27 de noviembre)».

3. El problema del ejercicio de la acción popular por las personas jurídicas

Como se ha anticipado, uno de los aspectos fundamentales de la doctrina de la *configuración legal* de la acción popular ha ido decantándose en sede de amparo al hilo de las pretensiones de diversos entes asociativos y

—sobre todo— de órganos e instituciones públicas que trataban de ejercitar la acusación no por ser directamente ofendidos o perjudicados por el delito, sino en defensa de intereses colectivos vinculados a su actividad o fines.

La primera cuestión que hubo de dilucidar el Tribunal era de orden gramatical, puesto que **el art. 125 CE designa textualmente como titulares de la acción popular a «los ciudadanos»**, lo que permitía entender que la norma constitucional solo amparaba un ejercicio individual del derecho por *los particulares*, como sugería —en paralelo a la dimensión pública de la actuación del Fiscal— el ya citado Auto 121/1984. Pues bien, la STC 241/1992, de 21 de diciembre, admitió la posibilidad de incluir en ese concepto **a las asociaciones**, invocando a tal efecto la interpretación del mismo término «ciudadanos» que venía sosteniendo en el marco del art. 53.2 CE, para concluir que «si [...] entre los derechos e intereses legítimos para los que, como derecho fundamental, se tiene el de recabar la tutela judicial efectiva, figura el de ejercitar la acción pública en su régimen legal concreto (STC 147/1985, FJ 3.º), es obvio que la persona a la que se refiere el art. 24.1 como titular de un derecho que comprende el de recabar la tutela judicial del derecho a acceder a la jurisdicción a través de la acción popular es tanto la persona física o natural como la jurídica o colectiva...» (FJ 5). En otro caso nos hallaríamos ante «una interpretación restrictiva de la expresión “ciudadanos”» contraria al «pleno reconocimiento constitucional del fenómeno asociativo y de la articulación de entidades colectivas dotadas de personalidad». Esta doctrina fue confirmada en la ya reseñada STC 34/1994.

La cuestión se complicaría cuando, como también se ha adelantado, fueron **las instituciones públicas** las que comenzaron a invocar su derecho a ejercitar la acción popular. La primera reacción fue de inequívoco rechazo, expresado en la STC 129/2001, de 4 de junio: «dados los términos del art. 125 CE [...]

este precepto constitucional se refiere explícitamente a «los ciudadanos», que es concepto atinente en exclusiva a personas privadas, sean las físicas, sean también las jurídicas». Pero esa tesis sufriría un giro de ciento ochenta grados cinco años más tarde, cuando la STC 311/2006, de 23 de octubre (Sala 1.^a), estimó un recurso de amparo del Gobierno de la Comunidad Valenciana argumentando que «frente a la conclusión de la STC 129/2001, de 4 de junio, hemos de señalar que esta decisión es previa a la Sentencia de Pleno 175/2001, de 26 de julio, que [...] si bien reconoció que la ampliación del término «ciudadano» del art. 53.2 CE a las personas jurídico-privadas no justifica por sí misma la ampliación subjetiva de forma automática a las personas jurídico-públicas, sin embargo consideró que tampoco lo impide a la luz del reconocimiento de la titularidad de ámbitos específicos del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión a las personas jurídico-públicas que la propia Sentencia establece (FJ 8)». En este punto el TC destacaba además una diferencia con el supuesto abordado en la STC 129/2001. En aquel caso se trataba de aplicar «la normativa procesal general, esto es, la Ley de Enjuiciamiento Criminal que, aunque prevé con carácter general el ejercicio de la acción popular en todo tipo de procesos (art. 101), no contiene previsión específica alguna habilitadora para su ejercicio por las Administraciones públicas». Por el contrario, en supuestos como el examinado por la STC 311/2006 existen «previsiones específicas sobre el ejercicio de la acción popular por las Administraciones públicas en los procesos penales sustanciados para el enjuiciamiento de hechos que se enmarcan en la denominada violencia de género». Lo que, contemplado exclusivamente a través del prisma de la configuración legal del derecho, lleva a concluir que «existiendo una ley [autonómica] vigente, no impugnada ante este Tribunal, que prevé la posibilidad de ejercicio de la acción popular por la Generalitat Valenciana, no compete a este Tribunal pronunciarse sobre la oportunidad de tal previsión legal ni sobre su constitucionalidad». La Sala 1.^a vol-

vió a mantener la misma posición en la STC 18/2008, de 31 de enero, que remite en bloque a la 8/2008.

Esta línea doctrinal ha sido objeto de mayor apertura aún en la STC 67/2011, de 16 de mayo, en la que el Tribunal flexibiliza su propia tesis sobre la «previsión específica», reconociendo el derecho a ejercer la acción popular a la Delegada del Gobierno para la Violencia de Género pese a que —como paladinamente pone de manifiesto— ninguna de las normas de rango legal o reglamentario reguladoras de dicha institución «concretan su legitimación para personarse en procesos penales», existiendo únicamente (art. 29.2 de la LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género) una «habilitación genérica» para intervenir ante «los órganos jurisdiccionales (...) en la defensa de los derechos y de los intereses tutelados» en dicha Ley.

Todos esos pronunciamientos sobre el ejercicio de la acción popular por organismos públicos —administrativos y/o políticos, incluidos los de base territorial— dejan, sin embargo, en el aire algunas cuestiones fundamentales, repetidamente planteadas pero huérfanas de respuesta (clara, al menos) por parte del Tribunal.

La primera es la que se refiere a la competencia legislativa para habilitar la legitimación al ejercicio de la acción popular, que ya se había suscitado en el voto particular a la STC 8/2008 suscrito por el Magistrado Conde Martín de Hijas, quien tras invocar su propia discrepancia de la STC 175/2001, decía: «no podemos considerarnos vinculados por una Ley autonómica, en cuanto base fundante de un pretendido derecho de tutela judicial efectiva de la Comunidad Autónoma [...] y ello aunque no nos movamos en el plano de un proceso abstracto de impugnación de tal Ley» que «... no es conforme a la Constitución, porque invade un área de competencia exclusiva del Estado, *ex* art. 149.6, en tanto que reguladora de un contenido inequívocamente procesal,

que además considero en sí mismo contrario al art. 125», porque «el derecho que en este precepto constitucional [...] se atribuye a «los ciudadanos» no puede atribuirse por una Ley autonómica a quienes no son ciudadanos, sino órganos del poder público». Los riesgos son evidentes: piénsese por ejemplo en que una Comunidad Autónoma optara por la creación, vía legislativa, de una *oficina de acusación pública* propia, es decir, una especie de *fiscal autonómico* paralelo.

La segunda hace referencia a algo no menos obvio: la defensa en sede procesal penal del «interés público» que invocan esas entidades y organismos públicos constituye, por definición, la misión constitucional (art. 124 CE) del Ministerio Fiscal, y por tanto resulta difícil de encajar la institucionalización de una defensa fragmentada o discrepante de ese interés público *dentro* de las estructuras del propio Estado, que, en definitiva, implicaría el reconocimiento de la expresada condición de *acusación pública paralela* a dichos organismos. Cuestión que obviamente afecta no solo a las normativas autonómicas, sino también —y con mayor razón, o con mayor incoherencia institucional, si cabe— a normas estatales como la citada Ley 1/2004.

Pues bien, el TC ofrece a ambas cuestiones una misma respuesta, de entidad estrictamente formal, que ya latía en las referencias transcritas de la STC 311/2006 a la existencia de «ley vigente (...) no impugnada ante este Tribunal»: tanto dicha sentencia como la 67/2011 se limitan a recordar que la normativa de rango legal que establece esa legitimación procesal «no puede desconocerse por los órganos judiciales e inaplicarse», sino que en su caso debería objetarse por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad. Y, para mayor claridad, en ambos casos (311/2006, FJ 5, y 67/2011, FJ 3), el máximo intérprete de la Constitución añade: *lo razonado no implica un juicio sobre la constitucionalidad abstracta de la ampliación de la acción popular a las personas públicas, juicio que solo podríamos realizar en caso de que la ley que así lo establez-*

ca fuera recurrida antes este Tribunal. Pero nadie, por ahora, parece haber experimentado demasiado interés en recoger ese guante.

4. La concurrencia de la acción popular con otras acusaciones: las denominadas *doctrina Botín* y *doctrina Atutxa*

Por último, cabe añadir que el ya mencionado ATC 121/1984 afirmó, citando el art. 125 CE, que «no existe un sistema de monopolio acusatorio de la acción penal, sino una situación de concurrencia entre el Ministerio Fiscal y los particulares [...] sean o no tales personas perjudicados directos por el delito» (FJ 3.º). Pero a raíz de dos sentencias del Tribunal Supremo, 1045/2007, de 17 de diciembre, y 54/2008, de 8 de abril, surgió la polémica acerca de cómo —y con qué efectos— se resuelve esa concurrencia entre las distintas acusaciones, a propósito de la aplicación del artículo 782 LECrim., que, sin mención a la acusación popular, establece para el proceso penal abreviado la siguiente regla: «1. Si el Ministerio Fiscal y el acusador particular solicitaren el sobreseimiento de la causa por cualquiera de los motivos que prevén los arts. 637 y 641, *lo acordará el Juez (...)*». En la primera sentencia (caso *Botín*) la Sala Segunda del TS, con varios votos particulares, optó por una interpretación literal de la norma, entendiendo en primer lugar que en ella «el concepto «acusador particular» no incluye al acusador popular, toda vez que la base conceptual del sistema legal los distingue», y en segundo lugar que, partiendo de esa distinción, **sostener que en el procedimiento abreviado no puede abrirse juicio oral solo a instancia de la acusación popular no constituye una interpretación restrictiva** de las condiciones constitucional y legalmente establecidas para el ejercicio de la acción popular y por tanto **no puede reputarse contraria al derecho reconocido en el art. 24.1 CE**. El acusador popular interpuso recurso de amparo, pero desistió del mismo (ATC 48/2013, de 25 de febrero), y el TC rechazó (AATC 47/2013

y 224/2005) el intento de persistir en la demanda de amparo llevado a cabo por terceros que no habían sido parte en el proceso judicial, por lo que el debate de fondo quedó impregunado en sede constitucional.

Sin embargo, meses después, la reseñada sentencia del caso *Atutxa* añadió un matiz crucial —también acompañado de diversos votos particulares— a la *doctrina Botín*, al considerar que en la aplicación del citado art. 782 LECrim., «... solo la confluencia entre la ausencia de un interés social [representado por el Fiscal] y de un interés particular en la persecución del hecho inicialmente investigado, avala el efecto excluyente de la acción popular. Pero ese efecto no se produce en aquellos casos en los que, *bien por la naturaleza del delito*, bien por la falta de personación formal de la acusación particular, el Ministerio Fiscal concurre tan solo con una acción popular que insta la apertura del juicio oral. En tales casos, **el Ministerio Fiscal, cuando interviene como exclusiva parte acusadora en el ejercicio de la acción penal, no agota el interés público que late en la reparación de la ofensa del bien jurídico**». Según el TS, «esa conclusión se obtiene, no ya del contenido literal del art. 782.1 de la LECrim., sino del significado mismo del proceso penal. Este se aparta de los fines constitucionales que lo legitiman cuando la pretensión penal ejercida por una acusación popular se superpone a la explícita voluntad del Ministerio Fiscal y del perjudicado. Pero esa misma pretensión instada por la acción popular recupera todo su valor cuando la tesis abstencionista es asumida, solo y de forma exclusiva, por el Ministerio Fiscal». Por tanto, tratándose de un delito (el de desobediencia, en el caso) que «carece, por definición, de un perjudicado concreto susceptible de ejercer la acusación particular», la regla impeditiva del art. 782 LECrim. no resulta aplicable.

En este caso la cuestión sí llegó al TC, que en sentencia 205/2013, de 5 de diciembre, la examinó exclusivamente desde la perspectiva del derecho de igualdad (art. 14 CE), confor-

me al planteamiento de los demandantes de amparo, condenados por el TS, que habían reclamado infructuosamente la aplicación de la *doctrina Botín*. La sentencia llega a la conclusión de que el Tribunal Supremo «no solo desarrolla ampliamente las razones en virtud de las cuales cabe llegar a una interpretación diferente a la realizada en la STS de 17 de diciembre de 2007, sino que además pone de manifiesto la notable diferencia que se da entre los supuestos analizados en cada una de las resoluciones, lo cual, por sí mismo, elimina cualquier atisbo de vulneración del derecho de igualdad». Añade además el Tribunal que «el criterio sentado en la Sentencia impugnada en este amparo ha tenido su continuidad en resoluciones posteriores como es la STS de 20 de enero de 2010», por lo que «no puede afirmarse ni que en la Sentencia impugnada haya llevado a cabo un cambio irreflexivo o por inadvertencia respecto de un precedente idéntico, ni que haya desarrollado una *ratio decidendi* solo válida para este caso concreto, sin vocación de permanencia o generalidad, ni que los casos resueltos sean sustancialmente iguales», por lo que descarta la lesión constitucional alegada. Es evidente, sin embargo, que esa aproximación al problema desde la exclusiva óptica de la igualdad no agota el recorrido constitucional de la *doctrina Botín* y su reformulación en el caso *Atutxa*. Sin ir más allá, la mera lectura de los votos particulares formulados a ambas sentencias del TS arroja diversas dudas de indudable calado constitucional (que no es posible desarrollar aquí), cuya aclaración requeriría seguramente, en una zona tan próxima a los derechos fundamentales, un esfuerzo de verdadera *configuración legal* a cargo del Legislador, que sin embargo ha perdido la ocasión de asumir esa tarea —o no se ha sentido capaz de afrontarla, en una materia siempre políticamente sensible, y más aún en un creciente contexto de *populismo penal*—, pese la docena de reformas (en especial las de gran calado operadas por Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre y Ley 41/2015, de 5 de octubre) que ha sufrido la LECrim. desde que surgió este debate.

III. EL JURADO

La sucinta mención constitucional de la institución del Jurado como forma de participación de los ciudadanos en la Administración de Justicia, así como su posterior desarrollo mediante LO 5/1995, de 22 de mayo (LOTJ), reformada por LO 8/1995, LO 10/1995, L 38/2002, LO 1/2015 y LO 1/2017, han dado lugar a un volumen de literatura jurídica y producción jurisprudencial imposible de compendiar en estas páginas. Sin embargo, muy pocas de las numerosísimas cuestiones que el Tribunal de Jurado plantea en nuestro Derecho han sido tratadas en sede propiamente constitucional.

Es verdad que, de entrada, la propia **demora del desarrollo legislativo** del art. 125 CE —diecisiete años— engendró alguna queja. El ATC 147/1983, de 13 de abril, negó que la omisión del Legislador a la hora de desarrollar el art. 125 CE vulnerase el art. 24.2, en su doble faceta de derecho a un proceso con todas las garantías y al juez ordinario predeterminado por la ley, porque: a) la inclusión del enjuiciamiento por Jurado «entre las garantías procesales no puede deducirse de una interpretación sistemática de la Constitución, ya que el art. 125 configura el Jurado desde la perspectiva de la participación ciudadana, en concreto en la Administración de Justicia», y b) si bien «de acuerdo con el art. 125 de la Constitución, existe una obligación para el legislador de crear el jurado [...] la concreción del Juez ordinario en cada caso queda deferida a la Ley vigente». Pero al margen de esa cuestión, los aspectos más esenciales del modelo, muy debatidos por la doctrina (la opción por el Jurado «puro» y no por el Tribunal escabinado, la limitación del veredicto a los hechos o su extensión al derecho, el estatus de los jurados o su responsabilidad, etc.), han permanecido extramuros de la jurisprudencia del TC, concentrada de manera fragmentaria y escasa en aspectos concretos cuya continua reiteración, paradójicamente, exige cierta autorrestricción expositiva a los fines y dentro de los confines de esta obra. Esquemática-

mente, pueden destacarse dos grupos principales de cuestiones abordadas hasta ahora, con mayor o menor intensidad, por el Tribunal Constitucional.

1. El Jurado como forma de participación en la Administración de Justicia

De entre los numerosos debates teóricos que suscita la regulación constitucional del Jurado, hay uno de gran importancia que la jurisprudencia constitucional tan solo ha rozado de forma ocasional, lamentablemente sin mayor profundidad: **su tipificación constitucional como forma de «participación» ciudadana en la Justicia**. Aunque la doctrina parece inclinarse mayoritariamente hacia el **concepto de *derecho-deber***, no han faltado posturas reticentes frente a un modelo legal que impone la obligación ciudadana de formar parte del Jurado. El ATC 140/1997, de 8 de mayo, rechazó por razones formales una cuestión de constitucionalidad en cuyo planteamiento el órgano judicial llegaba a afirmar que el art. 125 CE «... recoge un derecho que, para compatibilizarse plenamente con lo dispuesto en el art. 117.3 de la Constitución Española, que atribuye la exclusividad del ejercicio de la función jurisdiccional a los Juzgados y Tribunales, no puede suponer que por una norma de rango inferior, en este caso una ley orgánica, se convierta en un deber inexcusable», y lo comparaba con otros, como el de formar parte de una mesa electoral, que «solo (...) exigen del individuo “prestaciones que en absoluto alcanzan el nivel de *sustituir a un Poder del Estado en su función natural*”». Es decir, no solo negaba al Tribunal de Jurado la condición de órgano judicial, sino que poco menos venía a acusarle de intrusismo en la *exclusiva* función jurisdiccional *naturalmente* atribuida a los Jueces *profesionales*, postura esta muy arraigada y extendida, por cierto, en amplios sectores del mundo judicial —no solo de la judicatura— ya desde los primeros avances del Tribunal de Jurado en el último tercio del

siglo XIX. Pero, como queda dicho, el debate sobre la naturaleza de tal «participación» quedó sin respuesta de fondo. Y tampoco entró en materia la STC 119/1995, de 17 de julio (FJ 4), que entre las «manifestaciones del fenómeno participativo que tanta importancia ha tenido y sigue teniendo en las democracias actuales» mencionaba al Jurado, «... cuya naturaleza no procede abordar aquí».

El tema de la naturaleza de la «participación» a la que se refiere el art. 125 CE subyace también al planteamiento de la **libertad ideológica** como límite de la obligación de formar parte del Jurado. Desafortunadamente, el Tribunal Constitucional tampoco ha llegado, en este caso, al núcleo del problema. Así, el ATC 95/1997, de 7 de abril, inadmitió a trámite el recurso de amparo por falta de invocación previa del derecho; y la STC 216/1999, de 29 de noviembre, estimó que «la demanda es a todas luces prematura», porque el recurrente era un —todavía— candidato a jurado, que no había agotado las posibilidades de excusarse en las sucesivas fases de la selección.

Precisamente la **delimitación de la competencia objetiva del Tribunal de Jurado**, cuya concreción en la Ley vigente viene siendo fuertemente criticada por la doctrina y ya ha dado lugar a alguna modificación legal (la LO 1/2015, de 30 de marzo, extrajo de su competencia los delitos de incendio), ha sido objeto también de alguna apreciación colateral del Tribunal Constitucional en torno al principio de igualdad. La STC 80/2003, de 28 de abril, tratando otro tema —el diferente régimen de recursos de los diversos procedimientos penales— se refería a «los delitos a juzgar por el Tribunal del Jurado, supuesto este con anclaje directo en el texto constitucional (art. 125 CE)» para descartar que «la distinta regulación de los procesos penales» vulnere el art. 14 CE, dado que «se encuentra suficientemente justificada en la desigual naturaleza y gravedad de los hechos enjuiciados [...] hasta el punto de hacer que no pueda hablarse de término de comparación adecuado, requisito este [...] imprescindin-

dible para poder alegar con éxito la vulneración del derecho a la igualdad ante la ley». De este modo se abren enormemente las opciones del Legislador. De hecho, el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 recortaba algunas de las competencias actuales, pero en contrapartida formulaba una propuesta muy novedosa, consistente en que la propia defensa del acusado pudiera, mediante acuerdo con las demás partes o con aprobación del Juez, optar por el Tribunal de Jurado para el enjuiciamiento de cualquier delito grave. Por el contrario, la Propuesta de Código Procesal Penal de 2013 reducía drásticamente la competencia del Jurado a los homicidios y asesinatos consumados no cometidos por organizaciones criminales, confirmando con ese forzado gesto —inevitable consecuencia del art. 125 CE— el ya comentado recelo histórico de ciertos sectores del mundo académico y judicial español frente a esta forma de participación ciudadana en la Administración de Justicia.

2. La motivación del veredicto

Junto a los problemas expuestos en torno a la definición constitucional del Jurado —todos sin solución por ahora, como se ha visto—, el otro foco fundamental de atención jurisprudencial se proyecta sobre la motivación del veredicto, o, más exactamente, sobre la interpretación, a la luz de la Constitución, del art. 61.1.d) LOTJ, que establece que el acta de veredicto debe contener «... una sucinta explicación de las razones por las que han declarado o rechazado declarar determinados hechos como probados».

Los pronunciamientos habidos hasta el presente en la materia (SSTC 169/2004, de 16 de octubre, 246/2004, de 20 de diciembre, 192/2005, de 18 de julio, 115/2006, de 24 de abril, 112/2015, de 8 de junio) resuelven recursos de amparo contra sentencias de apelación y casación que habían anulado sentencias de instancia basadas en **veredictos absolutorios**, por lo que el tratamiento del tema se entrecruza —e incluso

se mezcla— con la doctrina del Tribunal Constitucional relativa a la diferencia entre las exigencias de motivación de las sentencias condenatorias y absolutorias, con la (no) aplicación del principio *non bis in idem* a los supuestos de anulación de la sentencia absolutoria y retroacción para la celebración de un nuevo juicio, que el TC vincula al derecho a la tutela judicial efectiva del acusador, y con la controvertida problemática de la sentencia condenatoria dictada en apelación contra un acusado absuelto en la primera instancia, cuestiones todas ellas que, como es notorio, afectan a un ámbito más amplio que el específico del Tribunal del Jurado, aunque puedan presentar ciertas particularidades en relación con él.

Del intento —no fácil, por tanto— de aislar dentro de esa mixtura la argumentación específicamente concerniente a la exigencia de motivación del veredicto del Jurado, cabe extraer de la jurisprudencia constitucional que «... pese a la [...] dificultad que puede suponer para un órgano integrado por personas no técnicas la motivación de sus decisiones, el legislador ha optado en nuestro sistema por imponer al Jurado [...] la exigencia de explicar sucintamente en el acta del veredicto «las razones por las que han declarado o rechazado declarar determinados hechos como probados». Exigencia que, como es obvio, se conecta, según se pone de manifiesto en la exposición de motivos de la LOTJ, con la previsión constitucional de que «las sentencias serán siempre motivadas» (art. 120.3 CE), requisito que mediante la exigencia de aquella «sucinta explicación» se proyecta a las decisiones del Jurado» (SSTC 169 y 246/2004), y afecta además «no solo a lo declarado probado, sino también al rechazo de tener determinados hechos por probados», por lo que, en suma, si bien «no resulta exigible de los jurados un exhaustivo análisis de toda la actividad probatoria desplegada, como tampoco una exégesis jurídica equivalente a la del profesional en Derecho» (STC 112/2015); «hemos de concluir, pues, que **la falta de la sucinta explicación a la que se refiere el art. 61.1.d) LOTJ [...] supone, en definitiva,**

la carencia de una de las garantías procesales que, de acuerdo con una consolidada doctrina constitucional, se integran en el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de derecho a obtener una resolución razonablemente razonada y fundada en Derecho» (SSTC 169 y 246/2004, y 192/2005) (véanse, no obstante, los votos particulares a las SSTC 169/2004 y 192/2005, ya citadas).

De particular interés resulta, en fin, algún ocasional análisis efectuado por el TC en torno a la no siempre sencilla ni pacífica traslación del veredicto a la sentencia, momento en el que se dan cita todos los viejos demonios del modelo español de juicio por Jurado, ya presentes en la accidentada aplicación de la Ley de 1888: la dificultad que muchas veces entraña una correcta elaboración del objeto del veredicto, clave de arco de todo el sistema cuya técnica no siempre dominan con suficiente destreza el Magistrado Presidente y las partes, reticentes además a la devolución del acta por temor a acabar provocando la disolución del Jurado, con todo lo que ello implica, aboca con frecuencia al Juez profesional a la tentación y el intento de *completar, enmendar o reinterpretar* en mayor o menor medida, redactar la sentencia y fundamentar —e incluso configurar— el fallo, los razonamientos y las decisiones de los jurados. La citada STC 112/2015 ofrece un ejemplo de cómo el exceso en esa «labor integradora» del Magistrado Presidente puede sobrepasar el límite de la tarea judicial que le es propia, «invadiendo competencias reservadas al Jurado con exclusividad».

IV. LOS TRIBUNALES CONSUETUDINARIOS

El tratamiento de los Tribunales consuetudinarios como la otra forma prevista en el art. 125 CE, junto al Jurado, de intervención directa de los ciudadanos en la función jurisdiccional —de larga y fecunda tradición en nuestro Derecho, singularmente, pero no solo, en

el ámbito de la gestión del agua por las comunidades de regantes del arco mediterráneo— presenta una corta proyección en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; si bien es cierto que esta materia, desarrollada por el art. 19 Ley Orgánica del Poder Judicial, ha sido objeto, en una de esas pocas resoluciones, de un análisis inusualmente exhaustivo.

El primer acercamiento a esta clase de instituciones desembocó en el ATC 5/1986, de 8 de enero, que sencillamente negaba la condición de Tribunal consuetudinario, en el sentido del art. 125 CE, al Consulado de la Lonja de Valencia. Y la segunda consistió en una mención de escasa enjundia en la *macrosentencia* (STC 56/1990, de 29 de marzo) que resolvió acumuladamente los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por los gobiernos de varias Comunidades Autónomas contra diversos preceptos de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Al rechazar la pretensión de la Generalitat de Cataluña de que se declarase inconstitucional la supresión, por dicha Ley Orgánica, de los Tribunales Arbitrales de Censos, el Tribunal Constitucional mencionaba que la propia recurrente había reconocido que la subsistencia de tales órganos «no se justifica en lo dispuesto por el art. 125 CE». Lo cual no deja de ser paradójico, porque, según se explicaría luego en la STC 113/2004, la pervivencia de estos Tribunales fue uno de los argumentos utilizados en el debate constituyente que abocó a la redacción definitiva del art. 125, suprimiendo toda referencia singular (en concreto, al Tribunal de las Aguas de Valencia) para *abrir* la norma a otras instituciones consuetudinarias.

Esa STC, Sala 1.^a, **113/2004**, de 12 de julio, constituye precisamente el gran hito, más arriba anunciado, del análisis constitucional de estos entes históricos. Se centra sobre todo en el problema de la aplicación a dichos Tribunales consuetudinarios, y más concretamente al Consejo de Hombres Buenos de la Huerta de Murcia —que cataloga como tal—, del canon de constitucionalidad relativo a la obligación de motivar las resoluciones judiciales que establece el art. 120 CE. Pero lo

más relevante es el detallado recorrido, tal vez más propio de un trabajo doctrinal que de una resolución jurisdiccional, que la sentencia realiza por la historia de estas instituciones tradicionales, con especial atención al *iter* parlamentario del propio art. 125 CE, imposible a todas luces —por su propia prolijidad y extensión— de reproducir y aun de resumir aquí, por lo que resulta obligado remitir a la lectura directa de sus FF. JJ. 2, 3 y 4.

Por destacar algún pasaje, cabe citar el siguiente: «la redacción literal del art. 125 CE y su ubicación precisamente en el Título VI de la Constitución (“Del poder judicial”), junto con los propios debates constituyentes [...], permiten concluir que los Tribunales consuetudinarios y tradicionales son, en efecto, por decisión constitucional, órganos que ejercen funciones de naturaleza jurisdiccional, bien que limitadas dentro de los estrechos márgenes que resultan de la atribución a su conocimiento de las cuestiones simplemente de hecho que se susciten entre los usuarios de la comunidad». Y, en cuanto a la cuestión debatida en el recurso, dice el Tribunal que «resultaría paradójico que, una vez reconocidos constitucionalmente, los Tribunales consuetudinarios debieran no obstante resolver abandonando los usos y costumbres que históricamente han observado, para hacerlo en la misma forma a como lo hacen hoy los Jueces y Tribunales profesionales. Pues, si así fuera, los Tribunales consuetudinarios no serían ya entonces reconocibles en la imagen tradicional de esta institución», por lo que «la aplicación a sus decisiones del deber de motivación [...] no puede ser, en consecuencia, literal ni mimética, sino con el alcance que reclama la finalidad esencial que justifica la obligación constitucional de motivar las resoluciones judiciales. Todo lo cual apunta a una hipótesis ciertamente excepcional, toda vez que solo en los supuestos en que las razones de la correspondiente decisión sean absolutamente desconocidas o imposibles de descubrir, la misma no superaría el canon en que consiste esta vía de control y habilitaría en consecuencia su anulación».

BIBLIOGRAFÍA

CRESPO BARQUERO, P., «La igualdad de armas y la asimetría acusación-defensa en un proceso penal basado en la presunción de inocencia (Referencia al anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 y la propuesta de Código Procesal Penal de 2013)», *Teoría y Derecho*, núm. 16/2014, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M., *El poder de acusar. Ministerio Fiscal y constitucionalismo*, Ariel, Barcelona, 2000.

ECHARRI CASI, F. J. y otros, *El Tribunal del Jurado: presente y futuro*, Estudios Jurídicos, CEJ-BOE, Madrid, 1998.

FAIRÉN GUILLÉN, V., «La participación de los ciudadanos en la Administración de Justicia», en *El Poder Judicial*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, págs. 130 y ss.

GIMENO SENDRA, V., «La segunda reforma urgente de la Ley del Jurado», *Actualidad Aranzadi*, núm. 232, 1996.

GÓMEZ COLOMER, J. L., «Acción particular, acción popular y sobrecarga de la Administración de Justicia penal», *Poder Judicial*, núm. 8, Madrid, 1987, págs. 27-34.

IGARTUA SALAVERRÍA, J., *La «sucinta explicación» en el veredicto del jurado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

LATORRE LATORRE, V., *Acción popular/acción colectiva*, Civitas, Madrid, 2000.

LÓPEZ ORTEGA, J. J. y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I., «El proceso penal como sistema de garantías», *Diario La Ley*, núms. 8068, 8091, 8111 y 8121, mayo, junio y julio de 2013.

MARTÍN PALLÍN, J. A. y otros, *La Ley del Jurado en su X Aniversario*, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006.

MARTÍNEZ PÉREZ, F., «Visión histórica y constitucional del Jurado», en *Juicio por Jurado*, Estudios de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 2007, págs. 19 y ss.

MASCARELL NAVARRO, M. J. y otros, *El Tribunal de las Aguas de Valencia*, Javier Boronat, Valencia, 2002.

QUINTANA REDONDO, C., «Las jurisdicciones consuetudinarias», en *Primeras Jornadas de Derecho Judicial*, Presidencia del Tribunal Supremo, Madrid, 1983, págs. 311 y ss.

REGO BLANCO, M. D., *La acción popular en el Derecho Administrativo y, en especial, en el Urbanismo*, IAAP, Sevilla, 2005.

VARELA CASTRO, L. y otros, *El Tribunal del Jurado*, Cuadernos de Derecho Judicial, Monografías, núm. 2, CGPJ, Madrid, 1995.

Artículo 126

La policía judicial depende de los Jueces, de los Tribunales y del Ministerio Fiscal en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, en los términos que la ley establezca.

Sumario: I. Marco normativo. II. Valor probatorio de la actividad investigadora de la Policía Judicial: 1. Consideraciones generales. 2. Algunas diligencias policiales de investigación de especial interés. A) Reconocimiento fotográfico y reconocimiento en rueda. B) Recogida de efectos e instrumentos del delito. a) El registro de vehículos. b) La recogida y análisis de muestras biológicas de ADN. c) La incautación y examen de ordenadores personales. d) La prueba de alcoholemia.

RAFAEL BELLIDO PENADÉS

PROFESOR TITULAR (ACREDITADO A CATEDRÁTICO) DE DERECHO PROCESAL
DE LA UNIVERSIDAD DE VALENCIA
EXLETRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. MARCO NORMATIVO

El marco normativo de una materia o institución constituye el necesario punto de partida en un Estado de Derecho y cuánto más cuando la realidad regulada tiene entidad para afectar de lleno a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Española (en adelante CE) y en Convenios o Textos Supranacionales suscritos o ratificados por España, pues en esa materia el principio de legalidad, y no exclusivamente el de legalidad constitucional, adquiere una importancia capital. Por ello la insoslayable norma de referencia de este breve comentario es el art. 126 CE, el cual dispone que «la Policía Judicial depende de los Jueces, de los Tribunales y del Ministerio Fiscal en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, en los términos que la ley establezca».

El propio precepto constitucional contiene una remisión a la legislación ordinaria, en la

que el marco legal de la Policía Judicial ha sido objeto de recientes y profundas reformas, que después se destacarán, realizadas principalmente por la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana (en adelante LOPSC), por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica; y por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales. Actualmente, tras las mencionadas reformas el **marco legal de la Policía Judicial** se contiene sustancialmente en la LOPJ (arts. 547-550), en la LO 2/1986 (arts. 29-36), en la LECrim. (arts. 282-298 y 545 a 588 octies), en el Real Decreto 769/1987 y en la LOPSC (arts. 14 a 23). Con base en el anterior contexto normativo, puede hablarse de Policía Judicial en un doble sentido. En sentido estricto, constituyen la Policía Judi-

cial las Unidades Orgánicas integradas por miembros del Cuerpo Nacional de Policía y de la Guardia Civil que establezca el Ministerio del Interior, atendiendo a criterios territoriales y de especialidad. Pero, en sentido amplio, constituyen Policía Judicial todos los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, dependan del Estado, de las CC. AA. o de los entes locales, que presten auxilio a los Juzgados, Tribunales y al Ministerio Fiscal en la averiguación de los delitos y en el descubrimiento y aseguramiento del delincuente (arts. 3 y 7 RD 769/1987 y 547 LOPJ). **Es la función la nota esencial a la hora de definir la Policía Judicial** y atendiendo a aquella se regula en los distintos textos normativos indicados. Por lo demás, en este sentido se pronuncia la Consulta 2/1999 de la FGE respecto de la consideración de los funcionarios del Servicio de Vigilancia Aduanera como Policía Judicial en su actividad de investigación del delito de contrabando.

De esta perspectiva funcional se ha ocupado también la jurisdicción constitucional: «A la Policía Judicial, lo que le encomienda el art. 126 de la Constitución es la **averiguación del delito y el descubrimiento del delincuente**, esto es, la realización de los actos de investigación pertinentes para acreditar el hecho punible y su autoría. Ahora bien, junto a esta facultad investigadora también le habilita nuestro ordenamiento, sin que contradiga lo dispuesto en la Constitución, para asumir una **función aseguradora del cuerpo del delito** (arts. 282 y 292 LECrim. y 4 y 28 RD 769/1987), así como para acreditar su preexistencia mediante los pertinentes actos de constancia (...). Pero que la Policía Judicial esté obligada a custodiar las fuentes de prueba no significa que tales diligencias participen, en cualquier caso, de la naturaleza de los actos de prueba» (STC 303/1993, de 25 de octubre, FJ 4). Esto será el objeto principal de estas breves páginas, la actividad investigadora que puede realizar la Policía en cumplimiento de su función y la eficacia probatoria que pueda atribuirse a su resultado para desvirtuar la presunción de inocencia.

II. VALOR PROBATORIO DE LA ACTIVIDAD INVESTIGADORA DE LA POLICÍA JUDICIAL

1. Consideraciones generales

Los actos de investigación de la Policía no constituyen en sí mismos medios de prueba, ya que, conforme a reiterada doctrina constitucional, en principio, únicamente pueden considerarse verdaderas pruebas con entidad para desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia las practicadas en el juicio oral con publicidad, inmediación y contradicción ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar sentencia (entre otras muchas, SSTC 217/1989, de 21 de diciembre, FJ 2; 155/2002, de 22 de julio, FJ 10, y 206/2003, de 1 de diciembre, FJ 2). No obstante, ello no significa ni que carezca de relevancia constitucional la actividad desplegada por la Policía en la adquisición de las fuentes de prueba, ni que los actos de investigación realizados por la Policía queden privados *a radice* de toda virtualidad probatoria.

Respecto de la primera cuestión, se debe recordar que la actividad de la Policía en la obtención de las fuentes de prueba es de vital importancia, pues de la licitud de su obtención puede depender la vulneración o no del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), e, incluso, la lesión del derecho a la presunción de inocencia, si, tras la expulsión del proceso de la prueba ilícita, no resta una mínima prueba de cargo apta para desvirtuar este derecho fundamental nuclear en el proceso penal.

En este orden de cosas, dada la posible afectación a los derechos fundamentales del investigado de la actividad de averiguación realizada por la Policía y habida cuenta de la garantía que para su salvaguarda comporta el principio de legalidad, se dará cuenta brevemente de algunas novedades legislativas incorporadas especialmente en 2015 en lo que se refiere a la actividad policial de investigación del delito y del responsable, así como de recogida u obtención de fuentes de prueba.

La novedad de estas normas impide que en sentido estricto exista jurisprudencia constitucional sobre las mismas, por lo que deberá analizarse mínimamente la regulación legal, sin perjuicio de poner de manifiesto que la mayor parte de la nueva regulación se dirige a dotar de rango legal a anterior doctrina, principalmente del Tribunal Constitucional y, en alguna medida, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

En este ámbito es de destacar la nueva regulación establecida en la LOPSC (arts. 14 a 23), que contempla entre las medidas a adoptar por la Policía la entrada y registro de domicilio conforme a lo establecido en la CE y en la ley, y en los casos «de extrema y urgente necesidad» (art. 15.1 y 2); la identificación de personas «en el cumplimiento de sus funciones de indagación y prevención delictiva» (art. 16.1); y el establecimiento de controles en vías o lugares públicos para el descubrimiento de delitos y la recogida de instrumentos, efectos o pruebas del delito, si resulta indispensable proceder a la identificación de personas, al registro de vehículos o al control superficial de efectos personales (arts. 16 y 17). Con relación a este, la Exposición de Motivos advierte que: «Por primera vez se regulan los registros corporales externos, que solo podrán realizarse cuando existan motivos para suponer que pueden conducir al hallazgo de instrumentos, efectos u otros objetos relevantes para el ejercicio de las funciones de indagación y prevención que encomiendan las Leyes a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Estos registros, de carácter superficial, deberán ocasionar el menor perjuicio a la dignidad de la persona, efectuarse por un agente del mismo sexo que la persona sobre la que se practique y, cuando lo exija el respeto a la intimidad, en un lugar reservado y fuera de la vista de terceros». La nueva regulación del cacheo se concreta en el art. 20 LOPSC, tomando como referencia básica la jurisprudencia de la Sala de lo Penal del TS (SSTS 2.^a 353/2006, de 15 de marzo, y 677/2009, de 16 de junio, entre otras), ya que la jurisprudencia constitucional se ha centrado en ma-

yor medida en el caso específico del cacheo con desnudo integral llevado a cabo en el seno de instituciones penitenciaria respecto de presos (cfr. SSTC 171/2013, de 7 de octubre, y 941/2012, de 29 de noviembre).

Asimismo, resulta de indudable relevancia la reforma de la LECrim. realizada a través de la Ley Orgánica 13/2015 y de la Ley 41/2015. En esta es de destacar que se pone fin al deber de la Policía Judicial de remitir en todo caso el atestado a la autoridad judicial o al representante del Ministerio Fiscal, al eximirle con carácter general de ese deber «cuando no exista autor conocido» (art. 284 LECrim.).

Sin embargo, la reforma de mayor alcance es la llevada a cabo en la Ley Orgánica 13/2015, a fin de fortalecer derechos procesales y derechos fundamentales conforme a las exigencias del Derecho de la Unión Europea y de la CE, así como de la jurisprudencia del TC. En este sentido, cabe destacar el fortalecimiento del derecho de asistencia letrada (art. 520 LECrim.), en la línea de la Directiva 2013/48/UE, desarrollada por la Directiva 2016/1919; la regulación del agente encubierto, también en su modalidad informática (art. 282 bis 6 y 7 LECrim.); y, sobre todo, la nueva regulación de las medidas de investigación limitativas de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 18 CE, establecida en el Título VIII del Libro II de la LECrim. (arts. 545 a 588 octies LECrim.).

Así, cuando se investiguen delitos de terrorismo y existan razones fundadas que la hagan imprescindible se autoriza que por orden del Ministro del Interior o, en su defecto, del Secretario de Estado de Seguridad, en caso de urgencia, se acuerde la intervención de la correspondencia privada, postal y telegráfica (art. 579.3 LECrim.), así como la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas [art. 588 ter d) 3 LECrim.]. Se habilita a la Policía Judicial para la captación de imágenes de la persona investigada en lugar o espacio público cuando contribuya al esclarecimiento de la investigación

[art. 588 quinquies a) LECrim.], así como, cuando concurren razones de urgencia, para colocar dispositivos de seguimiento y localización [art. 588 quinquies b) LECrim.], y para el examen directo de los datos contenidos en dispositivos informáticos y telemáticos de almacenamiento masivo de información [art. 588 sexies c) 4 LECrim.]. Por último, también se autoriza al Ministerio Fiscal y a la Policía Judicial para requerir a cualquier persona la conservación y protección de datos o informaciones incluidos en un sistema informático de almacenamiento que se encuentren a su disposición hasta que se obtenga la autorización judicial necesaria para su cesión (art. 588 octies LECrim.).

Volviendo al tema de la eventual virtualidad probatoria de los actos de investigación realizados por la Policía, debe partirse de que el **atestado policial** no constituye en sí mismo medio de prueba que pueda desvirtuar por sí solo la presunción de inocencia, al otorgársele en el art. 297 LECrim. **valor de mera denuncia** (SSTC 101/1985, de 4 de octubre, FJ 2; 217/1989, de 21 de diciembre, FJ 2 y 173/1997, de 14 de octubre, FJ 4). Por la misma razón, tampoco son medios de prueba las declaraciones vertidas en el atestado, sino que se hace necesario, de conformidad con lo establecido en los arts. 297.2.º y 727 LECrim., que se preste declaración en el juicio oral, debiendo, en tal caso, ser apreciadas sus manifestaciones como declaraciones testificales (STC 217/1989, de 21 de diciembre, FJ 2). Un buen análisis de la **eficacia de las declaraciones prestadas en dependencias policiales** es el realizado en la STC (Pleno) 53/2013, de 28 de febrero, FJ 3, que sintetiza los elementos esenciales de su doctrina en los términos siguientes: «a) Como regla general, solo pueden considerarse pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que en forma oral se desarrolle ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar Sentencia, de manera que la convicción sobre los hechos enjuiciados se alcance en

contacto directo con los medios de prueba aportados a tal fin por las partes (por todas, SSTC 182/1989, de 3 de noviembre, FJ 2; 195/2002, de 28 de octubre, FJ 2; 206/2003, de 1 de diciembre, FJ 2; 1/2006, de 16 de enero, FJ 4; 345/2006, de 11 de diciembre, FJ 3, o 134/2010, de 3 de diciembre, FJ 3). Es en el juicio oral donde se aseguran las garantías constitucionales de inmediación, contradicción, oralidad y publicidad (entre otras muchas, STC 67/2001, de 17 de marzo, FJ 6). b) La regla que se viene de enunciar, sin embargo, no puede entenderse de manera tan radical que conduzca a negar toda eficacia probatoria potencial a otras diligencias. En efecto, nuestra doctrina ha admitido que la regla general consiente determinadas excepciones, particularmente respecto de las declaraciones prestadas en fase sumarial cuando se cumplan una serie de presupuestos y requisitos que «hemos clasificado como: a) materiales —que exista una causa legítima que impida reproducir la declaración en el juicio oral—; b) subjetivos —la necesaria intervención del Juez de Instrucción—; c) objetivos —que se garantice la posibilidad de contradicción, para lo cual ha de haber sido convocado el Abogado del imputado, a fin de que pueda participar en el interrogatorio sumarial del testigo—; d) formales —la introducción del contenido de la declaración sumarial a través de la lectura del acta en que se documenta, conforme a lo ordenado por el art. 730 LECrim.—, o a través de los interrogatorios, lo que posibilita que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a confrontación con las demás declaraciones de quienes sí intervinieron en el juicio oral» [STC 68/2010, FJ 5.a), y los restantes pronunciamientos de este Tribunal allí igualmente citados]. c) *Por el contrario, la posibilidad de otorgar la condición de prueba a declaraciones prestadas extramuros del juicio oral no alcanza a las practicadas ante la Policía.* Se confirma con ello la doctrina de nuestra temprana STC 31/1981, de 28 de julio, FJ 4, según la cual «dicha declaración, al formar parte del atestado, tiene, en principio, únicamente valor de denuncia, como señala el art. 297

de la LECrim.», por lo que, considerado en sí mismo, y como hemos dicho en la STC 68/2010, FJ 5.b), «el atestado se erige en objeto de prueba y no en medio de prueba, y los hechos que en él se afirman por funcionarios, testigos o imputados han de ser introducidos en el juicio oral a través de auténticos medios probatorios» (...). d) *El criterio descrito en la letra anterior no significa, no obstante, negar eficacia probatoria potencial a cualquier diligencia policial reflejada en el atestado, puesto que, si se introduce en el juicio oral con respeto «a la triple exigencia constitucional de toda actividad probatoria: publicidad inmediación y contradicción»* (SSTC 155/2002, de 22 de julio, FJ 10, y 187/2003, de 27 de septiembre, FJ 4), *puede desplegar efectos probatorios, en contraste o concurrencia con otros elementos de prueba*». En la misma línea, la STC 217/1989, de 21 de diciembre, FJ 4, con relación a las declaraciones de las víctimas del delito contenidas en el atestado policial, admitiendo incluso la introducción de las declaraciones de las víctimas en el juicio oral mediante la declaración de los funcionarios de policía ante quienes se prestó el testimonio. Ahora bien, esa testifical de referencia de la declaración prestada ante la Policía no puede prevalecer sobre la declaración del testigo directo, que se retracta en el acto del juicio (STC 206/2003, de 1 de diciembre, FJ 4), o que se retracta en instrucción y se niega a declarar en el juicio (STC 68/2010, de 18 de octubre, FJ 5).

La anterior valoración general debe ser completada con algunas precisiones, así como con el análisis de la eficacia reconocida por la doctrina constitucional a ciertas diligencias policiales de gran interés en la práctica. En orden a las precisiones conviene puntualizar que en la doctrina constitucional se considera que determinadas partes del atestado reflejan fielmente determinados datos o elementos fácticos de la realidad externa, pudiendo ser objeto de valoración probatoria si se introducen en el juicio oral. En este sentido, **la jurisprudencia constitucional ha reconocido un cierto valor de prueba a determinadas**

actuaciones policiales, en las que concurre el doble requisito de tener por objeto la mera constatación de datos objetivos y de ser de imposible reproducción en el juicio oral, en cuyo caso se le otorga la consideración de **prueba preconstituída**, siempre que se introduzca en el acto del juicio como prueba documental, que precisa ser leída en el acto del juicio a fin de posibilitar su efectiva contradicción por las partes bajo la intermediación del Juzgado o Tribunal sentenciador. Así sucede, por ejemplo, con la recogida del cuerpo, los efectos o los instrumentos del delito, los croquis o fotografías levantados sobre el terreno o la misma comprobación de la alcoholemia, la cual se refiere a una situación o estado que no persiste hasta el momento de la celebración de la vista (SSTC 303/1993, de 25 de octubre, FJ 5; 173/1997, de 14 de octubre, FJ 2; 33/2000, de 14 de febrero, FJ 4, y 188/2002, de 14 de octubre, FJ 2).

2. Algunas diligencias policiales de investigación de especial interés

Ante la imposibilidad de abordar en este breve comentario el eventual valor probatorio de todas y cada una de las medidas de investigación que puede practicar la Policía Judicial, se procederá a continuación al análisis de la eficacia reconocida por la doctrina constitucional a ciertas diligencias policiales que pueden considerarse de singular interés en la práctica.

A) Reconocimiento fotográfico y reconocimiento en rueda

La **diligencia de reconocimiento fotográfico** no pasa de ser un medio de investigación policial que carece de relevancia en relación con la presunción de inocencia si la condena se basa en la verdadera actividad probatoria practicada en el juicio oral (SSTC 172/1997, de 14 de octubre, FJ 5, y 205/1998, de 26 de octubre, FJ 5). Por ello, para que adquiera virtualidad probatoria resulta preciso que su re-

sultado sea introducido en el acto del juicio oral a través de otro medio de prueba, principalmente mediante la declaración de la víctima o, en su defecto, mediante la testifical de referencia de los policías ante los que se practicó el reconocimiento (STC 40/1997, de 27 de febrero, FJ 3).

Dicha doctrina debe ser matizada con algunas precisiones. Por una parte, respecto de su **introducción en el juicio oral mediante la ratificación de la víctima** en el reconocimiento hecho ante la Policía, debe distinguirse según el reconocimiento efectuado en el acto del juicio tenga un significado inculpativo propio, o no. Si el reconocimiento efectuado por la víctima en el acto del juicio se limita a remitirse al efectuado con anterioridad ante la Policía, las formalidades legales observadas en su día pueden incidir en la legitimidad constitucional de la valoración probatoria del reconocimiento efectuado en el acto del juicio. De modo que si «la prueba practicada en el juicio oral no tiene un contenido inculpativo propio, sino por remisión al reconocimiento fotográfico, se hace imprescindible que este se haya realizado en condiciones tales que descarten por completo la eventual influencia de los funcionarios policiales sobre la persona que ha de realizar la identificación. La neutralidad del investigador en este punto se erige, pues, en una condición inexcusable para que la posibilidad excepcional que ahora nos ocupa pueda ser fuente de prueba válidamente utilizable a través de otros medios de prueba para desvirtuar la presunción de inocencia» (SSTC 36/1995, de 6 de febrero, FJ 4, y 340/2005, de 20 de diciembre, FJ 5).

Por el contrario, si el reconocimiento efectuado en el acto del juicio tiene un significado inculpativo propio, constituye en sí mismo un medio de prueba apto para desvirtuar la presunción de inocencia, aunque se hubieran cometido irregularidades en el momento de realizarse el reconocimiento fotográfico ante la Policía (SSTC 323/1993, de 8 de noviembre, FF. JJ. 3 y 4; 36/1995, de 6 de

febrero, FJ 4; 172/1997, de 14 de octubre, FJ 5, y 340/2005, de 20 de diciembre, FJ 5). En el mismo sentido, más recientemente la STC 78/2013, de 8 de abril, FJ 2, señala que «la aplicación de estos criterios y límites a las decisiones de condena permite constatar que, en su declaración sumarial, válidamente reproducida en el juicio oral, la víctima inculpativamente al demandante como autor del hecho, al precisar que una sola persona, a la que acompañaban otras, le agredió con un palo en la cabeza cuando le llamó la atención por un anterior incidente que había ocurrido en la tienda de sus padres. Y añadió que estaba segura de que la persona que le agredió era la misma que la Policía detuvo cuando llegó al lugar. El carácter directo de dicha inculpativa no puede ser razonablemente cuestionado si se toma en consideración que, instantes después, en presencia judicial y del Letrado del demandante, confirmó su identificación en una diligencia de reconocimiento en rueda (...). Dicha manifestación, complementada por la posterior diligencia de reconocimiento en rueda que refuerza la identificación del demandante como agresor, constituye suficiente prueba de cargo válidamente obtenida que permite dar por desvirtuada la presunción de inocencia pues, como ya se anticipó, no solo es directa y expresamente inculpativa sino que la contradicción denunciada no se refiere a la identificación del agresor, sino al momento precedente, es decir, a la cuestión sobre si fue o no el agresor quien al salir del local rompió la puerta de la tienda, hecho este posteriormente aclarado, que es materialmente irrelevante para justificar y decidir sobre su autoría. Todo lo cual permite apreciar que la condena se apoya en pruebas de cargo que permiten dar por desvirtuada la presunción de inocencia».

Por lo que respecta a la **introducción en el juicio oral** del resultado del reconocimiento fotográfico realizado por la víctima ante la Policía **mediante la testifical de referencia de los funcionarios de policía** ante los que se realizó, se ha señalado su carácter excepcional. Así, se recuerda que solo resulta

admisible acudir a los testimonios de referencia en casos de «situaciones excepcionales de imposibilidad real y efectiva de obtener la declaración del testigo directo y principal», por cuanto la sustitución del testigo directo por el indirecto sin causa legítima que justifique la inasistencia de aquel al juicio oral, «de un lado, priva al Tribunal sentenciador de formarse un juicio sobre la veracidad o credibilidad del testimonio indirecto al no poder confrontarlo con el directo y, de otro y sobre todo, vulnera el derecho del acusado de interrogar y contestar a los testigos directos» (STC 7/1999, de 8 de febrero, FJ 2 y doctrina allí citada).

La doctrina constitucional expresada con relación al reconocimiento fotográfico resulta igualmente de aplicación al **reconocimiento en rueda**. Este es una diligencia que tiene por fin la identificación del inculpado en cuanto sujeto pasivo del proceso y que para que tenga efecto probatorio es imprescindible, como regla general, que el mismo sea ratificado por quien hizo el reconocimiento en el acto del juicio oral (entre otras, SSTC 205/1998, de 26 de octubre, FJ 5, y 172/1997, de 14 de octubre, FJ 5), prueba que, de tener significado incriminatorio, permite negar relevancia constitucional a las irregularidades cometidas al practicarse la diligencia policial, por ejemplo, por incumplimiento de la exigencia legal de la semejanza (STC 323/1993, de 8 de noviembre, FF. JJ. 3 y 4).

Por lo demás, debe observarse que en la redacción del art. 520.6.b) LECrim. dada por la LO 13/2015, de 5 de octubre, en aplicación de la Directiva 2013/48/UE, la asistencia del abogado consistirá en «Intervenir en las diligencias de declaración del detenido, en las diligencias de reconocimiento de que sea objeto y en las de reconstrucción de los hechos en que participe el detenido». Por lo que el investigado que sea objeto de una diligencia de reconocimiento en rueda, o participe en una diligencia de reconstrucción de hechos, tiene derecho a que su abogado esté presente en la misma.

B) *Recogida de efectos e instrumentos del delito*

Se analizará ahora brevemente la eficacia reconocida por la doctrina constitucional a ciertas diligencias policiales de obtención de fuentes de prueba de singular interés en la práctica.

a) El registro de vehículos

Tradicionalmente nuestra legislación procesal no ha contemplado de forma expresa esta medida de investigación, lo que no ha sido óbice para que la jurisprudencia admitiera su licitud al amparo de normas más genéricas cuando se cumplieran ciertos requisitos. Según se expuso *supra*, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que la Policía Judicial puede asumir una función aseguradora del cuerpo del delito, custodiando las fuentes de prueba halladas en el desarrollo de la investigación. Si bien, para que dicha actividad investigadora pueda llegar a adquirir virtualidad probatoria resulta preciso que su intervención obedezca a «**estrictas razones de urgencia o de necesidad**», pues, no en vano la Policía Judicial actúa en tales diligencias «a prevención» de la Autoridad judicial (art. 284). «Una vez desaparecidas las expresadas razones de urgencia, la falta de intervención judicial y la ausencia de contradicción en la ejecución del registro del vehículo de los inculpados privan de valor probatorio al resultado de esta actuación policial», que solo podrá ser restaurado mediante la declaración testifical en el juicio oral del funcionario de policía que practicó el registro del vehículo (STC 303/1993, de 25 de octubre, FF. JJ. 4 y 5). Esta doctrina ha sido reiterada con posterioridad, en el entendimiento de que el hecho de que la diligencia de registro del vehículo se practicara en ausencia de su titular, sin contradicción, podría determinar que las actas que las documentan no pudieran acceder directamente al proceso como prueba anticipada o preconstituida, pero no impide que **el resultado de las mismas se incorpore al proceso por vías dis-**

tintas de la propia acta, en concreto mediante la declaración testifical de los funcionarios policiales que las practicaron en el juicio oral, con sujeción a los principios de inmediación y contradicción (SSTC 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 12, y 259/2005, de 24 de octubre, FJ 6).

En la misma línea, la STC 197/2009, de 28 de septiembre, FJ 9, advierte: «Por lo que respecta a la ausencia de autorización judicial y a la no presencia del titular o de su Abogado en la práctica del registro de la furgoneta (...) cabe recordar en primer lugar (...) que, no teniendo el citado vehículo la condición de domicilio, no le son aplicables las garantías establecidas en el art. 18.2 CE, lo que no parece ponerse en cuestión en la demanda de amparo. Por otra parte, (...) el registro de la furgoneta en la que sospechaban que se hallaba la droga, practicado de forma inmediata a la detención de los sospechosos por parte de los agentes policiales actuantes, tiene cobertura legal, pues constituye una obligación de la Policía Judicial, de conformidad con lo previsto en el art. 282 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim.) y en el art. 11.1 de la Ley Orgánica 2/1986, de fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito, poniéndolos a disposición de la Autoridad judicial (STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 10).

Y en cuanto a la no presencia del interesado o de su Abogado en el citado registro, pese a estar ya detenido, podría determinar la falta de valor probatorio como prueba preconstituida o anticipada de las actas que documentan las diligencias policiales, al imposibilitarse la garantía de contradicción, pero ello no impide —al igual que afirmamos en el anterior fundamento jurídico respecto de las entradas y registros— que el resultado de la diligencia pueda ser incorporado al proceso a través de las declaraciones de los policías realizadas en el juicio oral con todas las garantías, incluida la de contradicción, como afirmáramos también en relación con el re-

gistro de un vehículo sin presencia de su titular, entre otras, en la STC 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 12. Y en el presente caso, aunque dicha diligencia se practicara de hecho sin contradicción, su resultado se incorporó al proceso a través de las declaraciones de los funcionarios policiales que la llevaron a cabo, declaraciones realizadas en el juicio oral con todas las garantías necesarias para salvaguardar el derecho de defensa del demandante de amparo, así como la inmediación y la contradicción (...). Por ello, ha de entenderse que la ausencia de contradicción en la práctica de las aludidas diligencias no generó indefensión material y no es lesiva del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE)».

Dicha doctrina constitucional, a nuestro juicio, debe considerarse igualmente de aplicación en el momento actual, en el que esta diligencia policial de investigación cuenta ya con expreso refrendo legal (arts. 17 a 19 LOPSC).

b) La recogida y análisis de muestras biológicas de ADN

Otra de las diligencias que puede llegar a realizar la Policía Judicial en determinadas circunstancias en el curso de una investigación penal es la recogida de muestras biológicas de ADN, así como el propio análisis de las muestras obtenidas. En la actualidad, la actividad de la Policía con relación a sustancias biológicas encuentra apoyo legal en los arts. 282, 326. III y 520.6.c) LECrim. (tras las reformas realizadas por la LO 15/2003, por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, y por la LO 13/2015) y en la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN. El art. 282 LECrim. señala que la Policía Judicial tiene la obligación de averiguar los delitos públicos que se cometieren en su territorio, de practicar las diligencias necesarias para comprobarlos y

descubrir a los delincuentes, y «recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial».

Por su parte, el art. 326. III LECrim. establece que «cuando se pusiera de manifiesto la existencia de huellas o vestigios cuyo análisis biológico pudiera contribuir al esclarecimiento del hecho investigado, el Juez de Instrucción adoptará u ordenará a la Policía Judicial o al médico forense que adopte las medidas necesarias para que la recogida, custodia y examen de aquellas muestras se verifique en condiciones que garanticen su autenticidad, sin perjuicio de lo establecido en el art. 282» (art. 326. III LECrim.).

Asimismo, la LO 10/2007 dispone que en la investigación de los delitos a los que la ley se refiere «la Policía Judicial procederá a la toma de muestras y fluidos del sospechoso, detenido o imputado, así como del lugar del delito. La toma de muestras que requieran inspecciones, reconocimientos o intervenciones corporales, sin consentimiento del afectado, requerirá en todo caso autorización judicial mediante auto motivado, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal» (disposición adicional tercera).

Por último, el art. 520.6.c) LECrim. establece que la asistencia de abogado consistirá en «informar al detenido de las consecuencias de la prestación o denegación de consentimiento a la práctica de diligencias que se le soliciten», así como que «Si el detenido se opusiera a la recogida de las muestras mediante frotis bucal, conforme a las previsiones de la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, el juez de instrucción, a instancia de la Policía Judicial o del Ministerio Fiscal, podrá imponer la ejecución forzosa de tal diligencia mediante el recurso a las medidas coactivas mínimas indispensables, que deberán ser pro-

porcionadas a las circunstancias del caso y respetuosas con su dignidad».

Con relación a esta materia se ha planteado si es prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales la recogida por la Policía Judicial —sin que medie autorización judicial— de muestras biológicas del investigado abandonadas por este voluntariamente y el posterior análisis comparativo de su ADN realizado también sin autorización judicial. La STC (Pleno) 199/2013, de 5 de diciembre, aborda ambas cuestiones, en el sentido en el que muy escuetamente se referirá. En primer lugar, se rechaza la queja de vulneración del derecho a no declarar contra sí mismo y del derecho a no colaborar con las autoridades encargadas de la investigación, con base en que: «en el presente caso no se advierte qué declaración autoinculpatoria ha efectuado el demandante de amparo. *Aun cuando hiciéramos abstracción de que la cuestión no se suscita con relación a una declaración del demandante* (ámbito al que se restringe el derecho fundamental invocado, SSTC 103/1985, de 4 de octubre, y 76/1990, de 26 de abril, FJ 10), *sino a una acción consistente en arrojar saliva, no se aprecia que la acción del demandante estuviere motivada por el empleo sobre él de vis física o moral alguna*. Ni se vio forzado a escupir como consecuencia de las condiciones de la detención, ni se advierte ni aduce haber sido objeto de engaño alguno. Consecuentemente, la libertad con la que se produjo la acción de escupir cuando se abandonaba la celda permite descartar la invocada lesión del derecho a no declararse culpable y a no declarar contra sí mismo. Ni siquiera desde la mayor amplitud que hemos conferido a la prohibición de compulsión a la aportación de elementos de prueba que tengan o puedan tener en el futuro valor incriminatorio contra él así compelido —que deriva del derecho de defensa y del derecho a la presunción de inocencia—, cabe apreciar la lesión aducida. En primer lugar porque “tal garantía no alcanza sin embargo a integrar en el derecho a la presunción de inocencia la facultad de sustraerse a las diligencias de prevención, de

indagación o de prueba que proponga la acusación o que puedan disponer las autoridades judiciales o administrativas. La configuración genérica de un derecho a no soportar ninguna diligencia de este tipo dejaría inermes a los poderes públicos en el desempeño de sus legítimas funciones de protección de la libertad y la convivencia, dañaría el valor de la justicia y las garantías de una tutela judicial efectiva; y en segundo término porque “[l]os mismos efectos de desequilibrio procesal, en detrimento del valor de la justicia, y de entorpecimiento de las legítimas funciones de la Administración, en perjuicio del interés público, podría tener la extensión de la facultad de no contribuir a cualquier actividad o diligencia con independencia de su contenido o de su carácter, o la dejación de la calificación de los mismos como directamente incriminatorios a la persona a la que se solicita la contribución” (STC 161/1997, de 2 de octubre, FJ 6)» (STC 199/2013, FJ 5).

En segundo lugar, se recuerda la doctrina relativa a las limitaciones al derecho a la intimidad, en el sentido de que «en cuanto a la necesidad de autorización judicial, recordábamos en la STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 10 (y últimamente en la STC 115/2013, de 9 de mayo) que *“a diferencia de lo que ocurre con otras medidas restrictivas de derechos fundamentales que pueden ser adoptadas en el curso del proceso penal (como la entrada y registro en domicilio del art. 18.2 CE o la intervención de comunicaciones del art. 18.3 CE), respecto de las restricciones del derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) no existe en la Constitución reserva absoluta de previa resolución judicial*. No obstante, en la STC 37/1989, de 15 de febrero, en relación con la práctica de diligencias limitativas del ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad, establecimos que era ‘solo posible por decisión judicial’ (FJ 7), aunque sin descartar la posibilidad de que en determinados casos y con la conveniente habilitación legislativa (que en tal caso no se daba), tales actuaciones pudieran ser dispuestas por la Policía Judi-

cial (FJ 8)”. *En particular, hemos admitido que la actuación policial pueda ser necesaria en atención a la urgencia de la actuación, el modo de comisión del delito o su gravedad (STC 173/2011, de 7 de noviembre)*».

Y se termina señalando que *en el presente caso concurren circunstancias excepcionales que permiten concluir que aun cuando el análisis de ADN efectuado no fuera ordenado judicialmente, no se lesionó el derecho del demandante a la intimidad personal*, con fundamento, entre otras razones, en la escasa o nula incidencia material en la intimidad personal del análisis al haber proporcionado una mera identificación neutra, al ceñirse a las regiones de ADN no codificante; así como en que «las circunstancias concretas del caso, consideradas en su globalidad, requerían una actuación urgente», ya que «la recogida de la saliva expulsada súbitamente (...) requería su rápida recogida, su urgente remisión a los laboratorios adecuados para su conservación y su pronto análisis, evitando todo riesgo de degradación de la muestra biológica, contribuyendo a asegurar la cadena de custodia y minorando las posibilidades de contaminación de la muestra mediante el tratamiento de la misma siguiendo los protocolos ordinarios de actuación»; y porque la inicial falta de control judicial «se vio desvanecida por la aportación al proceso del resultado del análisis comparativo realizado tan pronto como estuvo disponible (no puesta en duda por los actores del proceso a quo), momento a partir del cual la autoridad judicial se encontraba en disposición de realizar por sí el juicio de ponderación sobre la diligencia pericial efectuada, así como de acordar la práctica de un nuevo análisis o de completar el ya realizado» (STC 199/2013, FJ 10).

- c) La incautación y examen de ordenadores personales

La Policía Judicial puede proceder a la incautación de ordenadores y de dispositivos de almacenamiento masivo de información

digital con ocasión de una entrada y registro de domicilio, pero el acceso a esos dispositivos de almacenamiento masivo de información, ordenadores incluidos, con carácter general, requiere previa autorización judicial específica, no estando comprendida en la autorización judicial genérica de entrada y registro de domicilio, debiendo expresarse para ello los términos y condiciones en los que debe accederse al ordenador o dispositivo [art. 588 sexies a), b) y c) LECrim.]. No obstante, con carácter excepcional, se admite que «**en los casos de urgencia** en que se aprecie un interés constitucional legítimo que haga imprescindible la medida prevista en los apartados anteriores de este artículo, la Policía Judicial podrá llevar a cabo el examen directo de los datos contenidos en el dispositivo incautado, comunicándolo inmediatamente, y en todo caso dentro del plazo máximo de veinticuatro horas, por escrito motivado al juez competente, haciendo constar las razones que justificaron la adopción de la medida, la actuación realizada, la forma en que se ha efectuado y su resultado. El juez competente, también de forma motivada, revocará o confirmará tal actuación en un plazo máximo de 72 horas desde que fue ordenada la medida».

El nuevo régimen legal tiene su antecedente en la STC 171/2011, de 7 de noviembre, dictada en un supuesto en el que un particular dejó en una tienda informática un ordenador para su reparación y el personal del establecimiento descubrió accidentalmente archivos de contenido pedófilo y a continuación lo puso a disposición de la autoridad policial, que, sin previa autorización judicial, accedió a su contenido. La sentencia rechaza la queja de vulneración del derecho a la intimidad personal sustancialmente por la gravedad del delito (delito de distribución de pornografía infantil respecto del que la normativa europea exige una actuación rápida de las autoridades judiciales) y por la urgencia del caso, a fin de evitar el borrado de ficheros ilícitos mediante una conexión a distancia y de descubrir a otros posibles partícipes (STC 171/2011,

FJ 7). Sin embargo, con posterioridad la STEDH, caso *Rueda contra España*, de 30 de mayo de 2017, considera que en el caso se violó el derecho al respeto de la vida privada (art. 8 CEDH), al interpretar que, si bien la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional era compatible con dicho precepto, no lo fue la aplicación realizada en el caso concreto, al no apreciar el TEDH la urgencia invocada. En efecto, se señala que «lejos de limitarse a verificar la veracidad de los hechos que le comunicaron accediendo a la carpeta “mis documentos”, la Policía procedió a una inspección de todo el contenido de los archivos del ordenador abriendo y examinando también la carpeta “Incoming” del programa eMule (...), todo esto sin haber obtenido previamente la autorización judicial requerida — lo que solo hubiera estado justificado, en su caso, por una “necesidad urgente”». Y se añade que «es difícil valorar, en este caso, la urgencia que habría forzado a la Policía a intervenir los archivos del ordenador personal del demandante y a acceder a su contenido, sin obtener previamente la autorización judicial requerida normalmente. En efecto, no existía ningún riesgo de desaparición de ficheros ya que se trataba de un ordenador intervenido y retenido por la Policía y no conectado a la red de Internet. El TEDH no alcanza a detectar las razones por las que la espera de una previa autorización judicial, que podía obtenerse con relativa rapidez, habría obstaculizado la investigación llevada a cabo por la Policía sobre los hechos denunciados». Por lo que se concluye que «la intervención y el examen por la Policía de los archivos del ordenador, tal y como se han realizado en este caso, no eran proporcionados a los fines legítimos que se pretendían y por tanto «necesarios en una sociedad democrática» con arreglo al art. 8 § 2 del Convenio» (STEDH de 30 de mayo de 2017, §§ 41 a 43).

d) La prueba de alcoholemia

La práctica de los controles de alcoholemia debe ajustarse a lo establecido en la **legisla-**

ción sobre seguridad vial, la cual resulta integrada sustancialmente por el Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial; por el Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación para la aplicación y desarrollo del texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad vial, aprobado por el Real Decreto 339/1990; y por el Real Decreto 818/2009, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General de Conductores. Dichos controles son realizados por los agentes de la autoridad encargados de la vigilancia del tráfico, que solo en sentido amplio pueden ser considerados Policía Judicial, bien mediante el sistema de aire espirado, bien mediante análisis de sangre, de orina o análogos.

La jurisprudencia constitucional sobre el valor probatorio que pueden alcanzar los controles de alcoholemia con relación a la modalidad del delito contra la seguridad vial hoy tipificado en el art. 379.2, primer inciso, del Código Penal (en adelante CP) es abundante, hallándose una buena síntesis de la misma en la STC 188/2002, de 14 de octubre, de la que extraemos algunos destacados pasajes: 1) En relación con la condena por el delito de conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas, debe considerarse enervada la presunción de inocencia cuando **resulten acreditados tanto la ingestión del alcohol, como la influencia de dicha ingestión en la conducción del vehículo**, pues el delito no consiste en un determinado grado de impregnación alcohólica, sino en la conducción de un vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas (STC 188/2002, FJ 3). En el mismo sentido, la STC 319/2016, de 15 de noviembre, FJ 2.

2) A pesar de su carácter de prueba documental, las diligencias relativas a las pruebas de alcoholemia que constan en el atestado **no pueden incorporarse al juicio oral me-**

dante su lectura en los casos de ausencia de información al conductor del derecho a repetir la prueba y a contrastarla con un análisis de sangre, ni tampoco en aquellos otros en que se cuestione la fiabilidad del resultado de la prueba o el valor que al mismo quepa atribuir en orden a considerar acreditada la conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas (STC 188/2002, FJ 4).

3) Son **garantías a observar en la práctica de la prueba de alcoholemia** ser informado del derecho a un segundo examen alcoholimétrico y a contrastar los resultados obtenidos mediante la práctica de un análisis de sangre u otro; pero este déficit de garantías al practicarse la prueba solo adquiere relevancia constitucional en el seno del derecho a la presunción de inocencia cuando el resultado de la prueba de alcoholemia no se haya incorporado al juicio oral mediante la declaración de los policías que la realizaron (STC 188/2002, FJ 4).

Sin embargo, el primer aserto de la doctrina constitucional clásica, coincidente con el de la jurisprudencia tradicional de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, puede llegar a cambiar, como ya ha comenzado a suceder en la segunda, como consecuencia de la reforma del CP llevada a cabo mediante la Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre, de modificación del Código Penal en materia de seguridad vial, que, en el art. 379.2 CP, además de mantener la tipificación tradicional de este delito en su primer inciso, introdujo una novedosa variante en su inciso segundo, al establecer que «con las mismas penas (las señaladas en el ap. 1.º) será castigado el que condujere un vehículo de motor o ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas. *En todo caso será condenado con dichas penas el que condujere con una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0,60 miligramos por litro o con una tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro*».

La jurisprudencia clásica de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo sobre la modalidad

tradicional contenida en el anterior art. 379 CP consideraba que «para la subsunción del hecho enjuiciado en el referido tipo penal no basta comprobar el grado de impregnación alcohólica del conductor, es menester que, además, esté igualmente acreditado que el mismo conducía bajo la influencia de tal ingestión (v. STS de 9 de diciembre de 1999). Sin perjuicio, claro está, de que el Juzgador pueda inferir razonablemente dicha influencia en atención al alto grado de impregnación alcohólica del conductor.

La jurisprudencia ha declarado también que, para que proceda la aplicación del art. 379 del Código Penal, no es necesario demostrar la producción de un «peligro concreto» ni, por supuesto, ningún resultado lesivo, como demandan otros tipos penales, por cuanto el tipo aquí examinado exige únicamente la existencia de un «peligro abstracto» que, en todo caso, ha de ser real y no meramente presunto (v. SS de 19 de mayo de 1982, 7 de julio de 1989 y 5 de marzo de 1992, entre otras)» (STS 2.^a 1/2002, de 22 de marzo).

No obstante, tras la reforma del art. 379 CP realizada mediante la LO 15/2007, la jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha comenzado a precisar su doctrina para distinguir entre las dos modalidades delictivas contenidas en el art. 379.2 CP vigente. A la modalidad contenida en el primer inciso del art. 379.2 CP le es de aplicación la jurisprudencia clásica ya expuesta.

Sin embargo, a la modalidad contenida en el segundo inciso de dicho precepto no le resulta ya de aplicación la anterior jurisprudencia porque «una nueva formulación típica complementa la modalidad clásica objetivando el

peligro inherente a la conducción tras la ingesta de bebidas alcohólicas cuando de ella se deriva una tasa de alcohol en aire espirado superior a un determinado nivel. Esta segunda conducta es considerada como accesoria de la anterior; pero goza de alguna autonomía. Es descrita con fórmula y términos miméticos a la tipificación de las infracciones administrativas. La conducción con una tasa superior es en todo caso punible. Se ha tipificado una tasa objetivada de alcohol basada en un juicio de peligrosidad formulado *ex ante* por el legislador que ha ponderado la influencia estadística de esta fuente de peligro en la siniestralidad vial. No se requiere acreditar una afectación real (el legislador la presume en ese caso con la base de los conocimientos que proporcionan la experiencia y estudios científicos ligados a la toxicología); ni signos de embriaguez o alguna irregularidad vial. No es dable excluir la tipicidad intentando demostrar la inidoneidad *in casu* para afectar a la conducción. Es una infracción de peligro abstracto o conjetural: el legislador declara cuáles son los límites por encima de los cuales la conducción no resulta ya penalmente tolerable, al margen de cualquier otra circunstancia añadida, por el riesgo que incorpora» (STS 2.^a 436/2017, de 15 de junio).

A nuestro juicio, esta reciente concepción jurisprudencial del nuevo art. 379.2 CP del intérprete supremo de la legalidad ordinaria, salvo en materia de garantías constitucionales (art. 123.1 CE), puede llegar a repercutir en la doctrina constitucional clásica antes expuesta y, sin lugar a dudas, comportará el fortalecimiento del valor probatorio del test de alcoholemia regularmente practicado por la Policía, que puede llegar a resultar prácticamente incontestable.

BIBLIOGRAFÍA

ABEL LLUCH, X. y RICHARD GONZÁLEZ, M. (Dir.), *Estudios sobre prueba penal*, La Ley, V. II, 2011.

— *Estudios sobre prueba penal*, La Ley, V. III, 2013.

GIMENO SENDRA, V., «Las intervenciones electrónicas y la Policía Judicial», *Diario La Ley*, núm. 7298, 4 de diciembre de 2009.

GONZÁLEZ I JIMÉNEZ, A., *Las diligencias policiales y su valor probatorio*, Bosch, 2014.

HERNÁNDEZ GARCÍA, J., «El valor probatorio de la actividad investigadora de la Policía Judicial», *Revista Catalana de Seguridad Pública*, mayo 2010.

ORTELLS RAMOS, M., «Ministerio fiscal y Policía Judicial en el proceso penal abreviado», en *Homenaje a Joaquín Tomás Villarroya*, Vol. 2, Fundación Valenciana de Estudios Avanzados, Valencia, 2000, págs. 861-872.

Artículo 127

1. Los Jueces y Magistrados, así como los Fiscales, mientras se hallen en activo, no podrán desempeñar otros cargos públicos, ni pertenecer a partidos políticos o sindicatos. La ley establecerá el sistema y modalidades de asociación profesional de los Jueces, Magistrados y Fiscales.

2. La ley establecerá el régimen de incompatibilidades de los miembros del poder judicial, que deberá asegurar la total independencia de los mismos.

Sumario: I. Prohibición del desempeño de cargos públicos. II. Prohibición de pertenencia a partidos políticos y sindicatos. III. Asociacionismo profesional. IV. Las incompatibilidades de los miembros del Poder Judicial.

JOSÉ DE LA MATA AMAYA
MAGISTRADO

I. PROHIBICIÓN DEL DESEMPEÑO DE CARGOS PÚBLICOS

El art. 127.1 CE establece que los Jueces y Magistrados, así como los Fiscales, mientras se hallen en activo, no podrán desempeñar otros cargos públicos.

Lo cierto es que, como afirma CAVERO, parecía innecesario incluir en el texto constitucional esta específica prohibición, para la que habría bastado su inclusión en el estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados de Carrera al que alude el art. 122.1 CE, en cuanto constituye una garantía más de su independencia, o en el régimen de incompatibilidades que la ley debe establecer conforme a lo previsto en el art. 127.1 CE, como así ocurre, estando expresamente prevista esta prohibición en el art. 389 LOPJ.

La rotundidad de la prohibición traslada en realidad el problema a la determinación de los casos en que puedan desempeñarse tales

cargos públicos en **situaciones administrativas distintas del servicio activo**, y en las facilidades administrativas para desempeñar tales cargos y completar el camino de vuelta a la original situación de servicio activo y al puesto que se venía desempeñando.

Esta situación se ha caracterizado, durante los últimos treinta años, por su fluctuación, habiéndose alternado períodos caracterizados por el establecimiento de impedimentos con otros de mayor flexibilidad.

Actualmente, estando en servicio activo, el Consejo General del Poder Judicial podrá conferir **comisión de servicio** a los Jueces y Magistrados para prestar servicios en el Ministerio de Justicia, con o incluso sin relevación de funciones, y para participar en misiones de cooperación jurídica internacional, cuando no proceda la declaración de servicios especiales (art. 350 LOPJ). El desempeño de otros cargos públicos requiere ya la declaración en otra situación administrativa.

Así ocurre en los casos de desempeño de determinados puestos o cargos públicos prevenidos en los arts. 351 y 352 LOPJ, para los que Jueces y Magistrados (art. 351 LOPJ) y Magistrados del Tribunal Supremo (art. 352 LOPJ), deben acceder a la situación de **servicios especiales**.

En el caso de los Magistrados del Tribunal Supremo, por su parte, al tratarse de magistratura de ejercicio, el régimen es aún más estricto, en cuanto, además de pasar a la situación de servicios especiales, pierden la categoría de Magistrado del Tribunal Supremo (art. 348 bis LOPJ), al desempeñar cualesquiera otras actividades públicas o privadas, con las únicas excepciones de Vocal del Consejo General del Poder Judicial, Magistrado del Tribunal Constitucional, Miembro de Altos Tribunales de Justicia Internacionales, Fiscal General del Estado o Jefe del Servicio de Inspección del Consejo General del Poder Judicial.

En la situación de servicios especiales, que «en síntesis se considera, a todos los efectos, como situación de servicio activo» (MARTÍNEZ TRISTÁN), habida cuenta que se les computará el tiempo que permanezcan en tal situación a efectos de ascensos, antigüedad y derechos pasivos y tendrán derecho a la reserva de plaza y localidad de destino que ocupasen al pasar a esa situación o incluso la que pudieren obtener durante su permanencia en la misma (art. 354 LOPJ), existe un interés público porque el Juez preste otro servicio para el que está especialmente cualificado, durante más o menos tiempo, pero siempre con carácter transitorio y no definitivo, y por esta razón el tratamiento administrativo es muy favorable. De hecho, al cesar en el puesto o cargo determinante de la situación de servicios especiales debe solicitarse el reingreso al servicio activo e incorporarse a su destino, todo ello en perentorios plazos de diez y veinte días respectivamente.

Para el desempeño de otros cargos políticos o de confianza distintos de los contenidos en el art. 351 LOPJ, el art. 356.1.b) de la misma Ley

requiere que se obtenga la declaración en situación de **excedencia voluntaria**. Sin embargo, es una situación de excedencia singular, habida cuenta que los que se encuentren en este caso disponen también de un mecanismo inmediato de reingreso: producido el cese en el cargo o servicio, deberá solicitar el reingreso en el servicio activo en el plazo máximo de 10 días a contar desde el siguiente al cese. De no hacerlo así se le declarará en situación de excedencia voluntaria por interés particular. De nuevo, cuando se trate de un Magistrado del Tribunal Supremo (art. 357 LOPJ), en estos casos perderá su condición de tal, quedando integrado en situación de excedencia voluntaria dentro de la categoría de Magistrado.

Cuando un Juez o Magistrado se presente como candidato en elecciones para acceder a cargos públicos representativos en el Parlamento Europeo, Congreso de los Diputados, Senado, Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas o Corporaciones locales. De no resultar elegido, deberá optar, comunicándolo así al Consejo General del Poder Judicial, en el plazo de treinta días, por continuar en la situación de excedencia voluntaria o por reingresar en el servicio activo.

II. PROHIBICIÓN DE PERTENENCIA A PARTIDOS POLÍTICOS Y SINDICATOS

El art. 127.1 CE continúa disponiendo que los Jueces y Magistrados, así como los Fiscales, mientras se hallen en activo, no podrán pertenecer a partidos políticos o sindicatos.

La norma constituye una excepción a la regla general en materia de libertades y derechos fundamentales, de interpretación restrictiva, por tanto, como apunta MARTÍN MARTÍN, y sometida en cambio al principio *favor libertatis*, como resultado de la obligada incardinación del derecho en otro derecho fundamental más amplio y genérico (art. 22 CE). En desarrollo de la misma, el art. 395 LOPJ dispone que «no

podrán los Jueces o Magistrados pertenecer a partidos o políticos o sindicatos o tener empleo al servicio de los mismos». Correlativamente, el art. 417.1.2.º LOPJ establece como falta muy grave, sancionada con suspensión, traslado forzoso o separación, «la afiliación a partidos políticos o sindicatos, o el desempeño de empleos o cargos a su servicio».

La prohibición, calificada de artificiosa (BELLLOCH), cuando no de claramente insatisfactoria (MONTERO), encuentra su fundamento material en la **garantía de la independencia e imparcialidad** como valores esenciales del Poder Judicial frente a las posibles opciones partidistas.

El propio Tribunal Constitucional se ha apoyado en la existencia de esta prohibición para afirmar que «la situación estatutaria de los Jueces es más rigurosa que la de los funcionarios de la Administración Civil del Estado, a los que se reconoce el derecho a la sindicación (art. 103.3 CE), con los efectos que ello puede acarrear, derecho que se niega expresamente a los miembros de la Magistratura (art. 127.1 CE)» (STC 108/1986, de 29 de julio, FJ 16). Es más rigurosa, incluso, que la situación prevista para los Magistrados del Tribunal Constitucional, visto que ni la Constitución ni la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional establecen incompatibilidad alguna entre ser Magistrado del alto tribunal y «pertenecer o haber pertenecido» a partidos políticos, asociaciones, fundaciones y colegios profesionales. El propio TC afirmó públicamente en 2013, al hacerse público que su entonces Presidente había estado afiliado a un partido político siendo miembro del Tribunal Constitucional, que no forma parte del poder judicial —cuyos miembros sí tienen prohibido afiliarse a partidos o sindicatos—, y que la Constitución lo que les veta es desempeñar funciones directivas y toda clase de empleo en partidos, pero no la mera afiliación, siendo lo cierto, no obstante, que el art. 19 LOTC dispone que, además de las incompatibilidades previstas en el propio art. 19 LOTC, los miembros del Tribunal Constitucional tendrán las incompatibilidades

propias de los miembros del Poder Judicial.

La «compensación» a la fuerte limitación impuesta a Jueces, Magistrados y Fiscales consistente en la prohibición de afiliarse a partidos políticos y sindicatos es la previsión constitucional de que podrán constituir asociaciones profesionales (contrapartida o sucedáneo la denominan, según, respectivamente, DE ESTEBAN-LÓPEZ GUERRA y CAVERO).

III. ASOCIACIONISMO PROFESIONAL

El asociacionismo judicial constituye la única concreta modalidad asociativa (si se exceptúan las asociaciones empresariales, aludidas junto con los sindicatos en el art. 7 CE) que ha merecido una **singular consagración constitucional**.

Las asociaciones son un *tertium genus*, distinto —por un lado— de los partidos políticos y de los sindicatos, pero distinto también de los «Colegios Profesionales» —que la propia CE regula separadamente en su art. 36—, y que, además, presenta «peculiaridades» respecto de las restantes asociaciones —art. 22 CE—.

Cierto que algunos, aun admitiendo que estas asociaciones profesionales constituyen una especie con fisonomía propia, que se resiste a una catalogación en las formas tradicionalmente conocidas de unirse cualquier colectivo profesional para la defensa de sus intereses (SANZ LORENTE), han concluido afirmando que existe una identidad sustancial entre sindicatos y asociaciones profesionales, no solo desde el punto de vista conceptual, sino también atendiendo a los fines y medios perseguidos por todos, por lo que la diferencia entre unos y otros sería más de régimen jurídico que de sustancia,

Sin embargo, aun admitiendo que los «aspectos sindicales» constituyen indudablemente una de las finalidades de las asociaciones profesionales, lo cierto es que estas son más amplias que la reivindicación profesional estricta.

En este sentido, recuerda VIAGAS AFONSO que ciertamente las organizaciones profesionales aparecieron como manifestaciones tangibles de un fenómeno más vasto que fue el asociacionismo y el sindicalismo en las sociedades liberales, y que en esa medida no se encuentran disociadas ni de las necesidades ni de los valores que determinaron el nacimiento de estas formaciones sociales intermedias. Pero, admitiendo lo anterior, destaca un elemento diferenciador y característico del asociacionismo judicial: la concienciación que la Magistratura fue teniendo de su papel en los modernos Estados de Derecho y, consecuentemente, en la necesidad de afirmación de su independencia como exigencia de ese mismo Estado de Derecho en cuyo marco la función jurisdiccional se debe manifestar como freno y contrapeso de las funciones legislativa y ejecutiva, por medio, bien del control de la constitucionalidad y legalidad de los actos de la administración, bien de la tutela de los derechos fundamentales del hombre. Por esta razón, aunque entre las finalidades asociativas ocupan un lugar importante la **tutela de intereses económicos o profesionales**, la mejora de las condiciones de trabajo o la salvaguarda del prestigio profesional, siempre están presentes en las organizaciones profesionales de Jueces y Magistrados las **acciones en defensa o reivindicación de la independencia**.

En el mismo sentido, admite ANDRÉS IBÁÑEZ que la difusión del fenómeno asociativo en la Magistratura tuvo, en general, un origen puramente autodefensivo de derechos profesionales. Pero respondió, en general, a una necesidad más profunda, que rápidamente pasó a ocupar el primer plano de la atención: una preocupación de fondo por las particularidades del propio estatuto: el debate de la independencia como función del principio de legalidad, función a su vez del de igualdad, que implica el debate sobre las relaciones del Poder Judicial. Ello implica, en definitiva, que las asociaciones profesionales no agotan su razón de ser en la defensa sindicalista del Juez (mantenimiento del *statu quo*

laboral, mejoras salariales, etc.) sino que, junto a ello, debe, por el contrario, dirigir sus esfuerzos hacia la realización en la jurisdicción de los principios y valores propios del modelo de Juez que reclama una sociedad democrática.

Todo ello implica que no podamos limitarnos a calificar las asociaciones profesionales como una forma más de las tradicionalmente conocidas de unirse cualquier colectivo profesional para la defensa de sus intereses. Y ello porque, junto a esta legítima finalidad asociativa-sindical, existen otras que nos permiten conceptualizarlas, como afirma BELLOCH, como instrumentos fundamentales de participación de los Jueces. Y es que por medio de las mismas los Jueces y Magistrados participan en la política de la justicia, amén de que las asociaciones se insertan en una estructura participativa de notable entidad en la actividad de gobierno del Poder Judicial:

a) En primer lugar, mediante sus asociaciones profesionales los Jueces, Magistrados y Fiscales se convierten, como resume ANDRÉS IBÁÑEZ, en sujeto activo de un nuevo orden de relaciones de carácter político-cultural, a través de la aludida interlocución con sujetos públicos y también —públicamente— con toda una gama abierta de sujetos, generalmente colectivos. Mediante intervenciones, en muy distintos medios, incluidos los media, que contribuyen a crear opinión pública, a través del debate sobre todo lo relacionado con la jurisdicción y los derechos, en su más amplio sentido.

b) En segundo lugar, las asociaciones profesionales cuentan con una importante proyección política institucional, en cuanto, si bien ya no constituyen vía prioritaria para la integración de los Jueces y Magistrados en el órgano de Gobierno del Poder Judicial, si es una de las vías que los Jueces o Magistrados que deseen presentar su candidatura pueden elegir para hacerlo (art. 574.1 LOPJ). También pueden avalar a candidaturas en el proceso de elección de miembros de las Salas de

Gobierno, conforme a lo establecido en el art. 151.2.º LOPJ y tienen legitimación por sustitución procesal en el recurso contencioso-administrativo (art. 425.8.º LOPJ).

El primer desarrollo legal de las asociaciones profesionales, contenido en la LO 1/1980, del Consejo General del Poder Judicial, estableció que las candidaturas a vocales del Consejo de procedencia judicial habrían de estar avaladas por un 10% de electores o por una «asociación profesional» válidamente constituida, completando el sistema con la exigencia de la adhesión de un 15% como mínimo de todos los Jueces y Magistrados para que pudiera constituirse válidamente una asociación (DA 2.ª).

Poco después, sin embargo, las asociaciones profesionales ya se configuraron, en la LOPJ (*vid.* Exposición de Motivos), como un **instrumento para contribuir a materializar los principios de pluralismo y participación** de que se quería impregnar al gobierno del Poder Judicial. Por esta razón se decidió eliminar las restricciones injustificadas contenidas en el régimen transitorio que hasta entonces regulaban el ejercicio de esta libertad asociativa, reconociendo abiertamente el derecho de libre asociación profesional con la única limitación de no poder llevar a cabo actuaciones políticas ni tener vinculaciones con partidos políticos o sindicatos.

Esto no impidió, no obstante, que algunos la consideren «libertad limitada» habida cuenta la estricta definición de cuáles sean sus únicos fines lícitos, y la estricta prohibición de realizar actividades políticas o de tener vinculaciones con partidos políticos y sindicatos.

Las asociaciones judiciales desempeñan un papel fundamental como mecanismo de garantía de la independencia judicial y la eficacia de los derechos fundamentales y las libertades públicas. El art. 127 CE, en el que se establecen, contribuye poco a perfilar el régimen jurídico de estas asociaciones, en cuanto

se limita a remitirse a la Ley (a la LOPJ) al indicar que esta «establecerá el sistema y modalidades de asociación profesional de los Jueces, Magistrados y Fiscales».

Es ya la LOPJ (en su art. 401) la que establece cuáles pueden ser los **finés de las asociaciones:**

a) La **defensa de los intereses profesionales** de sus miembros en todos los aspectos:

Habida cuenta que la prohibición de que Jueces y Magistrados puedan pertenecer a sindicatos no implica, en modo alguno, que aquellos no puedan defender sus intereses profesionales, es claro que las asociaciones judiciales constituyen el cauce idóneo para la defensa de tales intereses.

Ello ha llevado al Tribunal Constitucional a afirmar que estas asociaciones profesionales de cierta relevancia constitucional (STC 252/2000, de 30 de octubre, FJ 5), ostentan legitimación para poder entablar acciones legales en defensa de tales intereses profesionales.

En este sentido, aunque referidas a las asociaciones de fiscales, la STC 24/1987, de 25 de febrero, FJ 3, afirmó que «la Asociación de Fiscales viene especialmente contemplada en un precepto específico de la Constitución —art. 127—, que prohíbe a los Fiscales pertenecer a partidos políticos o sindicatos y, por tanto, esa autorización constitucional especial para constituir asociaciones es el único cauce que tiene la Carrera Fiscal para defender sus intereses profesionales y ello es un argumento más para que su legitimación para promover procesos en defensa de dichos intereses deba potenciarse y entenderse en el sentido amplio que se deja razonado, concediéndola siempre que los actos y disposiciones contra los que recurra incidan perjudicialmente en sus legítimos intereses asociativos». En este caso se había recurrido a la noción de interés profesional para considerar legítima a la Asociación de Fiscales para recurrir el nombramiento de un Fiscal por el Go-

bierno, y la conclusión alcanzada fue que el interés en tal caso era directo y legítimo, y al no entenderlo así la Sentencia recurrida interpretó la ley en sentido desfavorable a la efectividad del derecho normal de la tutela judicial efectiva, en los términos establecidos por el art. 24.1 CE, y, por ello, vulneró dicho derecho fundamental.

En el mismo sentido, la STC 252/2000, de 30 de octubre, FJ 5, reiteró que las asociaciones de fiscales defienden intereses profesionales, razón por la que existirá a su vez el vínculo o conexión entre la asociación profesional y la pretensión ejercitada cuando, de prosperar esta, se materializaría en cualquier ventaja o reparación jurídica para tales intereses profesionales. Y en tal vínculo se encarna el interés legítimo constitucionalmente protegido.

b) La **realización de actividades encaminadas al servicio de la Justicia en general**

Esta amplia configuración de las finalidades «lícitas» de las asociaciones se completa, restrictivamente, del siguiente modo:

1) No podrán llevar a cabo actividades políticas.

Sin embargo, como apuntó BELLOCH, la primera limitación debiera interpretarse como actividad partidista (cuya prohibición tiene base constitucional) y no política, so pena de dejar vacía de contenido la norma general, pues es difícil imaginar una actividad «encaminada al servicio de la justicia en general» que, al propio tiempo, no sea una genuina «actividad política».

Dichas actividades políticas deben limitarse, no obstante a las relacionadas con el servicio de la Justicia en general, no invadiendo otras facetas de la vida política general sino en aquellos aspectos que resulten inseparables de su contribución a la Justicia en general.

2) No podrán tener vinculaciones con partidos políticos o sindicatos.

La razón de esta limitación no está, según BELLOCH, en el art. 127 de la CE. Dicho precepto constitucional tiene como razón de ser última (otra cosa es que logre el objetivo pretendido) garantizar la imparcialidad de los Jueces y Magistrados en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, ante las diversas opciones políticas globales que, como se dijo, se proyectan tanto en los partidos políticos como en los sindicatos. Es una prohibición referida, por tanto, a los Jueces y Magistrados considerados como individuos aislados (y no como colectivos asociativos) y, además, referida al ejercicio de la función jurisdiccional que, como luego se verá, solo de manera limitada puede ser materia propiamente asociativa.

Las principales **características de las asociaciones judiciales** están también contenidas en el art. 401 LOPJ:

a) Tienen plena capacidad jurídica y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines.

b) Deben tener ámbito nacional, sin perjuicio de la existencia de secciones cuyo ámbito coincida con el de un Tribunal Superior de Justicia.

c) La asociación es libre, de modo que los Jueces y Magistrados podrán libremente asociarse o no a asociaciones profesionales.

d) La membresía está restringida a quienes ostenten la condición de Jueces y Magistrados en servicio activo, lo que, de un lado supone que no pueden formar parte de las mismas quienes ejerzan funciones jurisdiccionales en otra condición (Jueces sustitutos, Magistrados suplentes, Magistrados eméritos), y, de otro, establece la separación entre el asociacionismo judicial y fiscal, que no venía exigida por el texto constitucional.

Sin embargo, lo cierto es que el Tribunal Supremo, en STS de 4 de marzo de 2003, ha reconocido el derecho de una asociación en constitución de Magistrados suplentes y Jueces sustitutos, cuya inscripción había denega-

do el Consejo General del Poder Judicial al considerar que no le era aplicable el régimen modelado por los arts. 127 CE y 401 LOPJ y que, por tanto, debían ejercer su derecho de asociación con sujeción al régimen general previsto en la Ley de Asociaciones. El Tribunal Supremo anuló este acuerdo y reconoció el derecho de esta asociación a ser inscrita en el Registro de asociaciones profesionales de Jueces y Magistrados, al considerar que la CE y la LOPJ hablan de asociaciones profesionales de Jueces y Magistrados, pero no de asociaciones de Jueces y Magistrados profesionales, y que el art. 401 LOPJ no limita la aplicación del régimen asociativo a los Jueces y Magistrados de carrera, ni excluye a quienes ejerzan con carácter temporal la función judicial, aludiendo únicamente a Jueces y Magistrados en activo, condiciones que cumplen los que han de integrar la asociación. En definitiva, el Tribunal Supremo consideró que los Magistrados suplentes y Jueces sustitutos son Jueces mientras ejercen de manera temporal su función, pero que mientras lo hacen tienen intereses profesionales dignos de protección y tutela a través del ejercicio del derecho de asociación judicial.

e) Se prohíbe la afiliación a más de una asociación profesional.

Otras precisiones sobre el régimen jurídico de estas asociaciones están contenidas en el mismo precepto legal:

a) Son asociaciones cuyo régimen se inserta en el art. 22 CE y no, en absoluto, en el de las corporaciones o colegios profesionales contemplados en el art. 36 CE.

b) Su válida constitución se produce desde que se inscriben en el Registro correspondiente del Consejo General del Poder Judicial. Esta inscripción se practica a solicitud de cualquiera de los promotores, a la que se acompañará el texto de los Estatutos y una relación de afiliados.

c) Su estructura y funcionamiento democrático.

d) Su suspensión y disolución queda sometida al régimen establecido para el derecho de asociación en general.

e) Se les aplican supletoriamente las normas reguladoras del derecho de asociación en general.

El Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, por su parte, regula en términos similares a los establecidos en el precitado art. 401 LOPJ, aunque con las siguientes matizaciones:

a) Pueden formar parte de las mismas quienes ostenten la condición de Fiscales, sin que está restringida la participación a quienes estén en servicio activo, como ocurre en el caso de Jueces y Magistrados.

b) Se incluye expresamente la indicación de que las asociaciones deben estar abiertas a la incorporación de cualquier miembro de la Carrera Fiscal.

c) Se precisa el régimen de disolución, disponiendo que cuando las asociaciones profesionales incurrieren en actividades contrarias a la ley o que excedieren del marco de los Estatutos, el Fiscal General del Estado podrá instar, por los trámites de juicio declarativo ordinario, la disolución de la Asociación. La correspondencia para acordarla corresponderá a la Sala 1.^a del Tribunal Supremo que, con carácter cautelar, podrá acordar la suspensión de la misma.

IV. LAS INCOMPATIBILIDADES DE LOS MIEMBROS DEL PODER JUDICIAL

En su párr. 2.º el art. 127 CE dispone que la ley establecerá el régimen de incompatibilidades de los miembros del Poder Judicial, que deberá asegurar la total independencia de los mismos.

El régimen de incompatibilidades es una de las **garantías que la Constitución prevé**

para asegurar la independencia judicial.

La primera garantía es la inamovilidad, que es su garantía esencial (art. 117.2); pero también la reserva de Ley Orgánica para determinar la constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales, así como el estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados (art. 122.1), y su régimen de incompatibilidades (art. 127.2) (STC 108/1986, de 29 de julio, FJ 6).

La competencia para determinar el régimen de incompatibilidades está atribuida al Estado. Sobre el particular indicó el Tribunal Constitucional (SSTC 150/1998, de 2 de julio, FJ 2, y 127/1999, de 1 de julio, FJ 2), que el art. 149.1.5 CE atribuye al Estado la competencia respecto de la *Administración de Justicia*: «Parece obvio que en esa materia ha de ser incardinada la regulación de las funciones que hayan de desempeñar los Jueces y Magistrados, titulares del Poder Judicial», de modo que debe ser el «Estado, titular exclusivo de la competencia, quien pondere cuáles pueden realizar aquellos, sin que por tal motivo la exclusividad y la independencia de la función jurisdiccional queden menoscabadas».

En ambos casos se trataba de recursos de inconstitucionalidad promovidos contra Leyes autonómicas que asignaban a Jueces y Magistrados el desempeño de determinados cargos públicos (la Presidencia de Comisiones Locales de Concentración Parcelaria en el primer caso, y la Vicepresidencia de los Jurados Provinciales de Clasificación de Montes Vecinales en el segundo). Pues bien, en ambos casos se estima que debe ser el Estado quien debe ponderar qué funciones pueden realizar los Jueces y Magistrados, careciendo la Comunidad Autónoma de competencias para ello. Este vicio de incompetencia es el que, finalmente, determina la inconstitucionalidad del precepto, apuntando el Tribunal, sin embargo, que otras cuestiones, como precisamente la incidencia de esta previsión legal en el régimen de incompatibilidades de los Jueces, no rebasan el ámbito de la mera legalidad.

El fundamento de las incompatibilidades, como apunta CAVERO, es el siguiente:

a) Asegurar la mayor independencia en el ejercicio de alguna función o actividad al no estar sometido a posibles influencias, presiones o autoridad de otra persona ajena al ámbito en que se ejerce la actividad o función que se realiza.

b) Evitar conflictos de intereses al actuar o adoptar decisiones que pudieran distorsionar la preeminencia del bien e interés del servicio que tiene encomendado, tratando de asegurarla mayor imparcialidad posible en sus actuaciones jurisdiccionales.

c) Facilitar una mayor dedicación a la actividad o función al no tener que diversificar el tiempo o la atención, consiguiendo un mejor rendimiento intelectual.

Las incompatibilidades están contempladas en los arts. 389 y ss. LOPJ en relación con Jueces y Magistrados, y en los arts. 57 y ss. EOMF para los Fiscales. Tales incompatibilidades se establecen por razón del cargo y por razón de las personas.

Analizando el régimen legal que desarrolla el mandato constitucional del art. 127.2 CE, se desprende que el legislador no ha pretendido establecer reglas aisladas sobre incompatibilidades, sino un **sistema, en el que se parte de una premisa básica, la «exclusividad de la función jurisdiccional»**, proclamada en los arts. 117.4 CE y 2 LOPJ, en función de la cual la norma general es la incompatibilidad para el ejercicio de cualquier otra actividad distinta de la jurisdiccional, salvo autorización previa del Consejo General del Poder Judicial (art. 397 LOPJ).

Así, por razón del cargo se excluyen expresamente las siguientes actividades:

a) Ejercicio de otras jurisdicciones ajenas a la del Poder Judicial.

b) Cargos políticos, de elección popular o designación política del Estado, Comunidades Autónomas, Provincias y demás entidades locales y organismos dependientes de cualquiera de ellos.

c) Empleos o cargos públicos dotados o retribuidos por la Administración del Estado, las Cortes Generales, la Casa Real, Comunidades Autónomas, Provincias, Municipios y cualesquiera entidades, organismos o empresas dependientes de unos u otras, y, en particular, empleos de todas clases en los Tribunales y Juzgados de cualquier orden jurisdiccional.

d) Empleos, cargos o profesiones privadas retribuidas, salvo docencia e investigación.

e) Ejercicio de la Abogacía y de la Procuraduría y cualquier otro tipo de asesoramiento jurídico, sea o no retribuido.

f) Ejercicio de actividades mercantiles y de actividades de gestión empresarial (funciones de director, gerente, administrador, consejero, socio colectivo o cualquier otra que implique intervención directa, administrativa o económica en sociedades o empresas mercantiles, públicas o privadas, de cualquier género).

Un régimen especial de incompatibilidades tienen los Magistrados del Tribunal Supremo. El propio Tribunal Supremo, en STS de 31 de enero de 1999, afirma que «el régimen de incompatibilidades de la Carrera Judicial, con carácter general, responde a la finalidad sustancial de preservar su definitoria independencia, evitando el peligro de que puedan llegar a implicarse en actividades que generen intereses o apariencia de los mismos que ofrezcan a los ciudadanos la impresión de que aquella aparece comprometida o empañada». «Esta finalidad se ha buscado por el legislador que sea más ejemplarizante en el Tribunal Supremo que en el resto de la organización judicial, por ser a aquel al que, en su calidad de cúspide del Poder Judicial del Estado, le puede ser achacado por dicha opinión públi-

ca un estatuto no suficientemente protector de su independencia, al ser el más visible de los Tribunales y corresponderle las máximas responsabilidades judiciales».

De acuerdo con el carácter de magistratura de ejercicio contemplado en la LOPJ para esta categoría judicial (art. 404 bis), se establece su absoluta incompatibilidad para el desempeño de «cualesquiera otras actividades públicas o privadas», con las únicas excepciones que se señalan en el art. 348 bis LOPJ: Vocal del Consejo General del Poder Judicial, Magistrado del Tribunal Constitucional, Miembro de los Altos Tribunales de Justicia Internacionales, Fiscal General del Estado y Jefe del Servicio de Inspección del Consejo General del Poder Judicial. Fuera de estos casos, al desempeñar cualesquiera otras actividades públicas o privadas se pasará de la categoría de Magistrado del Tribunal Supremo a la de Magistrado.

Las que corresponden al Ministerio Fiscal están contenidas en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (art. 57), guardando gran identidad con las judiciales, aunque presentando los siguientes matices:

a) El ejercicio del cargo fiscal es incompatible con el ejercicio de la abogacía excepto cuando tenga por objeto asuntos personales del Fiscal, de su cónyuge o persona a quien se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, de los hijos sujetos a su patria potestad o de las personas sometidas a su tutela, con el ejercicio de la procuraduría, así como todo tipo de asesoramiento jurídico, sea o no retribuido. En cualquier caso la incompatibilidad con el ejercicio de la abogacía se extenderá en todo caso a la llevanza, directamente o mediante persona interpuesta, de aquellos asuntos en los que el Fiscal hubiese intervenido como tal, aun cuando haya pasado con posterioridad a la situación de excedencia. A este supuesto le será aplicable el régimen de responsabilidad disciplinaria previsto en el Estatuto General de la Abogacía para quienes ejerzan la profesión de abogado estando incursos en causa de incompatibilidad.

b) De otro lado, la incompatibilidad para el ejercicio directo o mediante persona interpuesta de toda actividad mercantil se exceptúa para la transformación y venta de productos obtenidos de los bienes propios, operaciones que podrán realizarse, pero sin tener establecimiento abierto al público.

Por su parte, la LOPJ (arts. 392 a 394 LOPJ), y análogamente, el EOMF (art. 58), también establecen otras incompatibilidades de carácter coyuntural, articuladas como prohibiciones de pertenencia a una misma Sala o Sección o Sala de Gobierno de Magistrados (o en su caso, de pertenencia a una misma Fiscalía de Fiscales) unidos por vínculo matrimonial, situación de hecho equivalente o parentesco dentro del segundo grado por consanguinidad o afinidad, o de ocupar determinados destinos, en los mismos casos anteriores, cuando los mismos impliquen una valoración de lo actuado previamente por el Magistrado incompatible. También se establecen otras prohibiciones de ocupar determinados destinos por razón de la relación de parentesco con el Ministerio Fiscal y personal de la Administración de Justicia, con Abogados y Procuradores, por razón de arraigo económico o por razón de anterior ejercicio profesional.

Una segunda característica del sistema establecido es la gran **rigidez de la regulación**. Al partirse de una regla general tan estricta, las excepciones son escasas y sometidas, a su vez, a la **necesidad de autorización** (art. 328 Reglamento de Carrera Judicial —RCJ—), de modo que, con las salvedades apuntadas para los miembros del Ministerio Fiscal, las únicas actividades legalmente compatibles con el ejercicio de la función jurisdiccional son las relativas a docencia o investigación jurídica, así como la producción y creación literaria, artística, científica y técnica, y las publicaciones derivadas de aquella, de conformidad con lo dispuesto en la legislación sobre incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

A su vez, el régimen de autorización es riguroso, y atiende al principio general de exclusividad antes citado, y a la finalidad del régimen de incompatibilidades, tendente a garantizar la independencia y la imparcialidad. Por esta razón, el RCJ, en sus arts. 329 y 330, establece las siguientes **reglas generales**:

a) Se denegará cualquier petición de compatibilidad de una actividad, tanto de carácter público como privado, cuando su ejercicio pueda impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de los deberes judiciales o comprometer la imparcialidad o independencia del Juez o Magistrado afectado.

b) El ejercicio de cualquier actividad compatible no afectará a los deberes de residencia y de asistencia al lugar de trabajo, ni justificará en modo alguno el retraso en el trámite o resolución de los asuntos, ni la negligencia o descuido en el desempeño de las obligaciones propias del cargo.

c) Sólo se autorizarán compatibilidades para actividades que deban desarrollarse a partir de la finalización de las horas de audiencia pública.

d) La autorización de compatibilidad de actividades públicas se entenderá condicionada a la aplicación de las limitaciones retributivas previstas en el art. 7.º de la Ley 53/1984, de 23 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas (art. 335 LOPJ).

Excepcionalmente, esta autorización podrá concederse, de acuerdo con el contenido del art. 339 RCJ para el ejercicio de actividades de asesoramiento en casos singulares que no correspondan a las funciones del personal adscrito a las respectivas Administraciones Públicas. Esta excepcionalidad, de acuerdo con el propio Reglamento, se entenderá que concurre cuando se asigne el encargo por medio de concurso público o cuando el desempeño de la actividad de que se trate requiera una especial cualificación que solo ostenten

personas afectadas por el ámbito de aplicación de la Ley 53/1984, de Incompatibilidades.

Residualmente, el RCJ (art. 343.1) se refiere a actividades que quedan exceptuadas del régimen de incompatibilidades. Tales son las referi-

das en el art. 19 Ley 53/1984. Siempre que concurren los requisitos establecidos en cada uno de los casos concretos que la ley establece, y salvo las excepciones que prevé, tales actividades podrán realizarse sin necesidad de autorización o reconocimiento de compatibilidad.

BIBLIOGRAFÍA

ANDRÉS IBÁÑEZ, P., «Movimiento asociativo judicial y papel de la Jurisdicción en el Estado Constitucional de Derecho», *www.poderjudicial.go.cr/dialogos/menu_documentos.htm*.

— «Sobre asociacionismo e independencia judicial», *Jueces para la Democracia, Información y debate*, núm. 25.

BELLOCH JULBE, J. A., «Notas sobre el asociacionismo judicial», *Revista del Poder Judicial*, núm. especial V: *Sistema judicial español: Poder Judicial, mandatos constitucionales y política judicial*.

CAVERO LATAILLADE, I., *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978*, tomo IX, Editorial Revista Española de Derecho Privado.

CLÉRIES NERÍN, N., «Compatibilidades de Jueces y Magistrados», *Jueces para la Democracia, Información y debate*, núm. 32.

DE ESTEBAN, J. y LÓPEZ GUERRA, L., *El régimen constitucional español*, Labor Universitaria, Barcelona.

FAIRÉN GUILLÉN, V., *Comentarios a la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985*, Editorial Revista Española de Derecho Privado.

FERNÁNDEZ FARRERES, G., «Las Asociaciones profesionales de Jueces y Magistrados», en *El Poder Judicial*, vol. II, Instituto de Estudios Fiscales.

MARÍN CASTÁN, F., «Funciones de las asociaciones de Jueces y Magistrados», *Revista del Poder Judicial*, núm. especial V: *Sistema judicial español: Poder Judicial, mandatos constitucionales y política judicial*.

MARTÍN MARTÍN, G. y MARTÍNEZ TRISTÁN, G. (Coords.), *Derecho Judicial. Estatuto de Jueces y Magistrados. Situaciones e incompatibilidades, Inspección de Tribunales*, Thomson-Aranzadi.

MAZA MARTÍN, J. M., «Asociaciones de Jueces y Magistrados», *Revista del Poder Judicial*, núm. especial V: *Sistema judicial español: Poder Judicial, mandatos constitucionales y política judicial*.

REQUERO IBÁÑEZ, J. L., «La legislación de incompatibilidades en la jurisprudencia», *La Ley*, tomo 2, 1989.

SANZ LORENTE, F., «La libertad sindical de Jueces, Magistrados y Fiscales», *Revista de Derecho Público*, núm. 35.

VIAGAS AFONSO, O., «El papel del asociacionismo y del sindicalismo judicial en el día de hoy y las transformaciones de la sociedad», *Jueces para la Democracia, Información y debate*, núm. 37.

TÍTULO SÉPTIMO

ECONOMÍA Y HACIENDA [ARTS. 128 A 136]

ECONOMÍA Y HACIENDA

ÁLVARO RODRÍGUEZ BEREJO

PRESIDENTE EMÉRITO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
CATEDRÁTICO EMÉRITO DE LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

Bajo esta rúbrica, ubicada en la parte orgánica de la Constitución, se contienen los preceptos fundamentales que organizan los aspectos institucionales tanto del *sistema económico* (arts. 128 a 131 CE) como del *sistema fiscal o financiero* de la Nación (arts. 132 a 136 CE). Preceptos que han de complementarse con los ubicados en la parte dogmática de la Constitución, entre los «derechos y deberes de los ciudadanos», atinentes tanto al *sistema económico* como conjunto de normas e instituciones jurídicas que, garantizando los elementos definidores de un determinado orden económico, establecen un modelo o forma de funcionamiento de la actividad económica (arts. 33 y 38 CE: garantía del derecho a la propiedad privada, a la libertad de empresa y a la economía de mercado) como al *sistema financiero y tributario* (art. 31 CE: principios constitucionales del sistema tributario legalidad, generalidad, capacidad económica, igualdad y progresividad e interdicción del alcance confiscatorio y principios de justicia del gasto público).

Aunque es preciso advertir, a los efectos de la valoración constitucional, que lo decisivo no es lo que resulte de un determinado modelo preconcebido de sistema económico desde la ciencia de la Economía, sino las normas jurídicas que, desde la Constitución, se proyectan sobre el campo de la actividad económica.

Es cuestión discutida doctrinalmente la pretendida *neutralidad política* de la Constitución respecto de un determinado orden eco-

nómico; sugiriéndose, incluso, por algunos autores una supuesta indefinición al respecto de nuestra *Constitución económica*, en cuanto sus dos pilares básicos, el *derecho de propiedad* y la *libre empresa*, aparecen subordinados a la función social y al interés general respectivamente, lo que encomienda al Estado (que se configura como un Estado social de Derecho) un amplio margen para la intervención en la economía. Pero la *Constitución económica* que resulta de los preceptos (un tanto dispersos) de nuestro texto constitucional, no obstante su apertura y flexibilidad, no puede decirse exactamente *neutral* entre los modelos contrapuestos de intervencionismo y libertad de empresa, puesto que el *principio constitucional de Estado social y democrático de Derecho* (art. 1.1.º CE), en conexión con otros preceptos de la Constitución, vincula en un sentido social el orden económico. Y, de otra parte, la garantía constitucional del derecho a la propiedad privada y a la libertad de empresa excluye determinados modelos de intervención total del Estado en la economía.

Las *decisiones fundamentales* sobre el orden o sistema de la economía configuran, desde luego, un orden abierto a la pluralidad de opciones políticas que tienen cabida en la Constitución, pero que han de moverse dentro de los límites de la economía de mercado (art. 38 CE) y dentro de las exigencias (límites) derivadas de la cláusula de Estado social y democrático de Derecho en tanto principio constitucional (art. 1.1.º CE).

Ha de subrayarse el efecto que para nuestra *Constitución económica* se deriva de la integración de España en el orden económico de la Unión Europea y la Unión monetaria, cuyas normas, son vinculantes y tienen efecto directo y prevalente sobre las propias del Estado (libertad de circulación de personas, bienes y capitales entre los Estados miembros; libertad de establecimiento; libertad de prestación de servicios; exclusión de monopolios; prohibición de discriminación por razón de nacionalidad y de ayudas de Estado; estabilidad presupuestaria y prohibición de endeudamiento y déficit excesivos). Normas que, si bien tienen cabida en nuestra Constitución, reducen sustancialmente la iniciativa pública económica y hacen poco más que ilusorias algunas previsiones constitucionales como la posibilidad de reserva al sector público de recursos y servicios esenciales del art. 128.2 CE. En muchos de estos ámbitos la Constitución económica europea ha desplazado a nuestro marco constitucional económico y financiero.

La política monetaria que es, junto con la política fiscal, el instrumento fundamental de intervención en la economía es hoy, con la creación de la Unión Monetaria en el seno de la Unión Europea, una responsabilidad exclusiva del Banco Central Europeo. Y la política fiscal, armonizada en el ámbito tributario de manera limitada pero significativa (IVA, Impuesto sobre Sociedades por mor de las libertades económicas que garantizan el mercado único), ha cedido buena parte de sus políticas a las autoridades comunitarias mediante normas de estabilidad y coordinación presupuestaria dentro del marco del Pacto de Estabilidad y Crecimiento para limitar el déficit y el endeudamiento público excesivos. Cesiones de soberanía que afectan profundamente al sistema económico y financiero de la Constitución y reducen la capacidad de articular políticas nacionales propias (monetización de la deuda pública, devaluación de la moneda) para afrontar la crisis económica.

El conjunto de normas, tanto de Derecho europeo originario como derivado, mediante las

cuales se ha instrumentado en la Unión Europea el Pacto de Estabilidad y Crecimiento y lo que ha dado en llamarse «la gobernanza económica de la Unión», han incidido profundamente en nuestra Constitución, originando una verdadera *mutación constitucional* en aspectos sustanciales de nuestra *Constitución económica y financiera*, desplazando el centro de gravedad de las decisiones financieras y presupuestarias a las instituciones y órganos de la Unión Europea.

Por otra parte, la *Constitución fiscal* es una pieza de primordial relevancia en la arquitectura constitucional, pues los fines del Estado social de Derecho se realizan, en gran medida, mediante la actividad financiera del Estado y requieren una cierta predisposición de su Hacienda. El *Estado social* es hoy, preponderantemente, un *Estado fiscal*.

Toda la organización de la Hacienda y el proceso de aplicación de los tributos encuentra su raíz y su justificación en el *deber general de contribuir* al sostenimiento de los gastos públicos que la Constitución impone a todos en el art. 31: *1. Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica, mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad sin que en ningún caso pueda producir un resultado confiscatorio. 2. El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía. 3. Solo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la ley.*

En este precepto (un bloque normativo) se condensan los principios, tanto formales como materiales, de la imposición en orden a un justo reparto de la carga tributaria; y solo a partir de él puede entenderse cabalmente la singular posición en que la Constitución sitúa al Estado y demás entes públicos, como titulares del poder financiero, y a los ciudadanos, en tanto sujetos de ese deber constitu-

cional. Principios formulados de tal manera —y la mención del principio de *justicia en la asignación del gasto público* (art. 31.2 CE) que constitucionaliza la conexión jurídica entre ingresos y gastos públicos, es bien expresiva de ello— que encuentran su referente lógico, ante todo, en la *cláusula del «Estado social y democrático de Derecho»* del art. 1.1.º CE y en la exigencia del art. 9.2 CE de que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sea real y efectiva, imponiendo a los poderes públicos el deber de promover las condiciones y remover los obstáculos que dificulten o impidan su plenitud. Obstáculos cuya remoción requiere casi siempre utilizar el instrumento fiscal o comprometer recursos financieros. Únicamente un examen conjunto de los ingresos y de los gastos públicos puede darnos la orientación político-social a que responde el ordenamiento jurídico-financiero definido en la Constitución.

Los preceptos referidos a la función de la Hacienda pública han de ponerse en conexión con aquellos otros que son su corolario, singularmente *los principios rectores de la política social y económica* del Capítulo III del Título I (arts. 39 a 52 CE) y la función asignada constitucionalmente a los poderes públicos de promover el progreso social y económico y la redistribución más equitativa de la renta y de la riqueza (art. 40.1 CE). Preceptos que contienen *normas de principio* (V. CRISAFULLI), esto es, determinaciones de los fines del Estado, lo que les otorga una innegable eficacia legitimadora y, en tanto principios inspiradores del orden social y económico, efecto jurídico vinculante, puesto que «informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos», a tenor del art. 53 párr. 3.º de la Constitución. Por lo que es posible articular a partir de ellos, con la mediación del legislador, auténticos derechos subjetivos ejercitables por los ciudadanos.

Los principios-derechos del Capítulo III de la Constitución, aunque carecen de eficacia posi-

tiva directa, pues requieren la mediación del legislador para ser exigibles, sin embargo tienen una enorme fuerza o eficacia negativa —como *límite* a la disponibilidad del poder legislativo en su necesaria mediación para el desarrollo de estos derechos sociales— en cuanto proscriben los actos de los poderes públicos que manifiestamente los desconozcan o persigan objetivos contrarios o incompatibles con los valores que aquellos significan, pudiendo sustentar por ello una demanda de inconstitucionalidad. Sin olvidar su indiscutible valor interpretativo, vinculante para todos los jueces y Tribunales a tenor del art. 53.3 CE, «que impide considerar a tales principios como normas sin contenido y que obliga a tenerlos presentes en la interpretación tanto de las restantes normas constitucionales como de las leyes» (STC 19/1982, FJ 6.º).

Esta formulación se complementa en la parte orgánica de la Constitución y dentro del Título VII, relativo a la «Economía y Hacienda», en el art. 133 CE, que regula la organización y distribución territorial del poder tributario y en el art. 134.7 CE, que limita el papel de la Ley de Presupuestos como vehículo de reformas tributarias; y, como cierre, en el art. 87.3 CE, que excluye la iniciativa popular «en materia de leyes tributarias», como garantía de la unidad financiera —que se proyecta, en el aspecto territorial, en el art. 139 CE— y de la supremacía de la representación política parlamentaria.

De los preceptos de nuestra *Constitución fiscal* se desprende una configuración de la Hacienda Pública como un instrumento de redistribución de la renta y de la riqueza, en la medida en que los poderes públicos, a través de los programas de ingresos y de gastos públicos, aparecen comprometidos en la consecución de un orden social más igualitario y más justo. Y esto no puede lograrse, dentro de la economía de mercado que nuestra Constitución impone, sin la intervención decisiva de la Hacienda pública. Porque hoy la igualdad y la justicia reales y efectivas exigen tomar en consideración no solo el modo en que

se reparte la carga tributaria, es decir, la justicia del sistema fiscal, sino también el destino del gasto público.

Ello implica que entre los impuestos y los gastos públicos ha de existir una íntima conexión, en el sentido de que la asignación del gasto público debe ser coherente con los fines del Estado señalados en la Constitución. Es precisamente esta interconexión o interdependencia lo que confiere al Derecho financiero y tributario su carácter de *Derecho redistributivo*. Solo de esta manera, a través de una función redistributiva de la Hacienda Pública que funcione de manera desigual en sus dos brazos, en el brazo de los tributos y en el brazo del gasto público, podrá alcanzarse la exigencia constitucional de un orden social más igualitario y más justo. Porque en las sociedades de nuestro tiempo, como decía R. H. TAWNEY, el privilegio no es ya el resultado de derechos legales desiguales de ciertos estamentos, sino la consecuencia de poderes económicos desiguales resultantes del ejercicio de iguales derechos.

El control del uso o empleo que se da al dinero de los contribuyentes es una tarea crucial en el Estado social y democrático de Derecho. El despilfarro o la mala asignación de los recursos públicos, siempre escasos y susceptibles de empleos alternativos, compromete el cumplimiento de sus fines; lo que demanda una gestión responsable de los mismos. Todos los preceptos atinentes al gasto público de la *Constitución fiscal*, singularmente los del Título VII de la Constitución, están enderezados a esta finalidad de control.

Si el fin que justifica los impuestos es la contribución de todos al sostenimiento de los gastos públicos, la legitimidad de la función distributiva del impuesto exige, por propia lógica, atender no únicamente al reparto igual de la carga tributaria, sino también y de manera principal a la distribución del gasto público mediante los Presupuestos tanto del Estado como de las Administraciones territoriales y al control cuidadoso sobre cada uno

de los actos de autorización de disposición de los fondos públicos que en ellos se consignan.

El dinero, como medio de pago, tiene siempre, ya de por sí, un lado abstracto, casi metafísico. Ese grado de abstracción se acrecienta cuando se trata del dinero que afluye a las arcas del Tesoro público. El dinero de los impuestos que pagan los ciudadanos parece revestirse de un grado mayor de abstracción al afluir a la caja del Estado, «puesto que llega allí formando una masa líquida en estado de pura disponibilidad polivalente que lo convierte a la vez en dinero de nadie y de cualquiera; un medio ideal de subvención, privilegio y soborno de la clientela de partido (el *dinero sin atributos*)», para decirlo con las palabras del filósofo alemán P. SLOTERDIJK. No en vano una Ministra del Gobierno de España, hace unos años, ha llegado a decir sin sonrojo que *nosotros manejamos dinero público y el dinero público no es de nadie*. Ese fenómeno acaso explique el más bien escaso interés que, en general, ha despertado siempre en nuestros ciudadanos el empleo que se da al dinero público y al uso que se hace de los bienes y servicios que con él se financian.

La Constitución dedica al gasto público cuatro preceptos: el primero, el **art. 31.2**, ubicado en la parte dogmática, entre los «derechos y deberes de los ciudadanos» de la Sección 2.^a del Capítulo II del Título I, de los Derechos y Deberes Fundamentales, y los tres restantes, **arts. 134, 135 y 136**, en la parte orgánica en el Título VII, dedicado a la «Economía y Hacienda».

El **art. 31.2 CE**, tras proclamar en el párr. 1.^o los principios constitucionales de justicia tributaria, enuncia en el párr. 2.^o los principios constitucionales del gasto público en una de las innovaciones más interesantes de nuestra Constitución, sin parangón en el Derecho constitucional de nuestro entorno europeo. El precepto contiene dos determinaciones distintas en orden al gasto público: de una parte, *el gasto público realizará una asignación equitativa del gasto público*; un manda-

to de justicia en la asignación del gasto público en conexión con el art. 9.2 CE (la promoción de la igualdad real y efectiva) y, sobre todo, con los derechos económicos y sociales del Capítulo III del Título I dentro de una concepción redistributiva de la Hacienda pública acorde con los fines constitucionales del Estado social y democrático de Derecho.

De otra parte, el precepto proclama los principios económico-financieros de buena gestión del gasto público al establecer que *su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía*. Una proyección de racionalidad práctica, correctiva de la programación irresponsable del gasto público a que podría conducir una simple aplicación mecánica y activista del principio de asignación equitativa en razón exclusivamente a los objetivos igualitarios constitucionalmente implícitos en el mismo. Asignación equitativa que se ve, así, ceñida dentro de los límites no solo de lo financieramente posible, sino también de lo económicamente viable. Se matizan, pues, los postulados de la justicia según los criterios de la economía. Una medida de contrapeso y de equilibrio entre ambas exigencias o mandatos constitucionales.

El riesgo, o más bien el desafío, del precepto del art. 31.2 CE es determinar *hasta dónde* alcanza la fuerza vinculante del Derecho que emana de la Constitución frente a la cruda realidad de la «naturaleza de las cosas» y los límites del Estado social proclamado en el art. 1.º CE. Son evidentes las dificultades, tanto conceptuales como prácticas, con que tropieza la aplicación —y su control por los Tribunales de Justicia, singularmente por el Tribunal Constitucional— de unos principios materiales de justicia en el gasto público tan abiertos e indeterminados y ligados inescindiblemente a la acción política, fijando su contenido constitucional preciso (la *concreta medida económica* en que el legislador decide en cada caso realizar los derechos sociales y económicos). Por su difícil justiciabilidad será ardua tarea que el art. 31.2 CE pueda alzarse como una norma jurídica eficaz de con-

trol del poder financiero del Estado, con el riesgo de verse relegado a lo que podría denominarse, en expresión de E. DÍAZ, «el horizonte utópico de la Constitución fiscal» o, en frase del constitucionalista germano H. J. PAPIER, la «fábrica de los sueños del Derecho público».

El **art. 134 CE** regula el Presupuesto del Estado como institución jurídico-política básica en la ordenación jurídica del gasto público. La Constitución regula detenidamente todo el procedimiento presupuestario, distribuyendo equilibradamente el poder financiero entre el Gobierno y el Parlamento a lo largo de las diferentes fases del ciclo presupuestario: elaboración, aprobación, ejecución y control de la ejecución. Constituye así uno de los instrumentos del *equilibrio constitucional*, cuya correcta utilización asegura la conservación del sistema democrático.

Sin embargo, a pesar del creciente protagonismo del gasto público en el Estado social, asistimos hoy, paradójicamente, a una pérdida de importancia política del Presupuesto y del debate parlamentario de su aprobación. La discusión anual sobre los Presupuestos Generales del Estado es, de hecho, poco más que un ritual solemne. Aun en momentos de crisis económica y fiscal como los presentes, en que el Presupuesto es centro de las preocupaciones por el gobierno de los asuntos públicos, el debate parlamentario sobre su aprobación ha dejado de ser la gran ocasión solemne para poner en cuestión la política general del Gobierno. Basta simplemente una ley de cierta trascendencia, un hecho internacional o un acontecimiento interno para que la cuestión de la orientación de la política general del Gobierno (y acaso la moción de censura) se planteen con toda su fuerza.

La crisis del control parlamentario sobre el Presupuesto se pone de manifiesto en una serie de hechos expresivos de la creciente limitación de las prerrogativas en materia presupuestaria de un Parlamento que se limita a ratificar las decisiones previamente tomadas

por el poder ejecutivo: la «racionalización» del procedimiento parlamentario en el examen y votación de los Presupuestos, que tiende a limitar las posibilidades de intervención y de modificación del programa económico-financiero elaborado por el Gobierno: plazos preclusivos en la discusión presupuestaria, voto en bloque de partidas del Presupuesto, forzando al Parlamento a aprobar o rechazar globalmente, por grandes rúbricas de gastos, los créditos presupuestarios. Las limitaciones al derecho de enmienda o al de iniciativa parlamentaria a los Presupuestos elaborados por el Gobierno (art. 134.5 y 6 CE y art. 135.3 CE y arts. 133 a 135 Reglamento del Congreso de los Diputados y arts. 148 a 151 del Reglamento del Senado). El aumento de las competencias presupuestarias del Gobierno, especialmente la ampliación de la *potestad reglamentaria en materia presupuestaria* en las modificaciones de créditos presupuestarios, que si bien flexibilizan la rigidez de los principios clásicos del Presupuesto permiten al Gobierno una amplia libertad de acción en detrimento de la legalidad, especialidad y unidad presupuestarias, garantía constitucional frente a las extralimitaciones del Ejecutivo en el manejo del gasto público: créditos ampliables, anticipos de Tesorería, créditos permanentes e incorporaciones de remanentes de créditos, créditos plurianuales, transferencias y redistribuciones de créditos y créditos globales. El contenido consolidado de la mayor parte del Presupuesto, que convierte en una ficción el control parlamentario. La ley anual de Presupuestos es cada vez más *una consecuencia contable* de decisiones de gasto previamente tomadas por la Administración o por el propio Parlamento, al aprobar leyes que crean o generan compromisos de gasto público para uno o varios ejercicios (leyes de creación de organismos o de servicios públicos o de concesión de subvenciones a determinados sectores económicos...). Lo que hace de los Presupuestos que se someten al examen y aprobación del Parlamento un documento *extraordinariamente rígido* a su modificación y control. El margen sobre el que el Par-

lamento puede llegar a ejercer su limitada capacidad de modificación en el debate presupuestario no alcanza más allá de un 20 por 100 del volumen total de gasto y está constituido, generalmente, por gastos de inversión. Esta rigidez del Presupuesto alcanza incluso al propio Gobierno cuando elabora o prepara el proyecto de los Presupuestos, que no hace más que sumar o consolidar las cifras de gasto que resultan de compromisos ya contraídos previamente. Este fenómeno de la *consolidación de los gastos públicos* es, en gran medida, consecuencia de la ampliación de la financiación pública de un número creciente de necesidades y servicios sociales (ahora públicos) por las funciones asignadas constitucionalmente al Estado social y democrático de Derecho a fin de procurar a los ciudadanos un entorno vital que asegure las bases materiales para su realización como personas (la *Daseinvorsorge* de la dogmática alemana). Desde el punto de vista de la política presupuestaria, se traduce en un hecho: que la mayor parte de los créditos consignados en los Presupuestos son gastos necesarios o permanentes, indispensables para la continuidad de los servicios públicos que la sociedad demanda de modo exigente y que el Estado se ha comprometido, de un modo u otro, a prestar. De ahí la enconada resistencia social a su recorte en tiempos de crisis económica y fiscal, lo que acentúa la *politización* de los Presupuestos, convertidos en el centro del debate de las políticas y las luchas sociales.

La pregunta que cabe hacerse es ¿por qué el debate del Presupuesto, que históricamente ha constituido la más alta expresión de la soberanía del Parlamento y del control sobre el Gobierno, ha perdido importancia hasta convertirse en un debate ritual dirigido más hacia cuestiones políticas generales que pudieran atraer la atención de la opinión pública hacia tal o cual partido político o a exigencias clientelares de determinados grupos sociales que hacia un examen serio y riguroso de las grandes decisiones de gasto y su coherencia con la ordenación de la economía?

La preponderancia de la visión política del Presupuesto en la Constitución respecto de su instrumentalidad al servicio de la economía tiene un fiel reflejo en la casuística de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, centrada hasta ahora, primordialmente, en los aspectos competenciales y procedimentales de la ley de Presupuestos en su perspectiva constitucional como categoría dogmática dentro del sistema de fuentes: la naturaleza legislativa o no de la función de aprobación de los Presupuestos; las singularidades de la ley de Presupuestos frente a otro tipo de leyes y los límites a su contenido normativo constitucionalmente posible. Cabe prever que los cambios y transformaciones de la institución presupuestaria, tanto en el plano constitucional interno (la reforma constitucional del art. 135 CE de 2011 y su desarrollo por la LO de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera de 2012) como en el de la Unión Económica y Monetaria, habrán de reflejarse en el futuro en una «nueva» conflictividad jurisprudencial ante el Tribunal Constitucional, focalizada más en los aspectos económicos y financieros del Derecho presupuestario y su incidencia en el cuadro macroeconómico y en su vinculación a las normas del bloque de la constitucionalidad y al Derecho comunitario europeo.

El **art. 135 CE**, fruto de la reforma constitucional de 2011, consagra la regla de la estabilidad presupuestaria, estableciendo límites explícitos con relación al PIB, al déficit público (el 3%) y al endeudamiento público (el 60%) del Estado y de todas las Administraciones. Es un precepto que mira al control del gasto público en su origen, en su programación y presupuestación, estableciendo límites al aumento del gasto público deficitario, que ha de financiarse con endeudamiento público o con mayores o nuevos impuestos.

Hace años GARCÍA AÑOVEROS constataba la carencia en la Constitución de 1978 de toda idea de contención del gasto público como criterio básico de la ordenación de la economía. La Constitución española —escribía— «no se

preocupa tanto de los problemas económicos del Presupuesto como de las características que le impone su funcionalidad en la organización política; el Presupuesto es, ante todo, para la Constitución, una piedra de toque de la distribución del poder entre los órganos políticos». Y añadía «no hay, por tanto, en la Constitución, prevenciones contra el déficit y no se crean mecanismos constitucionales para controlarlo, no existe mandato alguno que le afecte. En realidad, la trascendencia económica del Presupuesto es cuestión de poder político y equilibrio entre poderes. No es, para la Constitución, de equilibrio económico».

La situación ha cambiado radicalmente con la reforma constitucional del art. 135 CE y el nuevo papel asignado a la institución presupuestaria en la corrección del déficit y del endeudamiento públicos dentro del marco del Derecho comunitario [Pacto de Estabilidad y Crecimiento de 1997 y sus normas de desarrollo (el llamado *Six Pack*) de 2011; Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (art. 126), de 2007; Protocolo 12 (art. 1.º) sobre procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo anejo al TFUE, de 2008; Tratado constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad, de 2012; Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria, de 2012], que ha supuesto una verdadera *mutación constitucional* de la función del Presupuesto del Estado prevista en el art. 134 CE. El *poder presupuestario* no es (o ya no es solo) un poder nacional de los Estados que integran la Unión Europea.

La reforma constitucional de 2011 constituye una cesión de soberanía que altera el equilibrio de la división de poderes entre el Parlamento y el Gobierno en materia presupuestaria (art. 134 CE) y limita, en favor de las autoridades europeas, su libertad de configuración en el ejercicio de sus competencias constitucionales en todas las fases del ciclo presupuestario de elaboración, aprobación y control de los Presupuestos Generales del Estado; pero a costa de una importante *muta-*

ción de nuestra Constitución en virtud de la cláusula del art. 93 CE operada por la integración en nuestro ordenamiento del conjunto de normas del Derecho comunitario, tanto originario como derivado, que regulan la denominada «gobernanza económica» en la Unión Europea. En efecto, muchas de las transferencias de soberanía o competencia en el orden económico-financiero a las instituciones de la Unión, como es, entre otras, esta del art. 134 CE, que afectan profundamente no solo a la posición de la Constitución como norma suprema del ordenamiento, sino también al orden constitucional de distribución de competencias dentro de la organización territorial del Estado, no se consignan expresamente en el texto constitucional sino que en virtud de las previsiones del art. 93 CE (una auténtica cláusula de integración tanto orgánico-procedimental como material), las normas del Derecho comunitario europeo se incorporan al ordenamiento interno con la primacía y el efecto directo que le es propio, desplazando a la norma constitucional. Una *mutación constitucional* que cabría encuadrar en lo que JELLINEK denominaba «las mutaciones constitucionales que se producen a través de reglas convencionales y en razón de un Derecho constitucional acomodaticio».

En este sentido, el tópico de nuestra jurisprudencia constitucional, repetido reiteradamente en numerosas sentencias del TC, de que «el orden constitucional de competencias no resulta alterado por la integración de España en la Unión Europea ni por la proclamación del Derecho comunitario europeo» debe tomarse *cum grano salis*, al menos en lo que se refiere a la materia presupuestaria y financiera.

El Derecho comunitario impone un *marco presupuestario plurianual* que se convierte en el eje en torno al cual se vertebra el proceso presupuestario interno de cada Estado miembro y en el que se fija el objetivo de déficit y de deuda. Se traslada, así, el centro político de las decisiones presupuestarias de los Parlamentos nacionales (el voto de la ley anual de Presupuestos como expresión de la

soberanía financiera depositada en los representantes del pueblo libremente elegidos) a las instituciones y órganos de la Unión Europea (singularmente, la Comisión Europea y el Consejo), que son los que fijan los objetivos presupuestarios a medio plazo, evalúan los programas presupuestarios nacionales de estabilidad y convergencia y verifican su cumplimiento en la elaboración del anteproyecto de Presupuestos nacionales. No puede hablarse ya, en su sentido estricto, de un ciclo presupuestario referente al Estado. El poder presupuestario ya no es un poder de los Estados miembros.

La normativa europea de estabilidad y coordinación de la política económica, en la medida en que apodera al Gobierno de la Nación y órganos centrales del Estado (Ministerio de Hacienda y Administraciones públicas, Consejo de Política Fiscal y Financiera, Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal...) para arbitrar los mecanismos de control (vigilancia, supervisión y disciplina) a fin de garantizar el cumplimiento de las exigencias derivadas del Pacto de Estabilidad y Crecimiento, ha determinado un *efecto centralizador* que ha afectado sensiblemente a la organización territorial, fuertemente descentralizada, de nuestro Estado autonómico. En cierto modo se ha producido una reestructuración, en un sentido recentralizador, del orden constitucional de distribución de competencias en materia presupuestaria y financiera entre el Estado y las Administraciones territoriales (Comunidades Autónomas y Entidades Locales) por encima y más allá de lo habría permitido el Título VIII de la Constitución (art. 149.1.13.^a y art. 149.1.14.^a CE) y los Estatutos de Autonomía. La lectura de la reciente **STC 215/2014** sobre la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera de 2012, de desarrollo del art. 135 CE, es bien elocuente a este respecto.

El **art. 136 CE** regula la institución del Tribunal de Cuentas como supremo órgano fiscalizador de la gestión económica del Estado, así como del sector público, en la función de

control externo y *a posteriori* del gasto público. Función que se desdobra en dos tareas fundamentales: de una parte, la *función de fiscalización* de la actividad económico-financiera del sector público (que se superpone a la que, dentro de su ámbito propio de competencias, desarrollan las Cámaras o Sindicaturas de Cuentas de las Comunidades Autónomas) a través de un control no solo de la legalidad sino también de la eficiencia y economía del gasto público, tal como exige el art. 31.2 CE. Y de otra parte, la *función de enjuiciamiento*, esta sí exclusiva y excluyente del Tribunal de Cuentas, para depurar la responsabilidad contable en que hayan podido incurrir quienes tienen a su cargo la gestión del gasto y el manejo de fondos públicos. Como órgano dependiente de las Cortes Generales ejerce, por delegación de ellas (su *longa manus*), el examen y fiscalización de la Cuenta General del Estado mediante la cual se produce la rendición de cuentas del Gobierno al Parlamento de la ejecución de los Presupuestos Generales del Estado.

La descentralización de la actividad financiera consiguiente a la descentralización política; el creciente «vaciamiento» de los Presupuestos Generales del Estado —convertidos cada vez más en una enorme caja de simple distribución global de fondos para la financiación de las Administraciones territoriales—; la dificultad para consolidar verdaderamente las cuentas de todas las Administraciones públicas; las reticencias e incluso resistencias políticas de las Comunidades Autónomas a los controles estatales y a todo programa de

trabajo basado en el interés general (el «interés general de España» a que se refiere la Constitución) no ha contribuido a fortalecer las funciones del Tribunal de Cuentas, pese a que, realmente, su papel es ahora, si cabe, todavía más importante tanto para el buen gobierno de un Estado autonómico fuertemente descentralizado (funcionalmente un Estado federal); descentralizado, eso sí, *asimétricamente* más en el lado del gasto que en el de los ingresos; así como para el control eficaz del cumplimiento de los compromisos económico-financieros derivados de nuestra pertenencia a la Unión Europea y Monetaria. Uno de los graves problemas del Estado autonómico es el desajuste o desequilibrio entre las competencias transferidas o asumidas por las Comunidades Autónomas en sus Estatutos (educación, sanidad, servicios sociales y asistenciales, sistema nacional de ayuda a la dependencia, que absorben alrededor del 90 por 100 del gasto total de sus Presupuestos) y los medios de financiación disponibles para su cobertura. En consecuencia, el gasto público de las Comunidades Autónomas ha crecido *más y a mayor velocidad* que el gasto del Estado y con escasa correspondencia con las oscilaciones del ciclo económico. Lo que ha estimulado que la demanda/necesidad de financiación por parte de las Comunidades Autónomas haya sido incesante. Constituyendo, así, uno de los factores determinantes del imparable aumento del déficit público y del endeudamiento del Estado y de la dificultad para su contención de acuerdo con los objetivos de estabilidad y crecimiento impuestos por la Unión Europea.

Artículo 128

1. Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general.

2. Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrán reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio, y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general.

Sumario: I. Antecedentes y génesis del precepto. II. La subordinación de la riqueza al interés general. III. La iniciativa pública en la economía. IV. La reserva de recursos y servicios esenciales. V. La intervención de empresas.

LUIS ORTEGA ÁLVAREZ

CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO
UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA

LUIS ARROYO JIMÉNEZ

PROFESOR TITULAR DE DERECHO ADMINISTRATIVO
CÁTEDRA JEAN MONNET DE DERECHO ADMINISTRATIVO EUROPEO Y GLOBAL
UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA

I. ANTECEDENTES Y GÉNESIS DEL PRECEPTO

El **antecedente** del art. 128 CE más próximo en nuestra historia constitucional es el art. 44 de la Constitución de la Segunda República, cuyo contenido era el siguiente: «Toda la riqueza del país, sea quien fuere su dueño, está subordinada a los intereses de la economía nacional y afecta al sostenimiento de las cargas públicas, con arreglo a la Constitución y a las Leyes. La propiedad de toda clase de bienes podrá ser objeto de expropiación forzosa por causa de utilidad pública mediante adecuada indemnización. Con los mismos requisitos la propiedad podrá ser socializada. Los servicios públicos y las explotaciones que

afecten al interés común podrán ser nacionalizados en los casos en que la necesidad social así lo exija. El Estado podrá intervenir por Ley la explotación y coordinación de industrias y empresas cuando así lo exigieran la nacionalización de la producción y los intereses de la economía nacional. En ningún caso se impondrá la pena de confiscación de bienes».

Una parte del contenido de este precepto se incorporó al art. 118 del Anteproyecto de Constitución: «1. La economía y toda la riqueza del país en sus distintas formas, y sea cual fuere su titularidad está subordinada a los intereses generales, y podrá ser objeto, en su caso, de expropiación forzosa con arreglo a la Constitución y a las leyes. 2. Los poderes públicos

podrán intervenir conforme a la ley en la dirección, coordinación y explotación de las empresas cuando así lo exigieran los intereses generales. 3. La ley podrá reservar al sector público los servicios públicos esenciales, la explotación de fuentes de energía o las actividades que constituyan monopolio». Tras ser modificado sucesivamente en el Dictamen de la Ponencia (art. 120) y en la Comisión de Asuntos Constitucionales (art. 122), el precepto adquirió su actual redacción en el Proyecto aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados el 21 de julio de 1978 (entonces todavía art. 122).

II. LA SUBORDINACIÓN DE LA RIQUEZA AL INTERÉS GENERAL

El ap. 1.º del art. 128 CE establece que «[t]oda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad, está subordinada al interés general». El tenor literal del precepto excluye, por tanto, que la subordinación al interés general quede limitada a las titularidades públicas y no se aplique a las privadas. Sin embargo, el alcance y los términos de esa subordinación al interés general son diferentes según que la titularidad del bien o derecho sea pública o privada, porque esta previsión debe compatibilizarse con otras normas constitucionales que también afectan a la composición entre el interés general y las situaciones jurídicas subjetivas de carácter patrimonial, y, en especial, con los arts. 33 y 132 CE, de manera tal que su carácter público o privado va a determinar el modo en el que quedan sometidas a los intereses generales, o, más precisamente, a los intereses (generales o particulares) definidos como públicos. En primer lugar, respecto de las **titularidades públicas**, la subordinación que proclama el art. 128.1 CE ha de reputarse definitiva y, por lo tanto, directamente operativa *ex Constitutione*. En el caso de los bienes públicos de carácter demanial (art. 132 CE), debe recordarse que estos pertenecen a dicha categoría por estar afectos al uso general o al servicio público, nociones estas que son, con toda evidencia, manifestaciones concretas

del interés general al que se refiere el art. 128.1 CE (SSTC 227/1988, 149/2011, 233/2015). Los bienes públicos de carácter patrimonial no están afectos al servicio público, pero eso no significa que su gestión no deba estar vinculada a la satisfacción de intereses públicos. Y ello no solo porque así lo prevea el art. 8 de la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, sino también porque la entera actuación de la Administración pública, incluida la de gestión de su propio patrimonio, se encuentra constitucionalmente llamada al servicio objetivo de los intereses generales (art. 103.1 CE). La misma conclusión debe aplicarse a otros tipos de bienes públicos cuyo régimen se aproxime en mayor o menor medida a estas dos categorías básicas. Por lo tanto, el art. 128.1 CE exige directamente el sometimiento al interés general de todos los bienes públicos. El precepto comentado también permite, en fin, fundamentar constitucionalmente la atribución al Estado de los bienes abandonados (STC 204/2004).

En el caso de las **titularidades privadas** se plantea una relación dialéctica entre el derecho de propiedad y los intereses públicos que frecuentemente demandan su sacrificio, razón por la cual no puede concluirse que el art. 128.1 CE exija directamente y con carácter definitivo dicha subordinación. El precepto se limita aquí a permitir al legislador y a la Administración pública acordar la subordinación de la propiedad privada a los intereses públicos afectados por el ejercicio del derecho mediante el empleo de dos técnicas previstas en el art. 33 CE y conforme a ciertos límites establecidos por la propia Constitución. Por una parte, el art. 33.2 CE contempla la **delimitación del contenido normal de la propiedad privada** de acuerdo con la función social del tipo de bien o derecho de que se trate. Por supuesto, la delimitación normativa de la propiedad privada está sometida a límites, entre los que pueden señalarse los cuatro siguientes: la reserva de Ley, la existencia de un interés público constitucionalmente legítimo, la proporcionalidad de la delimitación y la garantía del contenido esencial

del derecho. El art. 128.1 CE debe interpretarse en relación con el segundo de los límites señalados. El precepto subraya con carácter general la licitud constitucional de la subordinación normativa de la propiedad privada al interés general, vinculado aquí a las exigencias que se derivan de la función social del tipo de bien o derecho de que se trate (cfr., entre otras muchas, SSTC 37/1987, 222/1992, 89/1994, 61/1997, 141/2014, 218/2015, 16/2018), así como de la propiedad de los factores de producción, cuya organización autónoma protege el art. 38 CE (cfr. SSTC 37/1981, 118/1996). Por otra parte, el art. 33.3 CE regula la **expropiación forzosa** de los bienes y derechos de titularidad privada, que, a diferencia de la delimitación del contenido normal de la propiedad, se concreta en una privación de carácter singular y da lugar por ello al nacimiento de una pretensión indemnizatoria en el patrimonio jurídico de quien la sufre. Pues bien, uno de los límites expresamente previstos en el art. 33.3 CE es, precisamente, la previa definición de la *causa expropriandi*, es decir, de la causa de utilidad pública o de interés social que legitima la expropiación y que opera como un presupuesto constitucional de la misma. El art. 128.1 CE debe interpretarse aquí, por tanto, en el sentido de que los intereses públicos (una causa de utilidad pública o de interés social) pueden legitimar la privación singular de bienes o derechos de titularidad privada a través de su expropiación forzosa. La interpretación sistemática del art. 128.1 en relación con el art. 33.3 CE plantea un problema específico, cual es el de los límites constitucionales de las expropiaciones con beneficiario privado, porque en ellas el portador del «interés social» es un sujeto de esta naturaleza. Del art. 128.1 CE se deriva, por tanto, que ha de existir una vinculación entre el interés particular del beneficiario y un interés público («interés social»), porque solo así se garantiza que la riqueza (de titularidad privada, por lo que aquí interesa) queda subordinada, en el supuesto de su expropiación forzosa, al interés general y no a intereses puramente privados de terceros (UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO). Y ello dejando a

salvo el margen de apreciación que en esta materia corresponde al legislador democrático [STS de 16 de julio de 1997 (Sala 3.ª, Sección 6.ª, ponente: J. A. Xiol Ríos)].

III. LA INICIATIVA PÚBLICA EN LA ECONOMÍA

El primer inciso del art. 128.2 CE, en virtud del cual «[s]e reconoce la iniciativa pública en la actividad económica», incorpora una clásica norma de creación de competencias. El precepto, resultado de una enmienda de adición presentada *in voce* por el Grupo Socialista del Congreso y aprobada en la Comisión de Asuntos Constitucionales (sesión de 9 de junio de 1978), diseña una potestad pública que responde a las siguientes **notas características**. En primer lugar, se trata de una potestad y no de un derecho o libertad, de lo cual se deriva que el precepto no puede interpretarse como el mecanismo de extensión de la aplicación de la libertad de empresa a los poderes públicos. Libertad de empresa (art. 38 CE) y potestad de iniciativa pública empresarial (art. 128.2 CE) son, pues, posiciones jurídicas estructuralmente diferentes: mientras que la primera se ejerce en el interés propio del titular del derecho, la segunda, en cuanto poder jurídico fiduciario, se ejerce en interés ajeno (art. 103.1 CE). En segundo lugar, el precepto permite la creación y el mantenimiento de empresas públicas, esto es, la actividad consistente en iniciar, desarrollar y abandonar actividades que, objetivamente consideradas, son susceptibles de aprovechamiento económico, y ello con independencia del ánimo subjetivo con el que se acometa la actividad en cuestión. En tercer lugar, la iniciativa pública económica puede ejercerse como un medio para la prestación de un servicio público, tanto uno reservado como otro abierto a la libre iniciativa privada, pero esa vinculación entre empresa pública y servicio público es contingente, toda vez que el precepto habilita igualmente la creación de empresas públicas que desarrollen actividades puramente empresariales en concurrencia

con el sector privado. En cuarto y último lugar, la potestad reconocida en este primer inciso del art. 128.2 CE corresponde a cualquier ente territorial, de modo que puede ser ejercida directamente y sin necesidad de interposición legislativa por el Estado, las Comunidades Autónomas y los entes locales territoriales (en estos mismos términos se pronuncia la STC 54/2017). Cuestión distinta, claro está, es que el legislador competente haya procedido a regular los términos en los que cada uno de esos entes puede hacer uso de dicha potestad, concretando su posible alcance y, en su caso, limitando o condicionando su ejercicio (cfr., por ejemplo, arts. 103 y ss. y 111 y ss. de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público; 166 y ss. de la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas; y 85 ter y 86 de la Ley 7/1985, reguladora de las Bases del Régimen Local; así, expresamente, STC 54/2017).

Una vez señaladas estas notas características, procede plantear el problema de los límites objetivos de la potestad de iniciativa pública económica. En primer lugar, debe quedar claro que la Constitución no somete la creación y el mantenimiento de empresas públicas al **principio de subsidiariedad** respecto de la iniciativa económica privada. A diferencia de lo que ocurría durante la dictadura del general Franco por influencia directa de la doctrina social de la iglesia católica (declaración XI 4 del Fuero del Trabajo), la admisibilidad de las empresas públicas no requiere hoy, por tanto, la ausencia de iniciativa privada en el mercado sobre el que se proyecta la intervención. Esta afirmación se fundamenta, sobre todo, en una interpretación genética del precepto comentado, ya que durante su tramitación en el Senado se presentó y rechazó expresamente una enmienda de modificación del entonces art. 122.2 del Proyecto (enmienda núm. 378 del Grupo Independiente), dirigida precisamente a incorporar de forma expresa el principio de subsidiariedad de la iniciativa pública económica. Así, puede concluirse que la voluntad del legislador constitucional fue no limitar la posibilidad de crear y

explotar empresas públicas a los supuestos de ausencia de iniciativa empresarial privada (FERNÁNDEZ, MARTÍN-RETORTILLO, DE LA QUADRA-SALCEDO, FERNÁNDEZ FARRERES; en contra, sin embargo, ARIÑO ORTIZ, MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, MUÑOZ MACHADO, 1998).

Con todo, la ausencia del principio de subsidiariedad en la disciplina constitucional de las empresas públicas no excluye, ni la posibilidad de que tal principio sea impuesto por el legislador infraconstitucional (así ocurre, por ejemplo, en el Derecho local alemán), ni que del propio régimen constitucional se deriven otros presupuestos materiales de carácter objetivo que limitan el ejercicio de esta potestad pública. Efectivamente, que no rija el principio de subsidiariedad no significa que los poderes públicos puedan crear empresas en relación con cualquier actividad o para satisfacer cualquier finalidad. Por un lado, el ejercicio de la iniciativa pública en la economía precisa que el ente territorial correspondiente ostente **competencias** sobre el ámbito material de que se trate. Esta doctrina parece aceptarse con carácter general por la jurisprudencia ordinaria en el caso de las entidades locales [STS de 17 de junio de 1998 (Sala 3.ª, Sección 4.ª, ponente: Rodolfo Soto Vázquez)], pero el Tribunal Constitucional se ha separado de ella respecto de la iniciativa empresarial del Estado (STC 52/1994). Por otro lado, de una interpretación sistemática del art. 128.2 en relación con el art. 103.1 CE se deriva, en particular, que la actividad administrativa de gestión empresarial ha de estar dirigida a la eficaz satisfacción de **intereses públicos** (STC 54/2017). Un mandato que no solo vincula a la Administración a la hora de crear y explotar empresas públicas, sino también al legislador en la medida en que dichas empresas sean creadas mediante Ley (cfr. arts. 111 y ss. de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, para el caso de las entidades públicas empresariales). Sin embargo, la exigencia de un interés público no puede, como es obvio, confundirse con el principio de subsidiariedad, del que se deriva un condicionante mucho

más exigente, como es la ausencia de iniciativa privada (DE LA QUADRA-SALCEDO). Salvando el convencionalismo de las clasificaciones, los intereses públicos a los que puede responder una concreta iniciativa pública empresarial pueden sistematizarse en tres categorías. En primer lugar, la iniciativa pública puede emplearse como instrumento de política económica sectorial, ya sea para mejorar la eficiencia en la asignación de los recursos en determinados mercados (por ejemplo, de bienes públicos) o para corregir o evitar problemas de inestabilidad del crecimiento (en los precios, en el empleo, en el comercio exterior). En segundo término, las empresas públicas pueden ser utilizadas como instrumentos de política social, en la medida en que se consideren adecuadas para lograr una distribución de los recursos más equitativa, ya sea mediante la prestación de servicios públicos o el desarrollo de actividades de promoción económica territorial. Finalmente, la doctrina mayoritaria considera que el art. 128.2 CE, interpretado sistemáticamente en relación con el art. 103.1 CE, no permitiría la creación o el mantenimiento de empresas públicas con una finalidad puramente fiscal o de obtención de ingresos públicos (DE LA QUADRA-SALCEDO, ORTEGA BERNARDO). Sin embargo, lo que prohíbe el art. 103.1 CE y, por conexión, el art. 128.2 CE, es que las empresas públicas se empleen para satisfacer intereses privados, y difícilmente puede negarse que la obtención de ingresos económicos por parte de los entes públicos constituye un interés público genuino, a cuya eficaz tutela sirven, por cierto, numerosas potestades públicas. Quiere decirse con ello que, dejando a salvo la valoración política que pueda merecer en cada caso, no parece que existan razones constitucionales que excluyan por principio la creación o el mantenimiento de empresas públicas con la finalidad de obtener ingresos para los presupuestos públicos, una práctica, por lo demás, nada infrecuente en nuestra experiencia histórica.

Junto al de servir a los intereses públicos, la iniciativa pública en la economía está sometida a otro presupuesto material que limita su

ejercicio: su desarrollo debe quedar sujeto a las mismas reglas aplicables a las empresas privadas con las que concurre. Esta exigencia no está expresamente prevista en el art. 128 CE, pero, si alguna dificultad existía para adscribirla a algún otro precepto constitucional (art. 38 CE), el problema se ha diluido gracias al Derecho de la Unión Europea, del que se derivan dos criterios fundamentales en esta materia: el **principio de neutralidad** del Derecho europeo respecto de la propiedad pública de las empresas y el **principio de igualdad de trato** entre empresas públicas y privadas (MUÑOZ MACHADO, 1998 y 2009). Sin embargo, las dificultades que plantea la aplicación del principio de igualdad de trato se ponen de manifiesto en el momento en que se toma en consideración la heterogeneidad de los fines y justificaciones de las empresas públicas, así como la evidencia de que su razón de ser no siempre permite su equiparación con las empresas privadas. Este principio conduce, por tanto, a la aplicación del mismo régimen jurídico a realidades que no siempre son comparables (DE LA QUADRA-SALCEDO). La reciente evolución del Derecho europeo parece arrojar algo de luz acerca de los términos en los que se aplica el principio de igualdad. Por un lado, en la medida en que los poderes públicos nacionales acometan actividades de gestión puramente empresarial en mercados abiertos a la libre iniciativa privada y en concurrencia con ella, las correspondientes empresas públicas quedarán sometidas al mismo régimen jurídico que los sujetos privados: de una parte, no podrán realizar pactos colusorios ni explotar abusivamente su posición de dominio, y, de otra, las Administraciones de las que dependen deberán comportarse con ellas de acuerdo con el criterio del inversor privado en una economía de mercado. Por otro lado, sin embargo, en la medida en que la empresa pública en cuestión tenga encomendada la prestación de un servicio público, se admite condicionadamente que la Administración titular otorgue a dicha empresa un tratamiento exorbitante (reconocimiento de derechos exclusivos, financiación pública del déficit derivado del cumplimiento de obliga-

ciones de servicio público, etc.). La distinción entre actividad empresarial y servicio público se revela, por tanto, fundamental a la hora de distinguir el régimen jurídico básico al que están sometidas las empresas públicas.

Finalmente, resta señalar que la creación o el mantenimiento de empresas públicas en concurrencia con el sector privado, aisladamente considerados, no suponen una restricción de la libertad de empresa, ya que esas decisiones, en sí mismas consideradas, no reducen el espacio de autonomía jurídicamente reconocido al empresario privado. Y ello sin perjuicio de que la gestión de empresas públicas sí pueda afectar negativamente a los derechos e intereses patrimoniales legítimos de sus competidores privados, activando, en su caso, la responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Dicho en otros términos: tener que competir con empresas públicas no afecta tanto a la **libertad de empresa** (art. 38 CE) cuanto, eventualmente, al **derecho de propiedad** (arts. 33 y 106.2 CE).

IV. LA RESERVA DE RECURSOS Y SERVICIOS ESENCIALES

El segundo inciso del art. 128.2 CE reconoce dos potestades públicas diferentes y ahora procede detenerse en la primera: «Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio [...] cuando así lo exigiere el interés general». En relación con la reserva de recursos y servicios conviene referirse primero a su significado y alcance para pasar posteriormente a analizar sus límites jurídicos. La reserva o *publicatio* supone la asunción por parte de los poderes públicos territoriales de la titularidad de una categoría genérica de bienes o actividades. Los «**recursos**» a los que se refiere el precepto no son solo los «recursos naturales» a los que aluden otros preceptos constitucionales (en este sentido, sin embargo, GIMENO FELIÚ, MARTÍN-RETTORTILLO), sino cualquier género de bienes o derechos que cumplan los requisitos exigidos

por el precepto (MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, DE LA QUADRA-SALCEDO). A su vez, por «**servicios**» debe entenderse cualquier actividad prestacional en sentido amplio (STC 73/2014), si bien generalmente se considera que el concepto no cubre las actividades que implican el ejercicio de autoridad, esto es, las funciones públicas (MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ), y ello por más que alguna admita ser desarrollada por la iniciativa privada.

La reserva de recursos y servicios tiene a su vez dos rasgos comunes, referidos a su objeto y efectos. De una parte, la *publicatio* tiene en todo caso un **carácter genérico** o abstracto, en el sentido de que no se proyecta sobre titularidades concretas, sino sobre toda una categoría de bienes o derechos o sobre todo un sector de actividad. Aquí reside la diferencia esencial entre la reserva de bloques o tipos abstractos de recursos o servicios y la expropiación forzosa. Aunque la reserva puede requerir la expropiación forzosa, no constituye por sí misma una privación singular, sino la delimitación del contenido de ciertos derechos y libertades (MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ). De otra parte, la reserva supone que la titularidad jurídica de los recursos o servicios sobre los que se proyecta es asumida con **carácter exclusivo** por el ente territorial correspondiente. Las actividades y los bienes reservados pasan a ser de titularidad pública y quedan sustraídos del posible ámbito de ejercicio de los derechos y libertades constitucionales que pudieran ejercerse sobre ellos en ausencia de *publicatio*: libertad de empresa, derecho de propiedad, derecho general de libertad, etc. En palabras de MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, «los particulares podrán adquirir derechos y ejercer actividades gestoras en los ámbitos publicados, pero ya no se sustentarán directamente en sus libertades constitucionales ni serán expresión inmediata de estas». En el caso de los recursos la reserva supone su configuración como **bienes públicos**. Aunque lo más frecuente será que la reserva determine simultáneamente la demanialización del recurso, ello no se deriva necesariamente del art. 128.2 CE: una interpretación sistemática del art. 128.2

en relación con el art. 132 CE permite concluir que la reserva puede no suponer la adscripción de esos recursos a la categoría de los bienes demaniales (DE LA QUADRA-SALCEDO; en contra MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ). En el caso de los servicios el carácter exclusivo de la reserva supone que la *publicatio* determina la expulsión del sector de actividad reservado del posible ámbito de ejercicio del derecho a la **libertad de empresa** y su consiguiente configuración como un servicio público reservado. Los particulares solo podrán acometer la actividad reservada en caso de que se opte por gestionar el servicio indirectamente, y además no lo harán en ejercicio de libertades propias, sino en el de titularidades ajenas cuyo ejercicio les habrá sido delegado a través de la oportuna concesión administrativa (ARROYO JIMÉNEZ, DE LA QUADRA-SALCEDO). La STC 31/1994 parece apuntar en sentido opuesto al concluir que la Constitución no impide la configuración de la televisión como un servicio público reservado, pero sí que el Estado no establezca, regule y haga efectivo un sistema de gestión indirecta para que los particulares puedan acometer la actividad mediante la obtención de las concesiones administrativas correspondientes (STC 73/2014). Sin embargo, el alcance de este pronunciamiento debe entenderse limitado a ese concreto y peculiar sector de actividad, en el que, junto a la libertad de empresa, también están presentes otros derechos constitucionales (art. 20.1 CE), puesto que, en caso contrario, la generalización de esa doctrina conduciría a la interdicción constitucional de la gestión directa de cualquier servicio público reservado que se proyectara sobre una actividad susceptible de aprovechamiento económico.

Respecto de los presupuestos constitucionales que limitan el ejercicio de la potestad de reserva, el primero es el requisito de que esta venga exigida por el **interés general**. Su previsión expresa trae causa de la especial intensidad de los efectos de la reserva, sin perjuicio de que su aplicación se derive ya del art. 103.1 CE y de la propia naturaleza de la potestad: en cuanto supone la delimitación del

contenido de los derechos de propiedad o libre empresa, la reserva debe servir a un fin constitucionalmente aceptable, satisfacer el principio de proporcionalidad y respetar el contenido esencial de esos derechos. La referencia al interés general debe interpretarse en el sentido del primero de estos límites. En segundo lugar, la reserva ha de respetar el principio de proporcionalidad, esto es, debe ser adecuada, necesaria y proporcionada en sentido estricto. La exigencia relativa al **carácter esencial** del recurso o servicio debe entenderse, precisamente, como una especificación normativa de la llamada ley de la ponderación, en virtud de la cual cuanto mayor sea la restricción del principio desplazado (arts. 33 y 38 CE) mayores deberán ser las exigencias que se deriven del principio prevalente (el interés general que justifique la reserva). La reserva tiene consecuencias tan intensas que el propio art. 128.2 CE precisa que solo podrá acordarse en el caso de recursos o servicios esenciales. Pues bien, son esenciales aquellos bienes o actividades de los «que se derivan prestaciones vitales o necesarias para la vida de la comunidad» (SSTC 26/1981, 206/1990, 127/1994 y 73/2014). No se trata tanto de bienes o actividades necesarios para la supervivencia individual de los ciudadanos, sino de los que resultan indispensables para el funcionamiento de los elementos básicos de la sociedad según la evolución de esta última (DE LA QUADRA-SALCEDO; subrayando la naturaleza evolutiva del carácter esencial del servicio, STC 73/2014). El art. 128.2 CE no exige que el sector de actividad reservada se encontrara previamente en **situación de monopolio**. La referencia a la posibilidad de reservar actividades económicas «especialmente en caso de monopolio» deja claro que no solo se podrá ejercer esa potestad si en el mercado en cuestión hay un único oferente, sin perjuicio de que, en tal caso, la argumentación de la decisión sea más sencilla. La referencia al monopolio diseña, por tanto, un supuesto cualificado de reserva que debe entenderse en un contexto de justificación de su adopción. En cuarto lugar, el art. 128.2 CE exige expresamente que la reserva

se realice «**mediante ley**», un requisito este que también se deriva de la naturaleza de la medida y que debe interpretarse, en sentido estricto, como alusivo a la necesidad de que la reserva se acuerde mediante Ley parlamentaria (estatal o autonómica), con la consiguiente exclusión del Decreto-ley. Es cierto que la STC 111/1983 admitió la posibilidad de expropiar e intervenir empresas mediante esta figura, afirmando expresamente la posibilidad de interpretar el inciso comentado en sentido amplio, pero no lo es menos que tal conclusión se justificó en el hecho de que la medida controvertida no constituía «una operación pública de sustracción al sector privado de bloques de recursos o servicios», esto es, se admitió el Decreto-ley en tanto la medida no suponía la reserva de una categoría genérica de bienes o actividades (GIMENO FELIÚ).

Por otro lado, un sector de la doctrina entiende que la potestad de reserva no puede ejercerse sobre aquellas actividades que impliquen el ejercicio de los **derechos y libertades** constitucionalmente reconocidos (MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ). En la medida en que la reserva supone la exclusión de los particulares de la titularidad del recurso o de la actividad, parece lógico que el ejercicio de derechos tales como la libre creación artística, la libertad de enseñanza o la libertad de expresión e información no pueda ser reservado al sector público, ya que en tal caso la reserva estaría suprimiendo, pura y simplemente, esos derechos y libertades. Sin embargo, baste recordar, a propósito del último derecho citado, que el TC ha avalado reiteradamente la constitucionalidad de la decisión de configurar la televisión como un servicio público reservado, aun admitiendo que las libertades del art. 20.1 CE protegen el derecho a la creación de los medios instrumentales necesarios para ejercerlas, entre los que se encuentra precisamente la televisión (SSTC 12/1982, 206/1990, 31/1994, 127/1994, 73/2014). Más aún, aplicada con rigor, la teoría comentada conduciría al absurdo de la inconstitucionalidad de la reserva de cualquier actividad económica, por implicar su desarrollo el ejerci-

cio de la libertad de empresa. Lo cual pone de manifiesto que esta doctrina debe interpretarse en sus justos términos: será inconstitucional la reserva cuando el derecho o libertad constitucional no pueda ejercerse si no es mediante el uso del recurso o el desarrollo de la concreta actividad reservada (por ejemplo, la libertad de enseñanza), pero si existen otras posibilidades de ejercicio del derecho o libertad fuera del recurso o servicio reservado (por ejemplo, la gestión de los residuos urbanos respecto de la libertad de empresa), entonces la reserva deberá ser considerada como un supuesto de delimitación del contenido normal del derecho de que se trate, sin perjuicio de que deba cumplir los requisitos que se han expuesto (interés general, proporcionalidad, reserva de Ley, etc.).

Puede concluirse de todo lo anterior que la Constitución deja un amplio margen de configuración política al legislador democrático. La de establecer o suprimir la reserva de un recurso o servicio es, por tanto, una decisión esencialmente política y así lo ha declarado el TC en diversas ocasiones: «la configuración de la televisión como servicio público, aunque no sea una afirmación necesaria en nuestro ordenamiento jurídico-político, se encuentra dentro de los poderes del legislador» (STC 12/1982); «la calificación de servicio público es constitucionalmente legítima desde el momento en que el legislador la considera necesaria para garantizar —en términos de igualdad y efectividad— determinados derechos fundamentales de la colectividad» (STC 206/1990). Por el contrario, los límites derivados del Derecho comunitario son mucho más intensos, ya que la reserva supone el establecimiento de derechos especiales o exclusivos, y estos están prohibidos, conforme a la jurisprudencia comunitaria, si se dan las siguientes circunstancias: primera, que se proyecten sobre actividades económicas (y no sobre funciones públicas o sobre servicios públicos de carácter social o asistencial); segunda, que la reserva restrinja las libertades de circulación o implique necesariamente la explotación abusiva de una posición de domi-

nio; y tercera, que la reserva no sea necesaria y proporcionada para garantizar el cumplimiento de una misión de interés general que tuviera encomendada su titular (art. 106 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea). En definitiva, el conjunto de opciones de política económica que el art. 128.2 CE deja abiertas al juego del principio de pluralismo político es sensiblemente mayor que el margen de actuación permitido por el Derecho de la Unión Europea. De ahí que la doctrina haya concluido que la entrada de España en las Comunidades Europeas y su posterior evolución ha implicado, en este contexto, la aceptación por parte del Estado español de una determinación europea de opciones de política económica (DE LA QUADRA-SALCEDO), cuando no una verdadera mutación constitucional (MUÑOZ MACHADO, 1994).

V. LA INTERVENCIÓN DE EMPRESAS

La intervención de empresas tiene por objeto empresas privadas concretas (frente al carácter genérico de la reserva de recursos o actividades) y comprende todas aquellas medidas que, sin afectar a la titularidad de las mismas

(frente a la expropiación forzosa de las participaciones sociales), implican la publicación de su gestión, en grados e intensidades variables y mediante las técnicas más diversas, que van desde el ejercicio de poderes de veto respecto de ciertas decisiones, pasando por su sometimiento a la aprobación administrativa previa, hasta llegar a la destitución de los titulares de los órganos de la sociedad y la designación administrativa de nuevos gestores (GAMERO CASADO). En cuanto a sus presupuestos constitucionales, conviene destacar dos ideas: primero, que el propio art. 128.2 CE somete su ejercicio a dos límites que también se aplican a la reserva de recursos o servicios esenciales, como son la exigencia del interés general y la reserva de Ley, a los que basta con remitirse; y segundo, que la intervención supone una restricción no indemnizable del derecho de propiedad, de ahí que tanto su previsión normativa como el concreto ejercicio de la potestad deban satisfacer el principio de proporcionalidad. Precisamente por ello, la intervención de empresas es, por su propia naturaleza, una medida de carácter provisional que debe levantarse en el momento en que desaparezcan las causas que la justificaron (GIMENO FELIÚ).

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO UREBA, A., *La empresa pública. Aspectos jurídico-constitucionales y de Derecho económico*, Montecorvo, Madrid, 1993.

ARIÑO ORTIZ, G., *Economía y Estado*, Marcial Pons, Madrid, 1993.

ARROYO JIMÉNEZ, L., *Libre empresa y títulos habilitantes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004.

CHINCHILLA MARÍN, C., «El servicio público, ¿una amenaza o una garantía para los derechos fundamentales? Reflexiones sobre el caso de la televisión», en MARTÍN-RETORTILLO, S. (Coord.), *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, vol. II, Civitas, Madrid, 1991, págs. 943 y ss.

DE LA QUADRA-SALCEDO, T., «Comentarios al art. 128», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Edersa-Cortes Generales, Madrid, 1998, tomo X, págs. 45 y ss.

FERNÁNDEZ FARRERES, G., «Reflexiones sobre el principio de subsidiariedad y la Administración económica», en COSCULLUELA, L. (Coord.), *Estudios de Derecho público económico. Libro homenaje al Prof. Dr. S. Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003, págs. 164 y ss.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R., «Reflexiones sobre la empresa pública española», en VV. AA., *La empresa pública española*, IEF-Ministerio de Hacienda, Madrid, 1980, págs. 47 y ss.

GAMERO CASADO, E., *La intervención de empresas. Régimen jurídico-administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

GIMENO FELIÚ, J. M.^a, «Sistema económico y libertad de empresa *versus* reservas al sector público de actividades económicas», *Revista de Administración Pública*, núm. 135, 1994, págs. 149 y ss.

GÓMEZ-FERRER MORANT, R., «La reserva al sector público de recursos o actividades esenciales», en MARTÍN-RETORTILLO, S. (Coord.), *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, vol. V, Civitas, Madrid, 1991, págs. 3803 y ss.

MARTÍN-RETORTILLO, S., *Derecho administrativo económico*, vol. I, La Ley, Madrid, 1988.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., «La *publicatio* de recursos y servicios», en COSCULLUELA, L. (Coord.), *Estudios de Derecho público económico. Libro homenaje al Prof. Dr. S. Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003, págs. 687 y ss.

MUÑOZ MACHADO, S., *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*, Alianza, Madrid, 1994.

- Servicio público y mercado, I, Los fundamentos, Civitas, Madrid, 1998.
- «Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica», en Muñoz Machado, S. y Esteve Pardo, J. (Eds.), *Derecho de la regulación económica*, vol. I, Iustel, Madrid, 2009, págs. 15 y ss.

ORTEGA BERNARDO, J., «Competencias, servicios públicos y actividad económica de los municipios», *Revista de Administración Pública*, núm. 169, 2006, págs. 55 y ss.

ÚTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, D., *Expropiación forzosa y beneficiario privado. Una reconstrucción sistemática*, Marcial Pons, Madrid, 2015.

Artículo 129

1. La Ley establecerá las formas de participación de los interesados en la Seguridad Social y en la actividad de los organismos públicos cuya función afecte directamente a la calidad de la vida o al bienestar general.

2. Los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa y fomentarán, mediante una legislación adecuada, las sociedades cooperativas. También establecerán los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción.

Sumario general:

La participación de los interesados en la Seguridad Social y otros organismos, por **JESÚS R. MERCADER UGUINA**

La participación en la empresa y el fomento del cooperativismo, por **KOLDO SANTIAGO REDONDO**

ARTÍCULO 129.1

LA PARTICIPACIÓN DE LOS INTERESADOS EN LA SEGURIDAD SOCIAL Y OTROS ORGANISMOS

Sumario: I. Fundamento de la participación de los ciudadanos en la Administración Pública. II. Participación de los ciudadanos en el control y vigilancia de la gestión de la seguridad social. III. Otras fórmulas de participación en organismos públicos cuya función afecte directamente a la calidad de la vida o al bienestar general.

JESÚS R. MERCADER UGUINA

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

I. FUNDAMENTO DE LA PARTICIPACIÓN DE LOS CIUDADANOS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El fundamento de la participación de los ciudadanos en la Administración se sitúa en la propia configuración del Estado como social y democrático de Derecho, tal y como se extrae con claridad del art. 9.2 CE, que impone a los Poderes Públicos la tarea de «**facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social**». La idea de participación encuentra a lo largo del texto constitucional diversas referencias, siendo la más relevante la que consagra el art. 23 CE mediante el reconocimiento del derecho de los ciudadanos «a participar en los asuntos públicos directamente o por medio de representantes libremente elegidos», articulándose un sistema de democracia política en la gestión de los asuntos públicos. Pero, igualmente, se recogen otros ámbitos específicos de participación de los ciudadanos como, por ejemplo, la «audiencia de los ciudadanos [...] en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten» [art. 105.a)]; las funciones de «asesoramiento y colaboración de los sindicatos y otras organizaciones profesiona-

les, empresariales y económicas» en la elaboración por el Gobierno de los proyectos de planificación económica (art. 131.2); o incluso de la juventud «en el desarrollo político, social, económico y cultural» (art. 48). Todos ellos constituyen expresiones concretas de la extensión del sistema participativo constitucionalmente diseñado.

Dicha exigencia constitucional conecta con la idea de que la sociedad debe incidir en la actuación de la Administración a través de la participación de los ciudadanos. La misma constituye un cauce de participación democrática a través del cual se refuerza la legitimidad de la actividad administrativa y se facilita su eficacia práctica; de igual modo, hace efectiva la dignidad de la persona que proclama el art. 10.1 CE, en la medida en que el «administrado» o destinatario pasivo pasa a ser ciudadano activo que participa. En fin, la participación de los ciudadanos constituye una fuente de información de la realidad social sobre la que proyecta su actividad la Administración; supone, o debe suponer, una contribución del ciudadano en la configuración de la propia sociedad.

Esta participación configuradora puede **mejorar la legitimidad** objetiva-material democrá-

tica, ya que contribuye a completar las decisiones que el Parlamento deje abiertas. Por otra parte, la misma puede convertirse en un elemento de legitimidad institucional, lo que se aprecia en la participación de representantes de ciertos intereses afectados en comisiones y consejos de los distintos órganos administrativos, evitando siempre correspondientes caigan bajo la presión unilateral de los intereses particulares (SCHMIDT-ASSMANN). En todo caso, los interesados, los afectados y los terceros, las asociaciones, las corporaciones y el público en general tienen posibilidades de participación con la finalidad de contribuir con el diálogo a la racionalidad de las decisiones administrativas.

De acuerdo con el art. 129.1 CE, «la ley establecerá las formas de participación de los interesados en la Seguridad Social y en la actividad de los organismos públicos cuya función afecte directamente a la calidad de la vida o al bienestar general». El texto constitucional encomienda a la ley diseñar el modelo de participación, en general, en todos «los organismos públicos cuya función afecte directamente a la calidad de la vida o al bienestar general» y, más en particular, las formas de participación de los interesados en la Seguridad Social.

II. PARTICIPACIÓN DE LOS CIUDADANOS EN EL CONTROL Y VIGILANCIA DE LA GESTIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

En el marco del Derecho internacional de la Seguridad Social, encontramos múltiples referencias a la representación de los agentes sociales en la gestión de la Seguridad Social; así por ejemplo, el art. 10.4 del Convenio 35 OIT sobre el seguro de vejez en empresas industriales y comerciales, que establecía que «los representantes de los asegurados participarán en la administración de las instituciones de seguros en las condiciones que determine la legislación nacional, la cual podrá igualmente disponer sobre la participación de

representantes de los empleadores y de los poderes públicos». Esta cláusula se reitera en los mismos términos en el art. 10.4 del Convenio 36 OIT, sobre el seguro de vejez en la agricultura, en el Convenio 37 OIT, sobre el seguro de invalidez en empresas industriales y comerciales de 1933, en el art. 13.4 del Convenio 40 de la OIT, sobre seguro de muerte en la agricultura. Igualmente, dicha cláusula se recoge en el art. 72 del Convenio 102 de la OIT.

En el marco europeo, el art. 71 del Código Europeo de la Seguridad Social establece que «cuando la administración no esté confiada a una institución reglamentada por las autoridades públicas o a un departamento, representantes de las personas protegidas deberán participar en la administración o estar asociados a ella con carácter consultivo, en las condiciones prescritas; la legislación nacional podrá prever asimismo la participación representantes de los empleadores y de las autoridades públicas».

La participación «de los interesados en la Seguridad Social», primer inciso del art. 129.1, se recoge en el art. 69 LGSS, que faculta al «Gobierno para regular la participación en el control y vigilancia de la gestión de las entidades gestoras, que se efectuará desde el nivel estatal al local, por órganos en los que figurarán, fundamentalmente, por partes iguales, representantes de las organizaciones sindicales, de las organizaciones empresariales y de la Administración Pública».

En nuestro Derecho y para dar cumplimiento a dicha exigencia, diversas normas reglamentarias han venido precisando el alcance y contenido de los órganos gestores de control y vigilancia de la gestión que, junto a los de dirección (Director General, Secretario General, etc.), conforman la estructura orgánica de estos servicios. Es en los primeros donde se concentra la tarea participativa. En la esfera central, son el Consejo General de cada entidad, y la Comisión Ejecutiva. En la esfera provincial operan las Comisiones Ejecutivas Provinciales. En el caso del **Instituto Nacional**

de la Seguridad Social, la composición y funciones del Consejo General y de las Comisiones Ejecutivas Provinciales se encuentra regulado por el RD 2583/1996, de 13 de diciembre, de estructura orgánica y funciones del Instituto Nacional de la Seguridad Social y de modificación parcial de la Tesorería General de la Seguridad Social, que ha sido objeto de numerosas modificaciones posteriores. Similar composición posee el **Instituto de Mayores y Servicios Sociales** regulado por el RD 1226/2005, de 13 de octubre, por el que se establece la estructura orgánica y funciones del Instituto de Mayores y Servicios Sociales. Por su parte, el RD 1383/2008, de 1 de agosto, por el que se aprueba la estructura orgánica y de participación institucional del **Servicio Público de Empleo Estatal** establece la composición tanto del Consejo General como de las Comisiones Ejecutivas Territoriales. Finalmente, el **Instituto Nacional de Gestión Sanitaria** regula la representación institucional en el RD 1746/2003, estableciendo dos órganos, el Consejo de Participación y las Comisiones Ejecutivas Territoriales.

Una descripción resumida de **la composición y caracteres de los órganos participativos** debe resaltar los datos siguientes (GONZALO GONZÁLEZ): a) los Consejos Generales se componen de numerosos miembros, distribuidos por igual entre representantes de la Administración Pública, los Sindicatos y de las Organizaciones Empresariales; b) la representación de los trabajadores se concede a los Sindicatos «más representativos», quienes habrán de designar sus delegados en número proporcional a su respectiva representatividad; c) del mismo modo, la representación empresarial es designada por las organizaciones empresariales mayoritarias, centrándose sus funciones en la elaboración de los «criterios de actuación» del respectivo Instituto y del anteproyecto de su presupuesto, y en la aprobación de la Memoria anual de actividades de la entidad para su elevación al Gobierno; d) a su vez, a las Comisiones Ejecutivas compete el control y supervisión de la ejecución de los acuerdos del Consejo General y la

elaboración de propuestas para el mejor cumplimiento de los fines del Instituto, reuniéndose al menos una vez al mes o cuando lo decida su Presidente o sea solicitado por un tercio de sus miembros; e) las Comisiones Ejecutivas Provinciales se integran por diversos vocales representativos: de la Administración Pública y, en el mismo número, respectivamente, de los Sindicatos y de las Organizaciones patronales de mayor representatividad; sus funciones se resumen en la de supervisión y control en el ámbito de la provincia de la aplicación de acuerdos del Consejo General y en la propuesta de planes y programas para la adecuada ejecución de aquellos en el mismo ámbito. Por su parte, los Estatutos de Autonomía prevén, por lo general, el ejercicio de las competencias que asuman las Comunidades respectivas en materia de Sanidad y Seguridad Social ajustado a criterios de participación democrática de todos los interesados, así como de los sindicatos de trabajadores y asociaciones empresariales.

Es posible sostener que las **Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social** son un ejemplo de participación de los interesados, al menos de algunos de ellos, que no necesariamente coinciden con los beneficiarios, como sucede en el caso de los trabajadores por cuenta ajena, de las prestaciones que gestionan, en la Seguridad Social. Las Mutuas son esencialmente instrumentos de colaboración en la gestión del sistema de Seguridad Social y les alcanza, por ello mismo, esta cláusula de participación. A ello no puede ser óbice el carácter privado de estas entidades, pues la efectividad del art. 129.1 CE se proyecta sobre la totalidad de un sistema de Seguridad Social del que no han sido excluidas las Mutuas (POMED).

No se asegura la participación de los interesados en su diversidad, quedando excluidos numerosos colectivos implicados en la gestión de los organismos públicos (VOIRIN). En la línea de fortalecimiento e impulso de las fórmulas participativas, la OIT ha recomendado recientemente que las instituciones de Segu-

ridad Social expandan los cauces para la participación en sus mecanismos consultivos y en su administración, y cita en su propuesta a los ancianos, los discapacitados y, en general, a los pensionistas, a los autónomos y a otras categorías de beneficiarios.

III. OTRAS FÓRMULAS DE PARTICIPACIÓN EN ORGANISMOS PÚBLICOS CUYA FUNCIÓN AFECTE DIRECTAMENTE A LA CALIDAD DE LA VIDA O AL BIENESTAR GENERAL

Dentro de este grupo cabe incluir diversas fórmulas de **representación de intereses en órganos consultivos y no decisorios**. Así, el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa

de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, en su art. 38, precisa que «como órgano nacional de consulta y representación institucional de los consumidores y usuarios a través de sus organizaciones, el Consejo de Consumidores y Usuarios integrará las asociaciones de consumidores y usuarios de ámbito supraautonómico que, atendiendo a su implantación territorial, número de socios, trayectoria en el ámbito de la protección de los consumidores y usuarios y programas de actividades a desarrollar, sean más representativas». La actual regulación del Consejo está contenida en el RD 894/2005, de 22 de julio, por el que se regula el Consejo de Consumidores y Usuarios. Junto a la representación de intereses, la participación en órganos consultivos se fundamenta en el mérito y la capacidad a través de **la incorporación de expertos**, como es el caso del Consejo Nacional de Transportes Terrestres.

BIBLIOGRAFÍA

GONZALO GONZÁLEZ, B. y FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, B., «Aspectos Organizativos de la Seguridad Social Española: Dispersión de Funciones y Desposesión de Tareas», *Foro de Seguridad Social*, núm. 11, 2004.

GONZALO GONZÁLEZ, B. y FERRERAS ALONSO, F., «La participación de los interesados en la gestión de la Seguridad Social española», *RSS*, núm. 5, 1980, págs. 7 a 30.

GUTIÉRREZ MESTRE, M., *La participación en los servicios públicos de bienestar*, CES, Madrid, 2005.

MERCADER UGUINA, J. R. *Los procedimientos administrativos en materia de Seguridad Social*, Aranzadi, Madrid, 2017.

SÁNCHEZ MORÓN, M., *La participación del ciudadano en la Administración pública*, CEC, Madrid, 1980.

SÁNCHEZ NAVARRO, D. A., *La gestión de la Seguridad Social en España*, CES, Madrid, 2003.

VILLA GIL, L. E., «La participación social en la gestión», *PEE*, núm. 12-13, 1982, págs. 197 a 211.

VOIRIN, M., *Organización Administrativa de la Seguridad Social. Un reto social y político*, OIT, Madrid, 1993.

ARTÍCULO 129.2

LA PARTICIPACIÓN EN LA EMPRESA Y EL FOMENTO DEL COOPERATIVISMO

Sumario: I. La participación en la empresa. II. El fomento de las sociedades cooperativas.

KOLDO SANTIAGO REDONDO

PROFESOR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

El art. 129.2, integrado en el Título VII de la Constitución, se caracteriza por la **variedad de sus contenidos**. Recoge un triple deber de los poderes públicos: de promoción eficaz de las diversas formas de participación en la empresa, de fomento, mediante la legislación adecuada, de las sociedades cooperativas, y, finalmente, de establecimiento de los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción.

Aprovecharé este primer momento para subrayar que el último plano citado de la previsión constitucional, hasta donde he podido indagar, no ha sido objeto de tratamiento alguno por parte de la jurisprudencia constitucional, si bien debe destacarse que tampoco ha tenido oportunidad de abordarlo el Tribunal por falta de planteamientos de parte sobre el particular. Es un primer dato llamativo, pues parece difícil dudar de la entidad transformadora —y no solo de la realidad laboral— que ese acceso a la propiedad de los medios de producción podría conllevar. Tal **silencio jurisprudencial** acaso permitiría ver en el segundo inciso del precepto —el fomento de las sociedades cooperativas— el mecanismo de concreción del mencionado acceso a la propiedad, dado que sí existen variadas intervenciones normativas en el ámbito cooperativo y que la prestación de trabajo en esas sociedades implica (para socios-trabajadores en las cooperativas de producción y para los socios de trabajo en el resto de las

cooperativas) la condición no solo de trabajador, sino también de la de socio de la entidad. Sin embargo, al margen ahora de lo controvertido que puede resultar hacer tal equiparación entre el segundo y tercer inciso del art. 129.2 CE, es obvio que no son el cooperativismo y otras fórmulas de la llamada Economía Social los únicos cauces a través de los que cabe concebir la actualización de ese mandato constitucional de acceso a la propiedad de los medios de producción. Se advierte, por ello, no solo un silencio jurisprudencial, sino, al tiempo, **un cierto vacío normativo** en la actualización por parte de los poderes públicos de aquella previsión constitucional.

Los límites en la extensión de este encargo me impiden detenerme y desarrollar en mayor medida esa idea. Ese mismo motivo me obliga a desarrollar la tarea encomendada en un tono descriptivo, recogiendo lo que ha sostenido la jurisprudencia constitucional sobre los otros dos incisos del art. 129.2 CE.

I. LA PARTICIPACIÓN EN LA EMPRESA

Una de las más reiteradas determinaciones de la jurisprudencia constitucional sobre el art. 129.2 CE es aquella que, diferenciando el hecho sindical de otras fórmulas de representación de los trabajadores, excluye a los órganos unitarios regulados en la Ley del Estatuto

de los Trabajadores (comité de empresa y delegados de personal) del ámbito del art. 28.1 CE y los relaciona con el art. 129.2 CE, si bien afirmando que tampoco ese precepto los impone. Lo resume la STC 98/1985, de 29 de julio, FJ 3: «**los órganos de representación de los trabajadores en la empresa no tienen reconocimiento constitucional, sino que son creación de la Ley y poseen solo una indirecta relación con el art. 129.2 de la CE.** Su creación y su ordenación son desarrollo de este último precepto y no del 28.1 [...] Lo mismo sucede en lo que atañe a los órganos de representación en la Administración, que se relacionan con el art. 103.3 de la CE». Puede encontrarse la misma idea, por ejemplo, en la STC 208/1989, de 14 de diciembre, que resuelve un asunto de propaganda institucional para fomentar la participación en las elecciones a órganos de la representación unitaria en la empresa, o en el ATC 740/1984, de 28 de noviembre, sobre la denegación de la constitución de un comité de empresa.

Es importante lo anterior porque no representa una mera incardinación formal de la representación unitaria en un determinado precepto constitucional. Así lo acreditan pronunciamientos como las SSTC 134/1994, de 9 de mayo; 74/1996, de 30 de abril, y 95/1996, de 29 de mayo, que tercian en la controversia doctrinal sobre las concepciones orgánica y funcional de la libertad sindical, al punto de que, con la sola excepción de los supuestos de sindicalización de las representaciones legales, excluyen de la vertiente colectiva de la titularidad de la libertad sindical a los órganos unitarios de representación. Las consecuencias son de envergadura, sobre todo en lo que afecta a la tutela que otorga el art. 28.1 CE, de la que aquellos, como regla de principio, estarán excluidos. Su conexión constitucional, por tanto, solo encuentra acomodo en el art. 129.2 CE, resultando que la participación en la empresa que este consagra —y de la que ese mecanismo de representación sería expresión— no es bastante para trabar un nexo con el derecho fundamental a la libertad sindical del art. 28.1 CE. Esa intersección, con todos los

matices y límites conocidos, sí se ha producido sin embargo con otros derechos (señaladamente, entre 28.1 y 37.1 CE), pero, como puede verse, no se reproduce entre el art. 28.1 CE y aquellos órganos que únicamente actualizan su vínculo constitucional en el art. 129.2 CE.

Esto provoca, por ejemplo (era el caso de la STC 189/1993, de 14 de junio), que puedan computarse como horas de absentismo las invertidas en el ejercicio del voto en las elecciones a los órganos de representación unitaria (con pérdida de un incentivo por reducción del absentismo previsto en el convenio colectivo, dado que estaba prevista su supresión cuando se alcanzara un determinado porcentaje de inasistencia a la empresa). La participación en las elecciones a los órganos de representación legal, lo mismo que estos órganos, viene a relacionarse así con el art. 129.2 CE, con efectos como el expuesto, que serían con seguridad bien diversos de subsumirse esas representaciones (y las elecciones para la designación de sus miembros) en el art. 28.1 CE.

También cabe citar el caso de la STC 134/1994, de 9 de mayo, que incide en la cobertura y tutela constitucional que poseen los representantes unitarios, y de la que se infiere **una protección menor que la propia de los representantes sindicales, precisamente por el diferente encuadramiento (arts. 129.2 o 28.1 CE, respectivamente)**. En efecto, el recurrente en amparo fue sancionado por no comunicar a los trabajadores, como representante unitario de los mismos, la opinión contraria del empleador —la Administración militar— a la celebración de un paro de cinco minutos convocado por ciertos sindicatos. El amparo fue estimado, pero la *ratio decidendi* descansaba en que el actor fue sancionado cuando participaba en una actividad organizada o promovida por organizaciones sindicales, lo que, como es sabido, no difiere de la tutela con la que cuenta cualquier trabajador (incluso los no afiliados). También aquí, de encuadrarse la representación unitaria en el ámbito del art. 28.1 CE, sería mucho más intensa la protección constitucional.

La STC 95/1996, de 29 de mayo, es otro buen ejemplo de lo que se expone, toda vez que se rechaza una queja por eventual vulneración del art. 28.1 CE con base en que el recurrente (delegado de personal) formaba parte de la representación unitaria, no habiendo acreditado ser un representante sindicalizado. Por concluir con los ejemplos, la STC 74/1996, de 30 de abril, nos muestra asimismo cómo al presidente de un comité de empresa no se le considera legitimado para denunciar una lesión del art. 28.1 CE (por alteración de lo pactado en convenio colectivo a través de pactos individuales en masa alcanzados por una empresa con sus trabajadores). La queja, que seguramente hubiera dado lugar a una Sentencia estimatoria en otro caso, no prospera porque el comité de empresa a través de su presidente, dice el Tribunal, «está invocando la vulneración de un derecho fundamental ajeno, pues solo los sindicatos [...] son titulares del derecho a la libertad sindical a la hora de defender la primacía de la autonomía colectiva frente a eventuales conductas de corte antisindical». No hay vínculo, entonces, entre 28.1 y 129.2 CE.

Lo expuesto, no obstante, no descarta otras asociaciones e interrelaciones normativas, como la que se da entre esos representantes unitarios y el art. 37 CE. La STC 8/2015, de 22 de enero, FJ 2. d) así lo recuerda: «lo cierto es que la Constitución, al institucionalizar los derechos colectivos laborales (huelga, negociación colectiva y conflictos colectivos), no los ha reservado “en exclusiva a los sindicatos” (SSTC 134/1994, de 9 de mayo, FJ 4; y 95/1996, de 29 de mayo, FJ 3), pues ha eludido “la consagración de un monopolio” sindical en esta materia, para partir de un “amplio reconocimiento” de los titulares de aquellos derechos colectivos, “de forma que si el derecho de huelga se atribuye a los trabajadores (art. 28.2), el de conflictos lo es a los trabajadores y empresarios (art. 37.2) y el de negociación a los representantes de estos (art. 37.1)” (STC 118/1983, de 13 de diciembre, FJ 4). De esta manera, a diferencia de las previsiones contenidas en los arts. 7 CE (que institucionaliza al sindicato como un organismo esencial de

nuestro sistema constitucional) y 28.1 CE (que consagra al sindicato como el instrumento básico del ejercicio del derecho fundamental a la libertad sindical), el constituyente no refirió, en su art. 37.1 CE, la negociación colectiva como un derecho perteneciente exclusivamente al ámbito de la acción sindical. Antes al contrario, lo recondujo más genéricamente a los “representantes de los trabajadores”, con la clara intención de ampliar el elenco de los legitimados para la determinación de las condiciones de la relación laboral, depositando ese derecho, en consecuencia, no solo en el sindicato, sino en cualquier sujeto u organización representativa de los trabajadores (como los delegados de personal y los comités de empresa), cuyo fundamento constitucional último no se encuentra en el art. 7 CE, como sucede con los representantes sindicales, sino en los arts. 9.2 y 129.2 CE (SSTC 98/1985, de 29 de julio, FJ 3; y 208/1989, de 14 de diciembre, FJ 3). En suma, aunque el ejercicio del derecho a la negociación colectiva (art. 37.1 CE) le ha sido atribuido también por la Constitución al sindicato, protagonista principal en la defensa de los intereses de los trabajadores (art. 7 CE) a través del ejercicio de la libertad sindical (art. 28.1 CE), no se ha hecho de forma exclusiva ni en modo que descarte a otros posibles representantes de los trabajadores, de manera que no cabe sino concluir que la negociación colectiva está “atribuida constitucionalmente a los sindicatos y a otras representaciones colectivas de los trabajadores”».

Asimismo, subrayando ahora otra asociación destacada por la jurisprudencia constitucional, se refiere la STC 5/2011, de 14 de febrero, a que la participación en los órganos de representación de los trabajadores en la empresa (o de los funcionarios en sus respectivos órganos de representación) debe desvincularse de la participación de los ciudadanos en la vida política, a la que circunscribe su ámbito de protección el art. 23.1 CE, quedando en cambio encuadrada en aquel art. 129.2 CE.

Al margen de todo lo anterior, quiero citar una última Sentencia que entronca íntimamente

con el primer inciso del art. 129.2 CE. Es la STC 142/1993, de 22 de abril, dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 190/1991, articulado contra la Ley 2/1991, de 7 de enero, sobre derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación. Como es conocido, el núcleo principal del recurso enunciaba asuntos relacionados con la entrega de la copia básica de los contratos a los representantes legales de los trabajadores, invocándose contra dicha obligación el derecho a la intimidad personal y familiar del art. 18.1 CE en lo referido, básicamente, a los datos retributivos. En la resolución de esa problemática, el Tribunal formula algunas ideas reveladoras de lo que sea **la vertiente representativa del derecho de participación en la empresa**. Tras recordar que el precepto impugnado (el relativo a esa copia básica) se enmarca en una serie de deberes de información a cargo del empresario, en interés de los trabajadores y en favor del comité de empresa y de los delegados de personal, determina el Tribunal que «es una regulación que se enmarca dentro de la regulación de los órganos de representación colectiva de la empresa, y en cuanto tal supone desarrollo del “mandato constitucional de los poderes públicos de facilitar la participación de los ciudadanos en la vida política, económica, social y cultural” (art. 9.2 CE) y, especialmente promover eficazmente “las diversas formas de participación en la Empresa” (art. 129.2 CE)». Esto así, además de reiterar (como casi siempre que se ocupa del art. 129.2 CE) el amplio margen de apreciación del legislador en lo referente a las fórmulas de participación en la empresa («el legislador tiene un notable margen de apreciación para determinar el grado de participación en la empresa que establezca y dentro de ello el de los derechos de información otorgados a los representantes del personal»), viene a concluir que esa Ley es la plasmación en materia de información del derecho a la participación en la empresa que consagra el art. 129.2 CE. Lo justifica, en última instancia, no tanto en sus contenidos, sino en el hecho de que los representantes legales son una manifestación de la participación de los traba-

jadores en la empresa a la que alude aquella previsión constitucional (FJ 10).

Sin perjuicio del mayor recorrido potencial del art. 129.2 CE en su primer inciso, estas son las más relevantes aportaciones sobre el mismo realizadas por la doctrina constitucional.

II. EL FOMENTO DE LAS SOCIEDADES COOPERATIVAS

El fomento de las sociedades cooperativas se ha concretado en la jurisprudencia constitucional en diversas Sentencias del Pleno del Tribunal. Quiero referirme, en primer término, a las SSTC 77/1985, de 27 de junio, y 103/1989, de 8 de junio. En ellas se vincula al fomento que la Constitución reclama **la preferencia que determinadas normas establecen en favor de las cooperativas frente a otras empresas**. La primera Sentencia lo estableció con ocasión del recurso previo de inconstitucionalidad núm. 180/1984 contra el texto definitivo del proyecto de Ley Orgánica reguladora del Derecho a la Educación (LODE). Los recurrentes estimaban discriminatoria la preferencia que el art. 48.3 de la norma, al regular los criterios generales de prelación en el establecimiento de conciertos, instituía en favor de centros docentes constituidos bajo la fórmula de la sociedad cooperativa. El Tribunal, sin embargo, consideró que se trataba de un desarrollo del mandato contenido en el art. 129.2 CE, con lo que la diferencia de trato introducida tenía un fundamento constitucional expreso. Llegaba a esa conclusión, eso sí, sobre la base de que tal preferencia era de segundo grado, esto es, actuaba únicamente si se cumplían otros requisitos previstos en la misma Ley, señaladamente la satisfacción de las necesidades de escolarización, la atención a poblaciones escolares de condiciones socioeconómicas desfavorables y la garantía de que se realizasen experiencias de interés pedagógico. La preferencia, así pues, tendrá fundamento en el art. 129.2 CE, salvo que resulte absoluta o incondicionada; salvo que se hiciera efectiva, dicho

de otro modo, al margen de otras finalidades y necesidades del sistema educativo.

Algo similar ocurre con la STC 103/1989, de 8 de junio, relativa a los recursos de inconstitucionalidad núms. 682/1984 y 683/1984, contra la Ley 23/1984, de 25 de junio, de Cultivos Marinos. En ella se preveía una preferencia para la obtención de concesiones y autorizaciones en favor de cofradías de pescadores, cooperativas de cultivos marinos y organizaciones de productores, razón por la que se denunciaban vulnerados los arts. 14 y 38 CE. El Tribunal afirma, en cambio, que esa previsión no es discriminatoria para las demás empresas que aspiren a la obtención de concesiones o autorizaciones para la explotación de cultivos marinos, y ello porque el trato de preferencia tiene fundamento en el art. 129.2 CE y porque solo opera a partir de la exigencia, a todos los interesados, de unas condiciones idénticas (jugaba únicamente cuando sus proyectos reúnan iguales garantías técnicas, económicas y financieras que otras peticiones que coincidían en la misma zona). Como se ve, al igual que ocurría en la Sentencia sobre la LODE, **el fomento al cooperativismo cabe siempre que no implique un mejor trato incondicionado o ajeno a las finalidades de la norma.** Podría verse en ello el canon de constitucionalidad del segundo inciso del art. 129.2 CE: se promoverá el cooperativismo con la condición de que la finalidad de la norma de que se trate no resulte soslayada.

Aunque también merecería atención la STC 206/1997, de 27 de noviembre, terminaré este apartado con el cooperativismo de crédito, pues ha sido el otro gran campo de intervención jurisprudencial en la materia. Lo acreditan las SSTC 155/1993, de 3 de mayo, y 204/1993, de 17 de junio, que resolvieron respectivamente un recurso de inconstitucionalidad sobre la Ley 13/1989, de 26 de mayo, de Cooperativas de Crédito, y un conflicto positivo de competencia frente a diversos preceptos del Decreto 8/1986, de 10 de febrero, por el que se desarrollaba la Ley 11/1985, de 25 de octubre, de Cooperativas de la Comunidad

Valenciana en materia de Cooperativas de Crédito. En lo que aquí interesa, en ambas resoluciones se establece una doctrina asimilable. Bastará entonces la reseña, por ejemplo, de la primera de las resoluciones citadas. Se denunciaba que el mandato del art. 129.2 CE no solo no se observaba en la norma impugnada, sino que, al imponerse unas condiciones y requisitos para el desarrollo de la actividad de las cooperativas de crédito desiguales al de las restantes entidades de crédito, se penalizaba y limitaba a aquellas en clara contradicción con el referido precepto constitucional. Se referían los impugnantes, en particular, a los límites porcentuales a la realización de operaciones activas con terceros no socios (50% de los recursos totales de la entidad). El Tribunal, en cambio, entiende que no hay vulneración. Dos fueron las razones: 1) que el fomento por los poderes públicos del cooperativismo crediticio «ofrece un amplísimo campo de actuación y de adopción de medidas que pueden presentar además muy diferentes niveles de intensidad», por lo que el Tribunal no puede interferir con base en aquel art. 129.2 CE, salvo cuando el trato normativo desigual determine un efecto desincentivador de la actividad, y 2) que la medida que posibilita las operaciones con terceros (que estaría contraindicada conforme a concepciones rígidas de mutualismo) podría entenderse «adecuada para el fomento de las sociedades cooperativas, pues la apertura de su ámbito de actuación a determinadas operaciones hasta ese momento totalmente prohibidas no viene sino a favorecer un mayor desarrollo de su actividad». Se respeta el art. 129.2, en suma, porque puede entenderse que hay fomento, al ser la norma más permisiva y permitir a cada entidad cooperativa mayor libertad en la decisión sobre sus operaciones.

En conclusión, **no puede confundirse fomento del cooperativismo con ventaja incondicionada, y tampoco puede hablarse de quiebra del mandato constitucional si se da mayor libertad de actuación a esas sociedades.** Son las dos principales ideas sobre el art. 129.2 CE, segundo inciso.

BIBLIOGRAFÍA

BAYLOS GRAU, A., «Control obrero, democracia industrial, participación: contenidos posibles», en APARICIO TOVAR, J. y BAYLOS GRAU, A. (Dirs.), *Autoridad y Democracia en la empresa*, Trotta, Madrid, 1992, págs. 157-177.

DE LA VILLA GIL, L. E., *La participación de los trabajadores en la empresa*, IEE, Madrid, 1980.

FAJARDO GARCÍA, G., «El derecho cooperativo en España: incidencia de la Constitución de 1978», *Ciriec España*, núm. 11, 1991, págs. 11-35.

LLOBREGAT HURTADO, M. L., *Mutualidad y empresas cooperativas*, Bosch, Barcelona, 1990.

RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F., «La participación de los trabajadores en la empresa», *Revista de Política Social*, núm. 121, 1979, págs. 415-437.

SANTIAGO REDONDO, K., *Socio de cooperativa y relación laboral*, *Ibidem*, Madrid, 1998.

VALDÉS DAL-RE, F., «Democracia industrial en Europa: balance de un debate», en *Estudios de Derecho del Trabajo en Memoria del Profesor Gaspar Bayón Chacón*, Tecnos, Madrid, 1980, págs. 487-521.

— Las cooperativas de producción, Montecorvo, Madrid, 1975.

Artículo 130

1. *Los poderes públicos atenderán a la modernización y desarrollo de todos los sectores económicos y, en particular, de la agricultura, de la ganadería, de la pesca y de la artesanía, a fin de equiparar el nivel de vida de todos los españoles.*

2. *Con el mismo fin se dispensará un tratamiento especial a las zonas de montaña.*

Sumario: I. El Estado social y los mandatos a los poderes públicos: la Constitución como norma jurídica. II. El anuncio de la problemática distribución constitucional de competencias: la imposibilidad de los compartimentos estancos.

JUAN ANTONIO UREÑA SALCEDO

PROFESOR TITULAR DE DERECHO ADMINISTRATIVO
UNIVERSIDAD DE VALENCIA

I. EL ESTADO SOCIAL Y LOS MANDATOS A LOS PODERES PÚBLICOS: LA CONSTITUCIÓN COMO NORMA JURÍDICA

El art. 130 impone un deber a todos los poderes públicos (que persigan la modernización y el desarrollo de todos los sectores económicos, prestando especial atención a algunos de ellos), para conseguir un fin (equiparar el nivel de vida de todos los españoles). Estamos ante **una de las muchas manifestaciones del programa político del Estado social** que contiene la Constitución (DE OTTO, 32 y 46; MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, 263).

La **vinculación del precepto con el Estado social** ha sido reconocida por el Alto Tribunal (SSTC 96/1984, de 19 de octubre, y 64/1990, de 5 de abril), que ha relacionado este art. 130 con declaraciones contenidas en el **Preámbulo de la Constitución** (precisamente

aquellas en que se afirma que la Nación española proclama su voluntad, tanto de «garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes conforme a un orden económico y social justo», como de promover el progreso «de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida»), como con el **art. 40** (que se refiere a promover las condiciones favorables para el progreso social y económico), el **art. 131** (que dice que el Estado podrá planificar la actividad económica general para atender las necesidades colectivas), o el **art. 138** (que exige la realización efectiva del principio de solidaridad velando por el establecimiento de un equilibrio económico adecuado y justo).

Es unánimemente aceptado, así las cosas, que este art. 130 establece un **deber para los poderes públicos** (que promuevan el desarrollo de todos los sectores productivos, STC 64/1982, de 4 de noviembre). Se trata, no obs-

tante, por mucho que exija de dichos poderes una actuación específicamente encaminada a defender tales objetivos constitucionales (SSTC 88/1986, de 1 de julio, y 64/1990, de 5 de abril), de una **prescripción de tipo finalista** (DE OTTO, 31), lo que en otra época se calificó de norma programática, quizá un simple postulado (BAÑO LEÓN, 1988, 44). Estamos ante una norma de indiscutible **valor simbólico**, pero cuya eficacia jurídica se ha convertido en una de las discusiones clásicas en el Derecho constitucional.

Sobre este debate baste con apuntar, para empezar, que tanto la doctrina (GARCÍA DE ENTERRÍA), como el propio Tribunal Constitucional (entre otras en la Sentencia 16/1982, de 28 de abril), han sostenido el **carácter jurídico de todos los preceptos de la Constitución de 1978**, que «lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento hasta que sean objeto de desarrollo por vía legal, es una norma jurídica, la norma suprema de nuestro ordenamiento».

La eficacia jurídica del art. 130 es innegable, desde luego, si se recuerda, por ejemplo, que ha sido la **función social del Estado** la que ha justificado la delimitación y la limitación del contenido del derecho de propiedad por los poderes públicos, y que el propio Tribunal Constitucional ha mencionado este art. 130, entre otros junto a los anteriormente citados, para recordar esta posibilidad (SSTC 37/1987, de 26 de marzo, y 170/1989, de 19 de octubre). Es más, el Alto Tribunal también ha citado expresamente este precepto para justificar la adopción de políticas económicas aplicables en todo el territorio nacional, ha relacionado el precepto con el **principio de unidad del orden económico**, que es un presupuesto necesario para que el reparto de competencias entre el Estado y las distintas Comunidades Autónomas en materias económicas no conduzca a resultados disfuncionales y desintegradores (entre muchas otras, SSTC 1/1982, de 28 de enero, y 96/1984, de 19 de octubre).

Nadie puede discutir, vista la doctrina del Alto Tribunal, la eficacia jurídica del precepto constitucional. Ni tan siquiera puede rechazarse, al menos en el plano teórico, que el art. 130 tiene una «eficacia negativa» que convertiría en ilegítimas las acciones de los poderes públicos que se moviesen en dirección contraria a la marcada por el precepto constitucional (GOIG MARTÍNEZ, 130). Ahora bien, como se apuntaba unas líneas más atrás, estamos ante un mandato que impone el cumplimiento de un fin, pero, claro está, igual que el propio Tribunal Constitucional, teniendo en cuenta el tenor literal del art. 53.3 CE, ha sostenido que los principios rectores de la política social y económica carecen «de las notas de aplicabilidad y justiciabilidad inmediatas que caracterizan a los derechos constitucionales» (STC 247/2007, de 12 de diciembre), estamos de acuerdo con los que afirman que una norma «cuyo contenido sea exclusivamente una programación final **no contiene en sí misma una predeterminación de la conducta a realizar** y deja al destinatario un amplio margen de discrecionalidad para elegir los medios adecuados al fin» (DE OTTO, 43-44; WILLKE, 77).

El art. 130, es evidente, no predetermina el sentido de las políticas que pueden desarrollar los poderes públicos en estos sectores económicos. Es una norma con una fuerza vinculante debilitada (MUÑOZ MACHADO, 2006, 399 y ss.), una **norma incompleta** que, precisamente para conseguir la flexibilidad que toda Constitución democrática requiere (MARTÍN-RETORTILLO, 261-262), permite a aquellos la adopción de políticas muy diferentes.

En conclusión, **todas las opciones del legislador** para cumplir con el objetivo marcado que sean **respetuosas con la economía de mercado serán**, al menos a primera vista, perfectamente **constitucionales**. Es más, hoy no es que sea unánimemente admitido que caben distintas políticas estatales, todas ellas perfectamente constitucionales, o que, como tendremos ocasión de comprobar seguidamente, en las materias que cita el art. 130, el propio Tribunal Constitucional ha reconocido

un espacio para que las CC. AA. puedan desarrollar sus propias políticas, en la actualidad lo que se subraya es que al menos las grandes líneas directrices de la política agrícola, ganadera o pesquera se establecen no tanto por el Estado como por la Unión Europea.

II. EL ANUNCIO DE LA PROBLEMÁTICA DISTRIBUCIÓN CONSTITUCIONAL DE COMPETENCIAS: LA IMPOSIBILIDAD DE LOS COMPARTIMENTOS ESTANCOS

El art. 130 sirve de anuncio de la problemática distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en la Constitución de 1978. Las materias del art. 130 (agricultura, ganadería, pesca y artesanía), pese a la mención constitucional a todos los poderes públicos en dicho precepto, si nos atenemos al tenor literal del art. 148, tienen una clara **vocación autonómica** (ya se sabe que el ámbito local, históricamente muy importante también en estos sectores, fue olvidado por los constituyentes). Las CC. AA., de acuerdo con el art. 148.1, pueden asumir competencias, *v. gr.*, sobre «la agricultura y ganadería, de acuerdo con la ordenación general de la economía» (148.1.7.^a), «la pesca en aguas interiores, el marisqueo y la acuicultura, la caza y la pesca fluvial» (148.1.11.^a), «ferias interiores» (148.1.12.^a), «la artesanía» (148.1.14.^a), o la «promoción y ordenación del turismo en su ámbito territorial» (148.1.18.^a). El Estado, no obstante, pese a la indudable vocación autonómica de estas materias, como se decía unas líneas más atrás, tiene una **posición muy reforzada**. Estos últimos años, además, ha incrementado su intervención en estos sectores **confirmando la indiscutible recentralización del Estado autonómico**, al que ya nos hemos referido en otro lugar (UREÑA SALCEDO, 1355-1374).

El Tribunal Constitucional a lo largo del tiempo ha ido definiendo el ámbito de todas las materias del art. 130 (véanse en relación con la pesca las SSTC 9/2001, de 18 de enero, y

38/2002, de 14 de febrero, y todas las allí citadas). Y, al menos en ocasiones, **ha reservado la regulación de determinados aspectos a las Comunidades Autónomas**. Así, por ejemplo, se ha dicho que «nuestro Tribunal Constitucional ha acogido un concepto expansivo de la agricultura y la ganadería en la delimitación del alcance de las submaterias sanidad vegetal y sanidad animal» (POMED SÁNCHEZ, 164). El Alto Tribunal ha considerado «que la sanidad vegetal y la sanidad animal deben encuadrarse en las previsiones constitucionales sobre agricultura o ganadería cuando no tienen incidencia directa en la salud humana (SSTC 80/1985, de 4 de julio; 67/1996, de 18 de abril), al igual que en relación con la intervención sobre estructuras agrarias (STC 95/1986, de 10 de julio)» (HORGUÉ BAENA, 200-201). El Tribunal Constitucional, al menos durante la segunda fase del Estado autonómico, fue más exigente, si se admite la expresión, para reconocer competencias ejecutivas al Estado cuando, como aquí ocurre, las Comunidades Autónomas tienen reconocidas sus propias competencias (piénsese en la doctrina de las SSTC 45/2001, de 15 de febrero, y 95/2001, de 5 de abril, y en que la acción de fomento sigue jugando en muchos de estos sectores un papel fundamental, aunque debe notarse que algún cambio se advierte en la STC 99/2012, de 8 de mayo).

Es bien sabido que son **imposibles los compartimentos estancos**. La agricultura, por poner un ejemplo, como dijo el Tribunal Constitucional, «no está ni puede estar impermeabilizada y aislada radicalmente de otras materias competenciales reservadas al Estado» (STC 132/1989, de 18 de julio). Es claro, sin necesidad de detenernos aquí en la vinculación de la agricultura con otras materias como la legislación civil, la investigación, los montes, las aguas, o el medio ambiente (STC 102/1995, de 26 de junio), todas ellas con un régimen competencial diferente (MUÑOZ MACHADO, 2007, 677), que la agricultura, como reconoce expresamente el art. 130, es un sector de la economía. Y al Estado, conforme al **art. 149.1.13.^a**, le corresponde su **ordena-**

ción general, lo que le permite incidir en cada uno de sus sectores productivos (STC 95/1986, de 10 de julio). Ha sido precisamente este último título competencial el que ha cobrado mayor relevancia en esta fase de recentralización del Estado, en que el Tribunal Constitucional ha confirmado importantes potestades normativas y ejecutivas estatales en relación con todas las materias que cita el art. 130.

Son más que abundantes las SSTC que acuden al art. 149.1.13.^a para justificar la intervención del Estado tanto en la agricultura como en la ganadería. Así, por ejemplo, en la STC 207/2011, de 20 de diciembre, como antes en la STC 158/2011, de 19 de octubre, se confirma la constitucionalidad de la norma reglamentaria estatal sobre la ordenación de las explotaciones porcinas para todo el territorio estatal. En la STC 85/2015, de 30 de abril, aunque se declara la inconstitucionalidad de algunos artículos donde se atribuía al Estado el ejercicio de determinadas funciones ejecutivas, se confirma la constitucionalidad del resto de pre-

ceptos de la ley estatal de fomento de la integración de cooperativas y de otras entidades asociativas de carácter agroalimentario, recordando la doctrina del propio Tribunal sobre el carácter transversal de la competencia del art. 149.1.13.^a de la STC 11/2015, de 5 de febrero, y afirmando que la competencia de este título «ampara todas las normas y actuaciones, sea cual sea su naturaleza, orientadas al logro de los fines de ordenación del sector al que se refiera». El art. 149.1.13.^a dice el Tribunal Constitucional, «puede en determinados casos justificar la reserva de funciones ejecutivas al Estado y también permitir el uso de la supraterritorialidad como título atributivo de competencias al Estado».

En conclusión, el art. 130 nos mete de lleno en la problemática distribución constitucional de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en algunas materias, aporta alguna de las claves para entender la solución dada por el Tribunal Constitucional y, por supuesto, permite reflexionar sobre la **recentralización del Estado autonómico**.

BIBLIOGRAFÍA

BAÑO LEÓN, J. M.^a, *Las autonomías territoriales y el principio de uniformidad de las condiciones de vida*, INAP, Madrid, 1988.

DE OTTO, I., *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, 7.^a reimpr., Ariel, Barcelona, 1999.

FERNÁNDEZ FARRERES, G., «La ordenación de los sectores económicos. El poder de gasto del Estado y de las Comunidades Autónomas», en *El funcionamiento del Estado Autonómico*, INAP, Madrid, 1999.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., cito aquí por su trabajo sobre «El valor normativo directo de la Constitución española de 1978», en *Problemas del Derecho público al comienzo del siglo*, Civitas, Madrid, 2001.

GOIG MARTÍNEZ, J. M., «Artículo 130. La modernización y desarrollo de los distintos sectores económicos», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, tomo X, arts. 128 a 142, Edersa, 1998.

HESSE, K., «El Estado Federal Unitario», traducción de M. AZPITARTE, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 6, julio-diciembre de 2006.

HORGUÉ BAENA, C., «Agricultura y ganadería: distribución de competencias», en MUÑOZ MACHADO, S. (Dir.), *Diccionario de Derecho Administrativo*, Iustel, Madrid, 2005, págs. 200 a 204.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., «La ordenación jurídico-administrativa del sistema económico en los últimos cincuenta años», *RAP*, núm. 150, septiembre-diciembre 1999.

MUÑOZ MACHADO, S., *Derecho público de las Comunidades Autónomas I*, Iustel, Madrid, 2.^a ed., 2007.

— Tratado de Derecho Administrativo y Derecho público general II. El Ordenamiento jurídico, Iustel, Madrid, 2006.

POMED SÁNCHEZ, L., «La distribución de competencias sobre agricultura en el marco de la Unión Europea», *RAP*, núm. 148, enero-abril 1999, págs. 133 a 174.

TENA PIAZUELO, V. y MOREU CARBONELL, E., «La regulación administrativa de los sectores económicos», en BERMEJO VERA, J. (Dir.), *Derecho Administrativo. Parte especial*, Civitas, Madrid, 2001.

UREÑA SALCEDO, J. A., «La recentralización del Estado Autonómico», en BAÑO LEÓN, J. M.^a (Coord.), *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en Homenaje al Profesor Santiago Muñoz Machado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.

WILLKE, H., «Trois types de structures juridiques: programmes conditionnels, programmes finales et programmes relationnels», en MORAND, C.-A. (Ed.), *L'Etat propulsif. Contribution à l'étude des instruments d'action de l'Etat*, Publisud, Paris, 1991.

Artículo 131

1. El Estado, mediante ley, podrá planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución.

2. El Gobierno elaborará los proyectos de planificación, de acuerdo con las previsiones que le sean suministradas por las Comunidades Autónomas y el asesoramiento y colaboración de los sindicatos y otras organizaciones profesionales, empresariales y económicas. A tal fin se constituirá un Consejo, cuya composición y funciones se desarrollarán por ley.

Sumario: I. El precepto en su contexto histórico. II. Razones de su desuso. III. La interpretación del Tribunal Constitucional en los conflictos de competencia.

JOSÉ MARÍA BAÑO LEÓN

CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

I. EL PRECEPTO EN SU CONTEXTO HISTÓRICO

Este precepto, que jamás se ha aplicado, es fruto de la experiencia histórica inmediatamente anterior a la Constitución de 1978, y resulta inentendible a la altura de 2018 si no se explican las vivencias económicas de los años sesenta y setenta del pasado siglo.

En aquella época se pensaba que era posible planificar a medio plazo la actividad económica, vinculando al sector público a la consecución de objetivos económicos precisos y llamando a la iniciativa privada a la colaboración con la pública con una política de estímulos (subvenciones, ayudas públicas), que se conoció como acción concertada.

A este esquema respondieron los planes de desarrollo económicos y sociales, que siguen al plan de estabilización de 1959, que puso fin a la autarquía económica instalada en la economía española desde el final de la guerra civil.

Son planes que pretendieron racionalizar el empleo de los recursos públicos, teniendo en cuenta que en aquella época el peso del sector público industrial era muy importante, al mismo tiempo que se subvencionaron a empresas privadas para lograr determinados objetivos en la modernización del país. Los tres planes cuatrienales aprobados (1964-1967, 1968-1971 y 1972-1975) constituyeron más documentos burocráticos de carácter programático que auténticos planes directivos de la

economía, si bien los planes sirvieron para una cierta centralización de las decisiones de inversión en la Comisaría del Plan dirigida por López Rodó.

Aquellos planes de inspiración francesa compatibles con el libre mercado, en el marco de una economía muy dependiente de las decisiones estatales, estaban fuera de lugar ya en el año 1978, por las dificultades que encierra una planificación general de la actividad económica en una economía de mercado.

El constituyente no obstante desde el texto inicial de anteproyecto constitucional (art. 121) mantuvo con pocas variaciones el precepto en el que resuenan las huellas del antiguo procedimiento de elaboración de los planes de desarrollo franquistas.

Se aprecia ese influjo en los fines de los planes. Atender las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial, estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y una más justa distribución, son fines tan loables como genéricos, demasiado generales para ser susceptibles de una planificación a medio plazo.

Se atribuye al Gobierno su elaboración y su aprobación por la ley.

Se exige que en el procedimiento asesoren y colaboraren sindicatos, organizaciones profesionales, empresariales y económicas, lo que evoca la parafernalia procedimental de los antiguos planes de desarrollo, y a tal fin se instrumenta un consejo, que actualmente es el único resultado visible del precepto, el Consejo Económico y Social, que es un órgano de estudio y consultivo, cuyas funciones poco tienen que ver con la elaboración de un plan económico general.

II. RAZONES DE SU DESUSO

Cincuenta años después de la Constitución el precepto constituye simplemente un expo-

nente de una norma en desuso, no solo porque nunca se haya aplicado, sino porque los supuestos económicos que podían justificarla, la capacidad del Estado para ordenar la vida económica mediante un plan general, no existen ya, si es que alguna vez existieron.

La economía de mercado admite cierta planificación de las políticas públicas, pero es incompatible con un plan, entendido como un documento general omnicompreensivo de la actuación pública.

Si esa economía de mercado además está gobernada por un poderoso actor (la Unión Europea) y las Comunidades Autónomas tienen un importante peso en las decisiones públicas, la planificación del art. 131 resulta simplemente incompatible con el Derecho de la Unión Europea y con la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

El Derecho de la Unión Europea desplaza al Derecho español en todas las materias que son competencia de la Unión, que cada vez son más. Casi todos los ámbitos económicos conocen una regulación europea, por lo que una planificación global española es sencillamente imposible. Además y casi más importante, los principios económicos del Tratado de la Unión Europea impiden de hecho y de Derecho un tal tipo de planificación general. Las libertades fundamentales de la Unión (libre prestación de servicios, libertad de desplazamiento, libertad de capitales, libertad de mercancías) y las reglas del Derecho de la competencia europea reducen al mínimo las posibilidades de una planificación general, cuya vida quedaría al albor de cualquier cambio de la normativa europea.

En particular a partir de la instauración de la Unión Económica y Monetaria España ha transferido a la Unión la política monetaria, que corresponde al Banco Central Europeo y está obligada a respetar las reglas sobre déficit público de la Unión (art. 26 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), lo que

es incompatible con la reserva al Estado de la competencia para desarrollar un plan económico general, que dependería siempre de las decisiones de Bruselas.

Por otra parte, esa planificación conjunta de la actividad económica tiene que respetar las competencias de las Comunidades Autónomas. Si bien el Estado puede condicionar las competencias económicas de las Comunidades Autónomas, el margen que le queda entre las competencias de la Unión Europea y las de las Comunidades Autónomas es bien escaso para permitir una planificación como la que tiene en mente el art. 131 CE.

En último término, aunque no menos importante, desde el punto de vista económico, en un mundo cambiante, donde la revolución tecnológica requiere adaptaciones constantes a los operadores económicos y al propio Estado, la planificación general es simplemente imposible. Cuando el plan fuera a entrar en vigor la realidad subyacente a los preceptos de la planificación habría probablemente cambiado, haciendo inservibles las previsiones.

Si en la planificación sectorial, urbanística-ambiental, energética, de infraestructuras, la técnica del plan ha demostrado una y otra vez sus limitaciones, qué decir de la pretensión de establecer un plan general de toda la actividad económica.

Cuestión distinta es que el Estado, a través de sus competencias sectoriales y, sobre todo, de su competencia general sobre política económica (art. 149.1.13 CE), incida en la actividad económica de los particulares. El Estado pueda fijar objetivos de política económica general, siempre que sean compatibles con los objetivos de la política monetaria que incumbe al BCE y en el marco de las directrices macroeconómicas de la Unión Europea. Pero eso poco tiene que ver con la idea que el constituyente plasmó en el art. 131 y que resulta hoy en día jurídica, económica y políticamente inviable.

III. LA INTERPRETACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LOS CONFLICTOS DE COMPETENCIA

La única virtualidad jurídica de este artículo se ha producido en los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas, cuando el Estado ha hecho uso de planes económicos sectoriales o ha invocado su competencia sobre la planificación económica (art. 149.1.13.^a CE).

El TC viene sosteniendo la misma doctrina desde el año 1986:

«... el Tribunal debe señalar que el art. 131 de la Constitución responde a la previsión de una posible planificación económica de carácter general como indica su propio tenor literal, y que de los trabajos y deliberaciones parlamentarias para la elaboración de la Constitución se deduce también que se refiere a una planificación conjunta, de carácter global, de la actividad económica. Por ello, resulta claro que la observancia de tal precepto no es obligada constitucionalmente en una planificación de ámbito más reducido, por importante que pueda ser, como sucede en el caso de la reconversión y reindustrialización. Ello no quiere decir, obviamente, que no entre en el ámbito de la libertad del legislador —dentro del marco constitucional— el llevar a cabo la planificación por Ley, y previas las consultas que se estimaran pertinentes en la fase de elaboración de cada plan, para garantizar su mayor acierto y oportunidad. Pero, en lo que aquí interesa, debemos afirmar que el art. 131 de la Constitución contempla un supuesto distinto del objeto del Real Decreto-ley y de la Ley impugnados, por lo que la inobservancia del mismo no da lugar a la inconstitucionalidad de tales normas» (STC 29/1986, de 20 de febrero, FJ 3).

Explicado en otros términos, la planificación de la actividad económica nada tiene que ver con los planes inéditos regulados en el art. 131. Aquella competencia se refiere, en definitiva, a la política económica,

que unas veces se articula en planes sectoriales definidos, otras en normas económicas, y no en último lugar en medidas concretas de acuerdo con la coyuntura económica.

BIBLIOGRAFÍA

BAÑO LEÓN, J. M. y PUÑET LÓPEZ, P., «Artículo 131», en CASAS BAAMONDE, M. E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española*, 1.ª ed., Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008, págs. 1999-2004.

BASSOLS, COMA, M., «La reforma de la planificación económica en Francia: la Ley número 82-653, de 29 de julio de 1982», *Revista de Administración Pública*, núm. 98, mayo-agosto 1982, págs. 357-379.

- Constitución y sistema económico, Tecnos, Madrid, 1985.
- «La planificación económica», en Garrido Falla, F. (Dir.), *El modelo económico de la Constitución española*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1991.
- «Art. 131», en Alzaga Villaamil, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Edersa-Cortes Generales, Madrid, 1996.

GARRIDO FALLA, F., *Problemática jurídica de los planes de desarrollo económico*, Darro, Madrid, 1975.

KAISER, J. H., *Planificación*, vols. I, II y III, IEA, Madrid, 1974.

MEILÁN GIL, J. L., *La organización administrativa de los planes de desarrollo*, Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid, 1966.

SÁNCHEZ BLANCO, A., *El sistema económico de la Constitución española (Participación institucional de las Autonomías Territoriales y dinámica social en la economía)*, Civitas, Madrid, 1992.

SÁNCHEZ MORÓN, M., «Participación, neocorporativismo y Administración económica», en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991, págs. 3943-3977.

Artículo 132

1. La ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación.

2. Son bienes de dominio público estatal los que determine la ley y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental.

3. Por ley se regularán el Patrimonio del Estado y el Patrimonio Nacional, su administración, defensa y conservación.

Sumario: I. Introducción. II. El dominio público. 1. Aproximación al concepto: titularidad pública y afectación a un fin público (uso o servicio público) 2. Bienes integrantes del dominio público estatal. A) Determinados directamente por la Constitución. B) Determinados por la ley. 3. Consecuencias y efectos jurídicos de la demanialización: la cuestión de la expropiación de derechos privados preexistentes. 4. Titularidad de los bienes de dominio público y reparto de competencias relativas a su regulación y al desarrollo de actividades que con ellos se puedan realizar. 5. Principios informadores del régimen jurídico de los bienes demaniales: inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad. III. Los bienes comunales. IV. Los bienes patrimoniales. V. El patrimonio nacional.

GERMÁN FERNÁNDEZ FARRERES

CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

I. INTRODUCCIÓN

Por primera vez en nuestra historia constitucional e, incluso, en el constitucionalismo europeo, el art. 132 CE incorpora una serie de reglas a propósito de los bienes de dominio público o demaniales, los comunales, los patrimoniales y los que integran el Patrimonio Nacional. No obstante, más que su contenido sustantivo, **la principal significación de dicho artículo es que constitucionaliza una determinada categorización de los bienes públicos. Asume, en concreto, la tradicional distinción entre bienes de dominio**

público y bienes patrimoniales, con una referencia también a los comunales y a los del Patrimonio Nacional, para remitir seguidamente la concreción de su régimen jurídico (su administración, defensa y conservación) a lo que disponga el legislador (art. 132.3). No otra cosa sucede con los bienes del Patrimonio del Estado y con los que integran el Patrimonio Nacional. Y lo mismo cabe decir de los demaniales y comunales, aunque, en este caso, **también se constitucionalizan los principios fundamentales que vienen presidiendo su régimen jurídico (inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembar-**

gabilidad) (art. 132.1) y se procede a declarar, asimismo, el carácter demanial de determinados bienes por razón de sus características físicas o naturales (la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental), atribuyéndolos a la titularidad del Estado («dominio público estatal») (art. 132.2).

El contenido del art. 132 CE se resume en lo dicho. Un contenido que, a primera vista, pudiera parecer de escasa entidad. Sin embargo, como de inmediato se comprobará, no es así. Y es que el TC, con ocasión de resolver los diversos recursos de inconstitucionalidad planteados frente a leyes estatales y autonómicas reguladoras de las distintas clases de bienes públicos, ha deducido del mismo una serie de importantes consecuencias para la definitiva ordenación y régimen jurídico de los bienes públicos. De este modo, dada su trascendencia, el presente comentario se centra en la exposición de los principales contenidos de la jurisprudencia resultante del conjunto de Sentencias que han abordado el análisis e interpretación del art. 132 CE, entre las cuales —conviene ya indicarlo— presentan particular relieve las SSTC 227/1988, de 29 de noviembre (en relación con la Ley de Aguas), 149/1991, de 4 de julio (respecto de la Ley de Costas de 1988, así como las posteriores 233/2015, de 5 de noviembre, 6/2016, de 21 de enero, y 28/2016, de 18 de febrero, todas relativas a la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de Protección y Uso Sostenible del Litoral), y 166/1998, de 15 de julio (a propósito de la extensión de la regla de la inembargabilidad a los bienes patrimoniales).

II. EL DOMINIO PÚBLICO

1. Aproximación al concepto: titularidad pública y afectación a un fin público (uso o servicio público)

El art. 132 CE no explícita qué debe entenderse por dominio público, ni cuáles son los ele-

mentos constitutivos del mismo. Solo de manera indirecta y parcial predetermina ese concepto, al establecer los principios que habrán de inspirar su régimen jurídico y al declarar la condición demanial, en todo caso, de determinados bienes. Se presupone, por tanto, un determinado concepto de dominio público que, por ello mismo, conviene precisar como punto de partida.

Aunque no deja de ser una cuestión discutida en la doctrina, como bien lo atestigua el importante debate doctrinal sobre la concepción patrimonialista del dominio público que se remonta a la conocida polémica entre HAURIU y DUGUIT, puede decirse que la noción de dominio público no deja de asentarse en la titularidad pública del bien, aunque es, sobre todo, la afectación o destino del mismo a un fin público (sea un uso público o un servicio público) lo que la caracteriza. **Titularidad pública y afectación son, en efecto, los dos elementos que determinan la pertenencia de un bien al dominio público y su sujeción, por tanto, a un régimen jurídico singular o especial.** Una concepción del dominio público que no deja de reflejarse en el art. 132 CE, al referirse, de una parte, al dominio público estatal (de titularidad estatal) (art. 132.2), y, de otra, a su desafectación (art. 132.1), lo que solo se puede explicar a partir de su previa afectación.

Por lo que atañe a la titularidad, baste decir que, además de la expresa mención al dominio público estatal, el TC no ha dejado de referirse, sin plantearse ningún inconveniente para hacerlo, a la titularidad de los entes públicos [por ejemplo, STC 166/1998, de 15 de julio, FJ 11.b)]. Y aun cuando se ha dicho que la jurisprudencia constitucional se muestra contraria a una concepción patrimonialista del dominio público (entre otros, M. SÁNCHEZ MORÓN, 1997, págs. 28 y 35), fundando tal conclusión en que, como ha declarado el Tribunal, «son separables la propiedad pública de un bien y el ejercicio de competencias que lo utilizan como soporte natural», lo cierto es que esa separación presupone justamente la titularidad o propiedad del

bien. Ningún obstáculo constitucional se aprecia, por tanto, para poder seguir manteniendo que los bienes demaniales siempre son bienes referibles a una titularidad pública.

En cualquier caso, no cabe duda que mayor trascendencia presenta el segundo de los elementos, el relativo a la vinculación o destino de los bienes (afectación), los cuales, precisamente por darse esa afectación a un uso o servicio público, quedan excluidos del tráfico jurídico privado, calificándose de *res extra commercium*. Así lo ha confirmado la jurisprudencia constitucional (STC 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 14). Mientras que el primer elemento (la titularidad) es común, tanto a los bienes demaniales como a los bienes patrimoniales, la afectación marca la diferencia entre unos y otros. Una afectación que determina el singular y privativo régimen jurídico al que quedan sujetos los bienes demaniales (presidido, tal como dispone el art. 132.1 CE, por los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad), y que, cuando cesa, determina la transformación de la cualidad jurídica del bien, que, dejando de ser demanial, pasa a ser patrimonial (manteniéndose, por tanto, la titularidad).

Por tanto, **la afectación a un uso o servicio público se configura como el elemento definitorio fundamental de los bienes de dominio público**. La jurisprudencia no ha dejado de destacarlo en diversas ocasiones. Entre otras, la STC 166/1998, de 15 de julio, FJ 11. B), señala que «[...] es la afectación del bien a un uso público o a la prestación de un servicio público, entre otras finalidades constitucionalmente legítimas, lo que justifica su especial protección por parte del ordenamiento jurídico y, correlativamente, el deber de las Administraciones Públicas de proceder a su defensa mediante unas concretas facultades administrativas, también excepcionales». Y en el ap. C) del mismo FJ 11, aún se añade que «[...] en la inclusión por el legislador estatal de categorías enteras de bienes dentro del llamado “dominio público natural” están presentes fines constitucionalmente legítimos,

“vinculados en última instancia a la satisfacción de necesidades colectivas primarias”, como es el uso público de dichos bienes. Y en el caso de los bienes singularmente afectados a un servicio público, hemos declarado que tal afectación se halla “íntimamente vinculada a la gestión de cada servicio o actividad pública específica, de la que constituyen mero soporte material” (STC 227/1988, *ibidem*)».

En definitiva, el peculiar régimen jurídico de los bienes integrantes del dominio público, que el art. 132.1 CE diseña en sus grandes líneas maestras y que el legislador debe concretar de acuerdo con las mismas, trae causa directa e inmediata del hecho de tratarse de bienes de titularidad pública que se encuentran afectados a un uso público, a un servicio público o, incluso, a otras finalidades públicas, como es el caso del fomento de la riqueza nacional, o la protección de determinados bienes arqueológicos o, en fin, la garantía de la gestión y utilización controlada o equilibrada de determinados recursos esenciales o similares (STC 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 14). De ahí que **sin la concurrencia de ambos requisitos (titularidad y afectación) no resulta jurídicamente posible calificar a un bien como demanial, ni, por ende, sujetarlo al régimen jurídico propio del dominio público**.

Para terminar de perfilar mejor el concepto, conviene realizar dos precisiones finales.

La primera es que la afectación marca una diferencia fundamental entre **demanialización y reserva de recursos al sector público**, posibilitada por el art. 128.2 CE. De ahí que la STC 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 14, haya puntualizado que no son conceptos jurídicos equivalentes, pues cabe la reserva sin la incorporación al demanio y, viceversa, la demanialización del bien sin que el uso del mismo quede reservado a su titular. Una diferenciación, de todas formas, que no deja de ser discutible, tal como se ha señalado oportunamente en la doctrina (MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, 2003, 687 y ss.)

La segunda es que la **titularidad de los bienes demaniales no siempre recae en el Estado**. Aunque el art. 132.2 CE solo se refiere al dominio público adscrito a la titularidad del Estado, ello no determina que corresponda en exclusiva al Estado la incorporación de cualquier bien al dominio público, ni que, por tanto, todo bien que se integre en el demanio deba considerarse de titularidad estatal. Tanto la STC 227/1988, de 29 de noviembre, como la STC 149/1991, de 4 de julio, han insistido en este particular extremo, advirtiendo la primera de las citadas que «el art. 132.2 CE no es en sí mismo una norma de distribución de competencias, ni traza nítidamente la frontera entre un dominio público estatal y otro autonómico» (FJ 14). En consecuencia, **junto al dominio público estatal, resulta admisible un dominio público de las Comunidades Autónomas y también de las Entidades Locales territoriales, adscrito a sus respectivas titularidades**, lo que, como ha señalado la misma STC 227/1988, de 29 de noviembre, se concretará atendiendo «[...] al significado y alcance de la institución del dominio público», y de «[...] los preceptos constitucionales relativos a la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas que guardan directa relación con el régimen de la titularidad de los bienes».

2. Bienes integrantes del dominio público estatal

El art. 132.2 CE establece que «son bienes de dominio público estatal los que determine la ley y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental». Queda establecida, de este modo, una reserva de ley estatal para determinar los bienes que han de formar parte del dominio público adscrito a la titularidad estatal, lo que no es óbice para que la propia Constitución haya incorporado directamente al mismo algunas categorías de bienes en atención a sus características físicas o naturales.

A) *Determinados directamente por la Constitución*

Se trata de **bienes reconducibles a la tradicional calificación de dominio público natural**, aunque, en estrictos términos, el art. 132 CE haya prescindido de esa calificación. Todos ellos **responden a unas determinadas características físicas homogéneas**, aunque, en realidad, si la pretensión hubiera sido la integración *ex Constitutione* en el dominio público estatal de todos los bienes que por presentar determinadas e idénticas características naturales resultan claramente idóneos para quedar afectados al uso público, la enumeración sería manifiestamente incompleta (baste tener en cuenta a las aguas continentales, que no se mencionan, a pesar de la enmienda que para que así se hiciera se formuló en el Senado, tal como ha recordado S. MARTÍN-RETORTILLO, 1995, 44). La STC 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 14, lo ha advertido expresamente, al afirmar que «[...] con un criterio flexible, [el art. 132 CE] no ha pretendido agotar la lista o enumeración de los géneros de bienes que, asimismo, en virtud de sus caracteres naturales, pueden integrarse en el demanio estatal (“en todo caso”, reza el art. 132.2) [...]». De ahí que la enumeración de los bienes del “demanio natural” pueda ser completada por el legislador estatal».

En todo caso, **aun por relación a los que se refieren directamente como bienes del dominio público estatal, la intervención del legislador también resulta necesaria**. Como ha precisado la STC 149/1991, de 4 de julio, FJ 2.a), **corresponde al legislador definir, aun sin separarse de su valor léxico, los conceptos que utiliza el art. 132.2 CE** y, por tanto, establecer los criterios definitivos que considere más adecuados para determinar qué bienes forman parte de cada uno de ellos. Una determinación que, por lo demás, dentro del condicionante constitucional, puede llevar a considerar como partes integrantes del demanio a determinados supuestos que, hasta ese momento, no formaban parte del mismo, sin que por ello quede comprometida la constitucionalidad de la medida.

B) *Determinados por la ley*

Acabamos de ver que la enumeración, en el art. 132.2 CE, de los géneros de bienes que, en virtud de sus características naturales quedan integrados en el dominio público estatal, no impide que el legislador estatal complete esa enumeración. Así se prevé expresamente, **quedando igualmente referida la demanialización en virtud de ley a tipos o categorías genéricas de bienes que se definirán por reunir idénticas características naturales**. En la STC 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 14, se explica con claridad esta cuestión, al decir que «[la Constitución] ha querido explícitamente reservar a la ley, y precisamente a la ley estatal, la potestad de completar esa enumeración. Así se desprende, por lo demás, del inciso inicial de este art. 132.2: “Son de dominio público estatal los que determine la ley...”. Tanto el verbo utilizado —“son”, en vez de la expresión “pueden ser”—, como la misma reserva absoluta de ley indican a las claras que la Constitución se está refiriendo no a bienes específicos o singularmente identificados, que pueden ser o no de dominio público en virtud de una afectación singular, sino a tipos o categorías genéricas de bienes definidos según sus características naturales homogéneas». De manera que «[...] cuando se trata de categorías completas de bienes formados por la naturaleza, a semejanza de los que en el propio precepto constitucional se declaran de dominio público, el art. 132.2 exige la demanialización por ley y solo por ley del Estado».

La habilitación constitucional para que el legislador estatal incorpore al dominio público estatal otros géneros de bienes singularizados por sus características naturales homogéneas ha suscitado, no obstante, el **problema del margen de disponibilidad para adoptar la correspondiente decisión y, por consiguiente, para referir esa calificación a cualesquiera bienes**. En este sentido, desde la consideración de la clase de bienes que pueden ser objeto del dominio público, sin perjuicio de que, en principio, la noción de

dominio público es independiente de la cualidad material de las cosas, la realidad es que su extensión a supuestos como, por ejemplo, el espacio radioeléctrico, no deja de ser discutible. Aunque el Tribunal no ha objetado la calificación demanial del llamado espacio radioeléctrico, dando acogida a la misma (ya desde la STC 12/1982, de 31 de marzo, y otras posteriores como las SSTC 206/1990, de 17 de diciembre, 127/1994, de 5 de mayo, y 88/1995, de 6 de junio, con ocasión de justificar la constitucionalidad de la declaración de la televisión como servicio público esencial de titularidad del Estado), la realidad es que esa calificación termina siendo inapropiada a la vista de que lo que se persigue no es otra cosa que la ordenación y atribución de frecuencias, siendo por ello innecesario dar entrada a la nota de la extracomercialidad que caracteriza a los bienes demaniales (tal como ha señalado oportunamente FERNANDO PABLO, 1977, 107 y ss.).

Por otra parte, aun cuando por las propias características o cualidades materiales del bien nada pueda objetarse a su posible demanialización en virtud de ley, esta, en todo caso, debe contar con una **justificación objetiva, directamente vinculada a las finalidades de la institucional demanial, adoptándose, además, en términos de proporcionalidad**. Así lo ha señalado la STC 149/1991, de 4 de julio, FJ 2: «Es evidente que de los principios y derechos que la Constitución consagra cabe deducir sin esfuerzo que se trata de una facultad limitada, que no puede ser utilizada para situar fuera del comercio cualquier bien o género de bienes, si no es para servir de este modo a finalidades lícitas que no podrían ser atendidas eficazmente con otras medidas».

3. **Consecuencias y efectos jurídicos de la demanialización: la cuestión de la expropiación de derechos privados preexistentes**

En principio, si la integración de un determinado bien o de un género de bienes en el do-

minio público determina la privación de derechos patrimoniales privados preexistentes sobre los mismos, puede afirmarse que la demanialización conllevará una expropiación *ope legis* que, por imperativo constitucional (art. 33.3 CE), deberá ser objeto de la correspondiente indemnización. La jurisprudencia constitucional lo ha admitido con claridad, al reconocer que «[...] la garantía expropiatoria del art. 33 de la Constitución alcanza tanto a las medidas ablatorias del derecho de propiedad en sentido estricto, como a la privación de los “bienes y derechos” individuales, es decir, de cualquier derecho subjetivo e incluso interés legítimo de contenido patrimonial, entre los que se incluyen, sin duda, los derechos de aprovechamiento privativo o especial de bienes de dominio público», si bien no ha dejado de precisar que «distintas son las medidas legales de delimitación o regulación general del contenido de un derecho que, sin privar singularmente del mismo a sus titulares, constituyen una configuración *ex novo* modificativa de la situación normativa anterior», ya que «estas medidas legales, aunque impliquen una reforma restrictiva de aquellos derechos individuales o la limitación de algunas de sus facultades, no están prohibidas por la Constitución ni dan lugar por sí solas a una compensación indemnizatoria» (STC 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 11). También la STC 149/1991, de 4 de julio, FJ 8. A), siguiendo la misma pauta, ha puntualizado que «sustraer del comercio privado los terrenos que forman parte de la ribera del mar no es una regulación del derecho de propiedad y, en consecuencia, no puede decirse que las normas que disponen tal sustracción restrinjan o limiten más allá de lo necesario, ese derecho», aunque tampoco deja de reconocer que «[...] cosa bien distinta es que la eliminación de los derechos de propiedad privada existentes sobre terrenos que la Constitución incorporó al demanio pueda ser considerada como privación de tales bienes y haya de dar lugar, por consiguiente, a una indemnización, pues esta es cuestión que atañe al respeto de la garantía expropiatoria que la propia Constitución reconoce».

Planteada la cuestión en estos términos, lo cierto es que el legislador ha arbitrado diversas soluciones a fin de orillar las consecuencias indemnizatorias que, en otro caso, se habrían tenido que reconocer. Unas soluciones que, por lo demás, se han considerado jurídicamente posibles, quedando confirmada su constitucionalidad. Baste recordar, a este respecto, que la STC 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 12, consideró que la demanialización del conjunto de las aguas continentales que vino a establecer la Ley de Aguas de 1985 no tenía carácter expropiatorio, dado que las disposiciones transitorias segunda y tercera de dicha Ley permitían mantener, aunque con algunos condicionantes, la titularidad de los derechos adquiridos. Y, asimismo, en relación con los enclaves de titularidad privada en la zona marítimo-terrestre (que, como hemos visto, tras la Constitución queda integrada sin excepción en el dominio público de titularidad estatal), la STC 149/1991, de 4 de julio, FJ 8. B.a), concluyó que podía considerarse justa indemnización el derecho que la Ley de Costas reconoce a los propietarios de los mismos para seguir con su ocupación y aprovechamiento durante sesenta años sin pago de canon alguno, todo ello sin perjuicio de que «[...] nada impide, naturalmente, que los afectados por la expropiación puedan impugnar ante la jurisdicción competente el acto administrativo de conversión de su título dominical en título concesional para deducir ante ella las pretensiones que estimen pertinentes frente al mismo». Una precisión esta que, como se ha destacado en la doctrina (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1996, 146), resulta capital, pues viene a admitir «[...] la posibilidad de que los titulares de los viejos derechos dominicales extinguidos puedan postular [...] una indemnización complementaria que pueda justificarse en circunstancias específicas, distintas de las abstractas contempladas en el juicio de constitucionalidad [...]», aunque tampoco han faltado juicios más severos (por ejemplo, S. MARTÍN-RETORTILLO, 1995, 52, ya que considera que «no es jurídicamente correcta la equiparación de ambas fórmulas institucionales —propiedad y aprovechamiento—, pues,

«dígase lo que se diga, no es lo mismo ser propietario de un bien a perpetuidad, desde luego, con todos los condicionamientos y limitaciones funcionales que se quiera que, además, puede ser transmitido y ser objeto de herencia, que también tutela la Constitución, que titular de un derecho temporal a su aprovechamiento»; en la doctrina, más recientemente, de nuevo sobre toda esta problemática, que ha dado lugar a importantes desarrollos jurisprudenciales por parte del Tribunal Supremo preservando los derechos de los particulares, DESDENTADO DAROCA, 2007).

4. Titularidad de los bienes de dominio público y reparto de competencias relativas a su regulación y al desarrollo de actividades que con ellos se puedan realizar

Las Administraciones titulares de bienes públicos (sean de dominio público o patrimoniales) no pueden por razón de esas titularidades disponer de competencias que, aun incidiendo en los mismos, constitucionalmente no se les hayan atribuido. Quiere decirse, pues, que, **el título de propietario no habilita para disponer de competencias que constitucionalmente corresponden a otro**, de manera que, **al no ser el dominio público, ni la propiedad de cualesquiera otros bienes inmuebles, título competencial, sobre los mismos también se pueden proyectar las competencias de otros entes**.

La jurisprudencia constitucional lo ha destacado reiteradamente. En la STC 58/1982, de 27 de julio, FJ 1, ya se advirtió que el ap. 3 del art. 132 CE no es una norma atributiva de competencia, lo que de nuevo se recordó, entre otras, en STC 36/1994, de 10 de febrero, FJ 3. Así pues, los bienes públicos no otorgan a sus titulares competencias distintas a las que les correspondan con arreglo al orden constitucional de distribución de competencias, o, como se dijo con absoluta claridad en la STC 52/1994, de 24 de febrero, FJ 5, «tampoco es admisible que la propiedad de un

bien faculte a la Administración para realizar actividades que no le corresponden según el orden constitucional de competencias». Esta misma Sentencia, con cita de otras, aún añade: «La propiedad pública de un bien es separable del ejercicio de aquellas competencias que lo tienen como soporte natural o físico: la titularidad de un bien no otorga competencias, y las facultades inherentes al dominio sobre un bien solo pueden ser legítimamente utilizadas en atención a los fines públicos que justifican su propiedad pública, y respetando siempre el orden constitucional de competencias [SSTC 227/1988, FF.JJ. 14 y 15, y 149/1991, FJ 4. A)]». También por relación a los bienes de dominio público a los que se refiere expresamente el art. 132.2 CE (playas, zona marítimo-terrestre, mar territorial, etc.), la STC 40/1998, de 19 de febrero, FJ 59, recuerda que la titularidad estatal no puede entenderse como un título atributivo de competencias.

Ahora bien, que no sea título atributivo de competencias no significa que la titularidad de tales bienes no otorgue al Estado facultades encaminadas a su protección. Algo que ya se dijo en la STC 77/1984, de 3 de julio, FJ 3, y más tarde reiteraron las SSTC 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 14, y 103/1989, de 8 de junio, FJ 6.a). Se trata, por tanto, de una puntualización importante. Las más recientes SSTC 34/2014, de 27 de febrero, FJ 3, y 28/2016, de 18 de febrero, FJ 4, han insistido de nuevo en que, a pesar de no ser criterio de delimitación competencial, de la titularidad demanial derivan una serie de facultades para el Estado (definir el dominio y establecer el régimen de los bienes que lo integran, ejercer las competencias necesarias para preservarlo, mejorarlo, conservarlo y asegurar su adecuada utilización) que terminan condicionando o modulando las competencias autonómicas cuando estas se despliegan sobre ese demanio público estatal, lo que justifica, por ejemplo, que por el hecho de que determinada porción de dominio público quede adscrita para el ejercicio de la correspondiente competencia de otra Administración (caso de los puer-

tos de competencia autonómica, en el asunto debatido), la condición demanial no desaparezca y el bien continúe sometido a las determinaciones que el Estado pueda establecer.

Es claro, en definitiva, que, más allá de la precisión que se acaba de hacer, la distribución de competencias relativas a los bienes demaniales (y en general, a los de titularidad pública) se establece o resulta de lo dispuesto en el art. 149.1 CE y en los Estatutos de Autonomía, siendo varios los títulos competenciales a tener en cuenta, unos de carácter general y otros específicamente referidos a determinadas clases de bienes.

Desde la perspectiva del régimen general de protección y aprovechamiento de los bienes, el Estado ostenta diversas competencias exclusivas: entre otras, las previstas en el art. 149.1 CE, cláusulas 8.^a (relativa al establecimiento de la legislación civil), 13.^a (en relación con las bases de la ordenación general de la economía) y 18.^a (relativa al establecimiento de las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y la legislación básica de contratos y concesiones, lo que, como se ha destacado, entre otras, en SSTC 58/1982, de 27 de julio, 85/1984, de 26 de julio, 227/1988, de 29 de noviembre, y 149/1991, de 4 de julio, habilita al Estado para establecer el régimen jurídico básico de los bienes públicos, tanto demaniales y comunales, como patrimoniales). Lo mismo sucede, en fin, desde la consideración específica de determinados bienes, como es el caso de las cláusulas 20.^a (en relación con las costas y puertos), 22.^a (que se refiere a las aguas continentales), 25.^a (respecto de las minas), etc. Paralelamente, los Estatutos de Autonomía también prevén competencias a favor de sus respectivas Comunidades Autónomas, algunas generales (ordenación del territorio, por ejemplo), otras más específicas (como es el caso de la ordenación del litoral), sin perjuicio de todas las demás de carácter sectorial (aguas intracomunitarias, carreteras e infraestructuras también intracomunitarias, etc.). Se trata, en todo caso, de un complejo sistema de reparto de

competencias que, caso por caso, ha ido concretando el Tribunal a partir de las premisas generales expuestas.

Por otra parte, como ya hemos anticipado, la misma jurisprudencia constitucional ha precisado que la atribución de una competencia sobre un espacio físico determinado no impide necesariamente que sobre ese mismo espacio puedan ejercerse otras, razón por la cual la concurrencia competencial que en tales casos se produce requiere de mecanismos de articulación y coordinación que permitan la coexistencia de unas y otras competencias y prevengan, por tanto, la oposición y conflicto que, en otro caso, puede producirse (en este sentido, SSTC 113/1983, de 6 de diciembre, 77/1984, de 3 de julio, 149/1991, de 4 de julio, 40/1998, de 19 de febrero, etc.). De este modo, **tampoco es posible que las competencias que tienen una proyección territorial queden sin más inhabilitadas por el hecho de recaer sobre bienes inmuebles que ostentan la condición jurídica de demaniales**, razón por la cual el Tribunal ha tenido que corregir algunas determinaciones legales que limitaban, excluían o desapoderaban a su titular de las correspondientes competencias por el hecho de afectar o proyectarse en tales bienes.

Al respecto puede recordarse cómo la STC 102/1995, de 26 de junio, FJ 20, declaró la inconstitucionalidad del art. 21.3 de la Ley 4/1989, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres (en virtud del cual se reservaba al Estado la declaración y gestión de los espacios naturales protegidos cuando tuvieran por objeto la protección de las riberas del mar, de los ríos, del mar territorial y las aguas interiores y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental), pues, aunque la titularidad dominical comporta determinadas facultades, ello no otorga competencias que no correspondan por razón de los títulos atributivos de las mismas, ni excluye ni desplaza a los titulares de las mismas. O, también, cómo la STC 9/2001, de 18 de enero, recono-

ció que la Comunidad Autónoma competente en materia de acuicultura (la de Galicia, en concreto, en el caso planteado) era asimismo la competente para otorgar las autorizaciones y concesiones para el establecimiento de instalaciones o actividades acuícolas en terrenos de dominio público estatal, sin perjuicio, no obstante, de la necesidad de contar con el preceptivo informe favorable de la Administración estatal titular de los mismos (un informe que habrá de referirse, de todas formas, al ejercicio de facultades que, derivadas de la titularidad demanial, tengan por finalidad asegurar la protección de la integridad del dominio público). Quedan con ello delimitadas las potestades dominicales de preservación del dominio público de las competencias sobre determinadas actividades que necesariamente se proyectan e inciden en tales bienes, en unos términos, por lo demás, que, al analizar las correspondientes previsiones de la Ley de Costas de 1988 (arts. 51, 64, 110 y 112), la STC 149/1991, de 4 de julio, ha precisado con detalle.

5. Principios informadores del régimen jurídico de los bienes demaniales: inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad

La incorporación de un bien al dominio público conlleva su exclusión del tráfico jurídico, lo que explica el conjunto de reglas exorbitantes respecto de las que son comunes en el tráfico *iure privato*. En concreto, **los bienes de dominio público pasan a la condición de *res extra commercium* por razón de los fines que justifican su afectación a un uso público o a un servicio público**, en la generalizada expresión legal. Una consecuencia que, en los términos de la clásica explicación doctrinal, ha sido recordada por la STC 227/1988, de 29 de diciembre, FJ 14, en los siguientes términos:

«En efecto, la incorporación de un bien al dominio público supone [...] una técnica dirigida primordialmente

a excluir el bien afectado del tráfico jurídico privado, protegiéndolo de esta exclusión mediante una serie de reglas exorbitantes de las que son comunes en dicho tráfico *iure privato*. El bien de dominio público es así ante todo *res extra commercium* [...]»

Nada de extraordinario tiene, por tanto, que la propia Constitución enuncie los principios fundamentales que inspiran el régimen jurídico de los bienes demaniales en plena coherencia con esa exclusión del tráfico jurídico privado de los bienes que, por razón de los fines, se vincula al hecho de su integración en el dominio público. Se trata de principios arraigados que caracterizan a la institución demanial. Como se ha dicho (F. SAINZ MORENO, 1998, pág. 213), **la indisponibilidad de los bienes demaniales se concreta en la inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, siendo elementos del estatus jurídico de la cosa que garantizan la vinculación de la misma con la función pública a la que se encuentra afectada**. De este modo, aunque se admiten derechos individuales sobre los bienes de dominio público, siempre de acuerdo con lo que la ley establezca, **lo que resulta inconciliable con las reglas de la inalienabilidad y de la imprescriptibilidad del dominio público es, por de pronto, el reconocimiento de derechos privativos a perpetuidad**. La STC 227/1988, de 29 de noviembre, tuvo que abordar esta cuestión, señalando al respecto, en FJ 11, que:

«[...] a diferencia del derecho de propiedad privada, no sujeto por esencia a límite temporal alguno conforme a su configuración jurídica general, es ajeno al contenido esencial de los derechos individuales sobre bienes de dominio público, garantizado indirectamente por la Constitución a través de la garantía expropiatoria, su condición de derechos a perpetuidad o por plazo superior al máximo que determine la ley. Antes bien, ha de en-

tenderse que los derechos de aprovechamiento privativo a perpetuidad no son compatibles, en el plano de la efectividad no puramente formal de las normas jurídicas, con los principios de inalienabilidad e imprescriptibilidad de los bienes de dominio público que el art. 132.1 de la CE consagra, pues el significado y el alcance de estos principios no puede quedar reducido a la finalidad de preservar en mano de los poderes públicos la nuda titularidad sobre los bienes demaniales, sino que se extienden en sentido sustantivo a asegurar una ordenación racional y socialmente aceptable de su uso y disfrute, cuya incongruencia con la cesión ilimitada en el tiempo del dominio útil o aprovechamiento privativo resulta patente. Por ello, la limitación temporal de tales aprovechamientos privativos no es una privación de derechos, sino nueva regulación de los mismos que no incide en su contenido esencial.»

Si la inalienabilidad excluye la perpetuidad de los aprovechamientos privativos, **la imprescriptibilidad excluye que por el transcurso del tiempo puedan producirse usurpaciones de parcelas del dominio público.** Dogma de la imprescriptibilidad que tiene por objeto la defensa íntegra del dominio público, siempre que los bienes demaniales sigan afectados a un uso o servicio público. Surge así la cuestión, que ahora solo puede quedar apuntada, máxime al no haber tenido oportunidad el Tribunal de pronunciarse sobre la misma, de si la posesión continuada por un particular (sin título administrativo que lo legitime y sin que la Administración titular del bien recupere la posesión) puede producir la desafectación y posterior usucapión del bien. Una tesis (aceptada en líneas generales por la doctrina: por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA, 2007, 89 y ss.) que históricamente ha justificado la privatización de parcelas concretas del dominio público y que ahora encuentra el referido límite constitucional.

Por último, **la inembargabilidad es también consecuencia de la inalienabilidad de los bienes demaniales.** Una regla sobre la que la jurisprudencia constitucional ha tenido que pronunciarse, si bien lo haya sido con ocasión de su extensión por ley a los bienes patrimoniales, tal como veremos más adelante.

III. LOS BIENES COMUNALES

El art. 132.1 CE también se refiere a los bienes comunales, remitiendo a la ley la regulación de su régimen jurídico que, en todo caso, al igual que los bienes de dominio público, habrá de inspirarse en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad. Queda, de este modo, **constitucionalizada la categoría de bienes comunales, aunque el texto constitucional tampoco la define ni caracteriza.**

La jurisprudencia constitucional se ha limitado a señalar que los bienes comunales presentan «una naturaleza jurídica peculiar» (STC 4/1981, de 2 de febrero, FJ 14), sin adentrarse en mayores precisiones al no ser necesarias para dar respuesta a las cuestiones planteadas. Queda todo remitido, por tanto, a la configuración legal de los mismos (Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local de 1985, arts. 79.3 y 80.1), en cuyo análisis ahora no se puede entrar. Baste por ello decir que, más allá del debate sobre la titularidad de estos bienes, lo decisivo es que **el aprovechamiento de los mismos corresponde al común de los vecinos, de acuerdo con las ordenanzas locales o con la costumbre del lugar, correspondiendo a la entidad titular la administración y conservación de los bienes y la garantía de su integridad** (no faltan estudios completos sobre el régimen jurídico de los bienes comunales a los que poder remitir: desde una perspectiva histórica, obligada resulta la consulta de NIETO, 1964, y para el vigente régimen, entre otros, COLOM PIÁZUELO, 1994).

IV. LOS BIENES PATRIMONIALES

A diferencia de los demaniales y comunales, la remisión a la ley en orden a la regulación de la administración, defensa y conservación de los bienes que constituyen el patrimonio del Estado, es una remisión incondicionada. **La CE no fija ningún principio, ni criterio, con arreglo a los cuales deba establecerse ese régimen jurídico.** De manera que **es la vigente Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, la que ha establecido una regulación completa de los bienes patrimoniales de titularidad de las diversas Administraciones Públicas**, si bien, dado el reparto de competencias en la materia, su disposición final 2.^a ha precisado que dicha regulación no alcanza en su integridad a los bienes de las Administraciones autonómicas [un análisis completo de la Ley, en vol. col. (Coord. C. CHINCHILLA MARÍN), *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 2004].

No obstante, es preciso advertir que, a pesar de esa remisión incondicionada a la ley, **la STC 166/1998, de 15 de julio, ha impuesto una importante corrección a la tradicional regla de la inembargabilidad de los bienes patrimoniales o *privilegium fisci*.** Debe recordarse, a este respecto, que el régimen de la ejecución de condenas pecuniarias de la Administración en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa ha estado históricamente condicionado por el privilegio de la inembargabilidad de los bienes públicos —demaniales y también patrimoniales— y, en particular, de los fondos públicos. Un privilegio que, operando como un límite sustancial a la ejecución de las sentencias, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 13 de julio de 1998, ha respetado en su integridad. Sin embargo, esa tradicional regla, formulada en términos absolutos y generales, carece de fundamento suficiente cuando se enfrenta a la ejecución de sentencias judiciales, máxime al presentar un marcado carácter

subjetivo, vinculada al hecho, sin más, de la titularidad pública de los bienes e independientemente de su naturaleza y del destino o fin al que estén adscritos.

Pues bien, en tanto que el art. 132 CE no extiende el privilegio de la inembargabilidad a los bienes patrimoniales —aunque, ciertamente, tampoco lo prohíbe—, la STC 166/1998, de 15 de julio (y tras ella, las SSTC 201/1998, de 14 de octubre, 209, 210 y 211/1998, de 27 de octubre, y 228/1998, de 1 de diciembre), **ha rechazado que tales bienes sean insusceptibles de embargo cuando no estén afectos materialmente a un uso o servicio público.** Se trata de una Sentencia destacada como lo prueba el interés que ha despertado en la doctrina (entre otros muchos más, pueden recordarse los comentarios de CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, 1998, 11 y ss.; COLOM PIAZUELO, 1999, 17 y ss.; BALLESTEROS MOFFA, 1999, 195 y ss.; y FANLO LORAS, 1999, 35 y ss.), pues ha materializado una importante reconsideración del tradicional *privilegium fisci*, verdadero escollo para la plena efectividad de la ejecución de las condenas pecuniarias a la Administración.

En lo fundamental, y sin poder entrar en detalles, según el Tribunal debe reconocerse la posibilidad de embargo de los bienes públicos, con la excepción, no obstante, de los bienes demaniales, los comunales «[...] e, incluso, los patrimoniales que se hallen materialmente afectados a un uso o servicio público» (aunque este último supuesto no deja de ser anómalo si se parte, tal como lo hace la Sentencia, de la caracterización negativa de los bienes patrimoniales como aquellos bienes no afectados al uso o al servicio público), una vez que, de esa forma, «[...] se salvaguarda no solo la seguridad jurídica (art. 9.3 CE), sino también la eficacia de la Administración [Local, en el caso enjuiciado] y la continuidad en la prestación de los servicios públicos (art. 103.1 CE). Máxime si tal selección e individualización se halla sujeta a un obligado control jurisdiccional al acordarse el embargo» (FJ 14). De ahí, tal como se apostilla en el

FJ 15, que «[...] observado el procedimiento para la válida realización del pago (art. 154.4 LHL y concordantes) si el ente local deudor persistiera en el incumplimiento de su obligación de satisfacer la deuda de cantidad líquida judicialmente declarada, el privilegio de inembargabilidad de los “bienes en general” de las Entidades locales que consagra el art. 154.1 LHL, en la medida en que comprende no solo los bienes demaniales y comunales, sino también los bienes patrimoniales pertenecientes a las Entidades locales que no se hallan materialmente afectados a un uso o servicio público, no resulta conforme con el derecho a la tutela judicial efectiva que el art. 24.1 CE garantiza a todos, en su vertiente de derecho subjetivo a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes». Por lo demás, esta modulación de la tradicional regla de la inembargabilidad de los bienes públicos frente a las sentencias condenatorias de la Administración de carácter pecuniario, aunque establecida con ocasión de los bienes de titularidad de entes locales, es de aplicación a los demás supuestos en los que la ley prohíba el embargo de cualquier tipo de bienes públicos (en este mismo sentido, toda la doctrina más arriba citada que ha comentado la referida sentencia).

La rectificación, por tanto, es de gran importancia, aunque, a juicio de algunos sectores doctrinales, aún es necesario ir más lejos, y ello porque **la referida Sentencia (en su FJ 9), así como la posterior STC 228/1998, de 1 de diciembre (FJ 3), han dejado a salvo el privilegio de la inembargabilidad cuando se trata de «[...] fondos o saldos de cuentas de titularidad municipal, puesto que constituyen ingresos de las Haciendas Locales, cuyo objeto es el sostenimiento de un servicio o uso público que prestan las Corporaciones Locales»,** añadiendo que es, precisamente, este destino a la satisfacción de intereses y finalidades públicas lo que fundamenta constitucionalmente su inembargabilidad». **Ese entendimiento del dinero como bien inembargable ha sido criticado, en efecto, con argumentos que**

no pueden pasar desapercibidos. Se ha dicho, en concreto, que dichas sentencias «[...] no han debido excluir de la ejecución judicial el dinero, mercancía abstracta, fungible y de cambio por excelencia, con el que por ello pueden atenderse tanto funciones públicas como privadas, y cuyo importe puede suplirse inmediatamente por operaciones de crédito, sin que tenga que recaer únicamente sobre el ejecutante el peso de su relevancia general». Más aún, el dinero «[...] es el llamado por su naturaleza, más que los bienes materiales, que remiten a un sistema económico, de trueque, a cubrir la función de garantía del tráfico sobre la que se organiza el mercado» (en este sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, 2006, 674 y ss.; con anterioridad a dichas Sentencias, ya lo había mantenido el propio GARCÍA DE ENTERRÍA, 1992, 107 y ss.). Por eso, a pesar de haberse abierto brecha, no se ha terminado de resolver definitivamente el problema, lo cual no debe exigir especiales esfuerzos una vez admitida la embargabilidad de los recursos patrimoniales. En definitiva, **la culminación del proceso pasa sencillamente por la definitiva superación del viejo tópico de la inejecutabilidad de los fondos públicos.**

En todo caso, la doctrina jurisprudencial expuesta ha llevado a que en la ya citada Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, se haya corregido o matizado el alcance del privilegio de la inembargabilidad, al menos en su tradicional formulación, por cuanto ahora queda circunscrito a «los bienes y derechos patrimoniales cuando se encuentren materialmente afectados a un servicio público o a una función pública, cuando sus rendimientos o el producto de su enajenación estén legalmente afectados a fines determinados, o cuando se trate de valores o títulos representativos del capital de sociedades estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general» (art. 30.3 LPAP). Y respecto del cumplimiento de las resoluciones judiciales que determinen obligaciones a cargo de la Administración General del Estado o de sus or-

ganismos, se añade que dicho cumplimiento «se efectuará de conformidad con lo dispuesto en los arts. 44 de la Ley General Presupuestaria, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre [ya derogada por la LGP de 2003], y 106 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa» (art. 30.3 LPAP).

V. EL PATRIMONIO NACIONAL

También establece el art. 132.2 CE que la ley regulará el Patrimonio Nacional. Nada más se dispone, por lo que de nuevo **la relevancia de la previsión radica en la constitucionalización de una nueva categoría de bienes, la que históricamente se ha referido al conjunto de bienes que formaron el Patrimonio Real o Patrimonio de la Corona y que en la actualidad, desde la Ley de 7 de marzo de 1940, se denomina Patrimonio Nacional.**

La remisión a la ley se ha concretado con la aprobación de la Ley 23/1982, de 16 de junio, reguladora del Patrimonio Nacional, a la que se ha sumado la Ley 44/1995, de 27 de diciembre, con el objetivo de dispensar una especial protección medioambiental para los bienes que destacan por su valor para el medio ambiente (caso, por ejemplo, del monte de El Pardo, el bosque de Riofrío, o del bosque de La Herrería) En lo fundamental, el Patrimonio Nacional queda integrado por un conjunto de bienes muebles e inmuebles que, atribu-

yéndose a la titularidad del Estado, quedan afectados al uso y servicio del Rey y de los miembros de la Real Familia para el ejercicio de la alta representación que les corresponde. El art. 4 de la Ley de 1982 procede a la enumeración de dichos bienes, si bien pueden incorporarse nuevos bienes por afectación propuesta al Gobierno por el Consejo de Administración del Patrimonio Nacional o por donaciones hechas al Estado a través del Rey. Cabe también la desafectación de bienes del Patrimonio, aunque la misma no puede alcanzar a bienes muebles o inmuebles de valor histórico-artístico. Además, se integran en el Patrimonio Nacional los derechos y cargas sobre las Fundaciones y Reales Patronatos enumerados por la propia Ley y cuyo protectorado corresponde al Rey.

Por lo demás, la regulación legal declara la inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad de los bienes, los cuales gozan del mismo régimen de exenciones tributarias que los bienes de dominio público, y establece que serán inscritos en el Registro de la Propiedad como de titularidad estatal. Y, asimismo, el Ministerio de Hacienda podrá ejercer las prerrogativas de recuperación, investigación y deslinde que corresponden al Estado respecto de los bienes de dominio público. Por último, la gestión y administración de los bienes y derechos del Patrimonio Nacional se atribuye a un Consejo de Administración, que se configura como una entidad de Derecho Público que, con personalidad jurídica y capacidad de obrar, orgánicamente, depende de la Presidencia del Gobierno.

BIBLIOGRAFÍA

BALLESTEROS MOFFA, L. A., «La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el privilegio de inembargabilidad de los bienes y derechos públicos (comentario a la STC 166/1998, de 15 de julio)», *RAP*, núm. 148, 1999, págs. 195 y ss.

CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L., «El privilegio de inembargabilidad ante el Tribunal Constitucional (un comentario de urgencia a la STC 166/1998, de 15 de julio)», *REALA*, núm. 278, 1998, págs. 11 y ss.

COLOM PIAZUELO, E., *Los bienes comunales en la legislación de régimen local*, Tecnos, Madrid, 1994.

- «Los bienes públicos y su estatuto jurídico: reflexiones en torno a la inconstitucionalidad del principio de inembargabilidad de los bienes públicos declarada por la STC 166/1998, de 15 de julio», Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, núm. 19, 1999, págs. 17 y ss.

DESDENTADO DAROCA, E., *La expropiación de los enclaves privados en el litoral*, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2007.

FANLO LORAS, A., «El alcance del principio de inembargabilidad de los bienes y derechos de las Entidades Locales: a propósito de la STC 166/1998, de 15 de julio», *Justicia Administrativa*, núm. 3, 1999, págs. 35 y ss.

FERNANDO PABLO, M. F., «Sobre el dominio público radioeléctrico: espejismo y realidad», *RAP*, núm. 143, 1977, págs. 107 y ss.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Sobre el principio de inembargabilidad, sus derogaciones y sus límites constitucionales y sobre la ejecución de sentencias condenatorias de la Administración», *REDA*, núm. 52, 1987, págs. 485 y ss. (incluido posteriormente en su libro *Hacia una nueva Justicia administrativa*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1992, págs. 107 y ss.).

- «Las expropiaciones legislativas desde la perspectiva constitucional. En particular, el caso de la Ley de Costas», *RAP*, núm. 141, 1996, págs. 131 y ss.
- «Sobre la imprescriptibilidad del dominio público», en *Dos estudios sobre la usucapión en Derecho Administrativo*, 4.ª ed., Civitas, Madrid, 2007, págs. 89 y ss.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R., *Curso de Derecho Administrativo II*, 10.ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2006, págs. 674 y ss.

GONZÁLEZ GARCÍA, J., *La titularidad de los bienes de dominio público*, Marcial Pons, Madrid, 1998.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., *Titularidad y aprovechamiento de las aguas*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1995.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., «La *publicatio* de recursos y servicios», en vol. col. *Estudios de Derecho Público Económico. Libro homenaje al profesor Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003, págs. 687 y ss.

NIETO GARCÍA, A., *Los bienes comunales*, Madrid, 1964.

SAINZ MORENO, F., «Comentario al art. 132», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, 2.ª ed., Madrid, 1998, págs. 83 y ss.

SÁNCHEZ MORÓN, M., «Los bienes públicos en general», en SÁNCHEZ MORÓN, M. (Dir.), *Los Bienes Públicos (Régimen Jurídico)*, Tecnos, Madrid, 1997, págs. 19 y ss.

Artículo 133

- 1. La potestad originaria para establecer los tributos corresponde exclusivamente al Estado, mediante ley.*
- 2. Las Comunidades Autónomas y las Corporaciones locales podrán establecer y exigir tributos, de acuerdo con la Constitución y las leyes.*
- 3. Todo beneficio fiscal que afecte a los tributos del Estado deberá establecerse en virtud de ley.*
- 4. Las administraciones públicas solo podrán contraer obligaciones financieras y realizar gastos de acuerdo con las leyes.*

Sumario: I. Introducción. II. Una categoría dogmática acaso trasnochada y (quizá por ello) ausente en la norma constitucional: el poder financiero. III. El poder de gravar y el deber de contribuir. IV. Los titulares del poder tributario. V. La potestad tributaria originaria y exclusiva del Estado. VI. La potestad tributaria (limitada) de las Comunidades Autónomas. VII. El poder tributario de los Entes Locales. VIII. El establecimiento de beneficios fiscales. IX. El poder de gasto o de autorización presupuestaria.

GABRIEL CASADO OLLERO

CATEDRÁTICO DE DERECHO FINANCIERO Y TRIBUTARIO
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
ABOGADO

I. INTRODUCCIÓN

1. El **poder financiero**, esto es, el poder legislativo en materia financiera, no es otra cosa que el poder de legislar en materia de ingresos y gastos públicos y, por ello, constituye uno de los atributos y manifestaciones esenciales del poder político. La Constitución de 1978 no alude explícitamente al poder financiero. El Tribunal Constitucional utiliza a veces la expresión (SSTC 13/1992, 163/1994, 68/1996, 3/2003, 136/2011, 32/2012, 89/2012, 123/2012, 27/2017, entre otras), pero sin efectuar de ella análisis ni desarrollo alguno.

El art. 133 CE se ocupa aisladamente, y quizá sin saberlo, de tres concretas manifestaciones del poder financiero: el **poder de gravar** o, si se prefiere, el **poder tributario** o la potestad de establecer y exigir tributos (art. 133.1 y 2); el **poder de desgravar** (exonerar o dispensar), estableciendo beneficios fiscales (art. 133.3) y, en fin, el **poder de gastar**, esto es, de contraer obligaciones financieras y realizar gastos (art. 133.4).

2. Como quiera que el **poder político** y, por lo mismo, el **poder financiero** encuentran su máxima y mejor expresión en la **Ley**

(expresión, a su vez, de la voluntad popular, según reza el Preámbulo constitucional), el Constituyente se encargó de reiterar en el mismo art. 133 que el ejercicio de cada una de las referidas manifestaciones del poder financiero habría de efectuarse «mediante Ley», «en virtud de Ley», «de acuerdo con las leyes».

3. La jurisprudencia que hasta la fecha ha recaído sobre el artículo que comentamos se prodiga en citas a diferentes apartados del precepto (fundamentalmente a sus dos primeros), pero sería vano buscar en ella un análisis global del significado y del sentido general del art. 133 en el contexto constitucional.

Por lo demás, las ciertamente abundantes referencias jurisprudenciales a los aps. 1 y 2 del artículo casi siempre se limitan a reproducir su tenor literal, poniéndolo en relación la mayoría de las veces (y, a mi entender, de manera innecesaria por reiterativa) con la genuina reserva de Ley del art. 31.3 CE y otras (además de con la reserva de Ley) con el bloque de preceptos referidos al sistema constitucional de distribución de **competencias financieras** entre el Estado, las Comunidades Autónomas y los Entes Locales (entre otros, los arts. 137, 149.1.14, 156 y 157.3 CE).

4. Los aps. 1 y 2 contienen la clave para la **distribución del poder tributario** en el Estado de las Autonomías. En ellos «**regulándose la relación entre ordenamientos en este ámbito**, se enuncia tanto la potestad originaria del Estado para, mediante Ley, establecer los tributos como la posibilidad de que las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales establezcan y exijan tributos, de acuerdo con la Constitución y las Leyes» (STC 233/1999, FJ 10): «Procura así la Constitución —como pronto hizo ver el Tribunal Constitucional— integrar las exigencias diversas, en este campo, de la **reserva de Ley** estatal y de la **autonomía territorial** (...)» (STC 4/1981, de 2 de febrero, FJ 4; doctrina reiterada en SSTC 221/1992, FJ 8;

233/1999, FJ 10; y AATC 123/2009, FJ 3; 110/2017, FJ 4; 111/2017, FJ 4).

El ap. 1 declara y reconoce **una competencia estatal, originaria y exclusiva**, sobre la materia tributaria que «no puede quedar enervada por disposición alguna de inferior rango» (SSTC 181/1988, FJ 3; 192/2000, FJ 6; 16/2003, FJ 11; 72/2003, FJ 5; 100/2012, FJ 7; 118/2016, FJ 7); competencia que ha venido utilizando el legislador estatal en conexión con los arts. 149.1.14 y 157.3 CE como uno de los títulos que habilita al Estado «para regular no solo sus propios tributos, sino también el marco general de todo el sistema tributario (...)» (SSTC 192/2000, FJ 6; 72/2003, FJ 5); y constituye, dada la forma textual con que aparece formulada, la **concreción** explícita de la posición de supremacía conferida al Estado por el Ordenamiento.

El **ap. 2** se ha invocado, tanto por el legislador estatal como por el Tribunal Constitucional, fundamentalmente para afrontar uno de los problemas-clave en la ordenación de la Hacienda Local o, si se prefiere, en la articulación de las relaciones entre el Estado y los Entes Locales en materia tributaria, a saber: la necesidad de asegurar la subsistencia equilibrada entre dos imperativos constitucionales (**autonomía local y legalidad tributaria**), que no podrán abolirse entre sí en su respectivo despliegue (SSTC 179/1985; 19/1987; 233/1999, entre otras). En cambio, tratándose de la delimitación de las competencias tributarias de las Comunidades Autónomas, tanto el legislador como el Tribunal Constitucional invocan el **ap. 1** del art. 133, junto a los arts. 149.1.14, 156 y 157.3 CE, para fundamentar la competencia del Estado para regular **el marco general de todo el sistema tributario y la delimitación de las competencias financieras de las Comunidades Autónomas respecto de las del propio Estado**: «Hay que partir de que el Estado tiene atribuida la competencia exclusiva en materia de “Hacienda general” (art. 149.1.14 CE), así como la potestad originaria para establecer tributos mediante ley (art. 133.1 CE), lo que, unido a que

también corresponde al legislador orgánico la regulación del ejercicio de las competencias financieras de las Comunidades Autónomas, (art. 157.3 CE), determina que aquel “sea competente para regular no solo sus propios tributos, sino también el marco general de todo el sistema tributario y la delimitación de las competencias financieras de las Comunidades Autónomas respecto de las del propio Estado” (STC 72/2003, de 10 de abril, FJ 5)» (SSTC 31/2010, FJ 130; con base en lo declarado en SSTC 192/2000, FJ 6; 16/2003, FJ 11, y 72/2003, FJ 5; y reiterado más tarde, entre otras, en SSTC 32/2012, FJ 6; 123/2012, FJ 7; 101/2013, FJ 3; 26/2015, FJ 4).

5. El **ap. 3** («todo beneficio fiscal que afecte a los tributos del Estado deberá establecerse en virtud de Ley») le permite al Tribunal Constitucional concluir que «hay una legalidad estricta que comprende el establecimiento de los beneficios fiscales, entre los que se cuentan, sin duda, las exenciones y las bonificaciones, pero no cualquier regulación de ellos» (STC 6/1983, de 4 de febrero, FJ 4).

6. El **ap. 4**, en fin, se limita a formular el principio de legalidad en materia de gasto público (SSTC 166/1998, FJ 4; 130/2013, FJ 5; 41/2016, FJ 3; 111/2016, FJ 5; 45/2107, FJ 3).

7. En realidad, aquí y en esto se agota el contenido esencial del art. 133 CE. Sin embargo, para que la exposición **sucinta y breve** del precepto que comentamos resulte, a la vez, **completa y rigurosa**, debiera necesariamente incluir alguna referencia a la categoría conceptual (**poder financiero**) en la que, al menos, en el plano dogmático, se engloba tanto

la potestad de **gravar** [o de establecer y exigir tributos (art. 133.1 y 2)], como la de **desgravar** o exonerar, mediante exenciones y beneficios fiscales (art. 133.3) y la de **gastar**, en fin, contrayendo obligaciones financieras y realizando gastos públicos (art. 133.4).

Por igual razón, sería menester agregar algunas consideraciones específicas sobre cada una de las manifestaciones del poder financiero aludidas en los diferentes apartados del artículo, y sobre la aplicación que de ellas se hizo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, relacionándolas con otros preceptos constitucionales.

8. Huelga, en fin, anotar que la indudable conexión existente entre los preceptos que integran el sistema constitucional de distribución de competencias financieras y tributarias, entre los entes públicos que conforman la estructura político-territorial del Estado, induce a previsibles pero inevitables lagunas, reiteraciones y/o solapamientos en el análisis singularizado de cada uno de los artículos constitucionales, según se opte por la brevedad o por la completud del comentario.

II. UNA CATEGORÍA DOGMÁTICA ACASO TRASNOCHADA Y (QUIZÁ POR ELLO) AUSENTE EN LA NORMA CONSTITUCIONAL: EL PODER FINANCIERO

1. Con el constitucionalismo del siglo XIX se culmina un largo proceso histórico en el que, tanto el establecimiento de tributos¹ como la aprobación de los Presupuestos² pasan a ser

¹ Proceso histórico que se inicia con la imposición de tributos a los pueblos vencidos en contiendas bélicas y concluye con el establecimiento de tributos por el Parlamento de forma ordenada y conforme a Derecho. El tributo deja de ser símbolo de sometimiento (para los súbditos) y de poderío militar (para quienes lo imponen) y se convierte en un instituto jurídico con carta de ciudadanía en el mundo del Derecho.

² Recuerda el Tribunal Constitucional que «el Presupuesto nace vinculado al parlamentarismo», y que «el origen remoto de las actuales Leyes de Presupuestos hay que buscarlo en la autorización que el monarca debía obtener de las Asambleas estamentales para recaudar tributos de los súbditos. [...] Como consecuencia directa de este principio de **autoimposición**, surgió el derecho de los ciudadanos, no solo a consentir los tributos, sino también a conocer su justificación y el destino a que se afectaban [...]. Los primeros Presupuestos [...] constituían la autorización del Parlamento al Monarca respecto de los ingresos que podía recaudar de los ciudadanos y los gastos máximos que podía realizar y, en este sentido, cumplían la función de

competencia reservada al Parlamento, y tanto la aplicación y efectividad del tributo como la ejecución presupuestaria, constituyen actividad reglada y sometida al Derecho.

El **poder financiero** aparece así como una manifestación y, a la vez, un atributo esencial del **poder político**, esto es, de la facultad de dictar normas generales de conformidad con la **idea de Derecho** y con el conjunto de valores, principios y objetivos plasmados en el texto constitucional. Como tal manifestación del **poder político**, el **poder financiero** solo se le reconoce a los entes de naturaleza política, esto es, a los **entes públicos territoriales** representativos de los intereses generales y primarios de **un pueblo**, es decir de una **población** establecida en un **territorio**.

Admitido que el ejercicio del poder político encuentra su máxima expresión en la ley, y que es la ley la que atribuye a los diferentes órganos del Estado la titularidad y el ejercicio de concretos poderes jurídicos, el poder financiero deja de aparecer como un arsenal de potestades discrecionales e ilimitadas, para convertirse en un conjunto de **competencias constitucionales en materia financiera**: en esencia, aprobar los Presupuestos, autorizar el gasto público y establecer y ordenar los recursos financieros necesarios para sufragarlo.

Conquistado el «derecho a fiscalizar y controlar el ejercicio del poder financiero» (SSTC 3/2003, FJ 3; 136/2011, FJ 11; 34/2018, FJ 6), «son los representantes de los ciudadanos los que deben autorizar la exacción de las prestaciones patrimoniales de carácter público (art. 31.3 CE), (y) es también al Parlamento a quien corresponde autorizar la cuantía y el destino del gasto, así como el límite temporal

de los créditos presupuestarios (art. 134.2 CE)» (STC 3/2003, de 16 de enero, FJ 4).

2. Identificándose el poder financiero con el poder legislativo en materia financiera (RODRÍGUEZ BEREJO), cabe preguntarse qué sentido tiene hablar de poder **financiero** cuando se legisla en materia de ingresos y gastos, mientras que no se habla de un poder **civil, administrativo** o **penal** al legislar en estos otros ámbitos. No existe ninguna explicación razonable, sino solo un considerable lastre histórico que todavía gravita sobre las instituciones financieras, y explica la pervivencia de un concepto del poder financiero percibido, a veces, como un poder incondicionado e irresistible para el ciudadano, e impermeable o renuente a la plena penetración del Derecho en esta parcela de la actividad pública.

En la actualidad, el poder financiero se ha **desvinculado definitivamente de la idea de soberanía**, concepto este que, adecuado a la problemática jurídico-política de la Monarquía absoluta, carece de sentido en el moderno Estado constitucional, en el que el Estado en cuanto persona (es decir, en cuanto sujeto de derechos y obligaciones, de potestades y deberes, de situaciones jurídicas en general) no puede considerarse soberano; como cualquier otra persona se halla sometido al Ordenamiento, del que brotan en última instancia dichas situaciones jurídicas (RODRÍGUEZ BEREJO, RAMALLO MASSANET).

Ni siquiera en el **plano internacional** conserva su plenitud de sentido la idea de soberanía, habida cuenta de la quiebra provocada en el dogma clásico de la indivisibilidad de la soberanía por las organizaciones supranacionales de integración, de las que constituye una muestra señera la Unión Europea. Pero

control de toda la actividad financiera del Estado [...]. El Presupuesto es la clave del parlamentarismo ya que constituye la institución en que históricamente se han plasmado las luchas políticas de las representaciones del pueblo (Cortes, Parlamentos o Asambleas) para conquistar el derecho a fiscalizar y controlar el ejercicio del poder financiero: primero, respecto de la potestad de aprobar los tributos e impuestos; después, para controlar la administración de los ingresos y la distribución de los gastos públicos» (SSTC 3/2003, FJ 3; 136/2011, FJ 11); lo que encuentra su reflejo directo en el principio de legalidad en los ingresos y en el gasto público [SSTC 185/1995, FJ 3; 233/1999, FF. JJ. 7, 9 y 10.a); 34/2018, FJ 6].

desde luego, en el **plano interno**, la soberanía se transforma en el conjunto de **competencias** previstas en la Constitución y en el resto del Ordenamiento jurídico y distribuidas entre el Estado y los entes públicos territoriales que lo integran.

En nuestra realidad constitucional ni el carácter «absoluto» e «irresistible» del poder soberano se compadece con los límites y exigencias de un Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE), ni el carácter «indivisible» e «inalienable» tradicionalmente atribuido a dicho poder concuerda con el sistema constitucional de distribución territorial de competencias en el Estado de las Autonomías (art. 137 CE), ni con la posibilidad constitucionalmente reconocida de «cesión», «atribución», «transferencia» o «delegación» de parte de ese poder («facultades» o «competencias») tanto en favor de organizaciones o instituciones internacionales o supranacionales (art. 93 CE), como en favor de las propias Comunidades Autónomas (arts. 150.1 y 2 y 157.1 y 3 CE). No hay lugar, en el Estado de Derecho, para un poder soberano, es decir, para un poder sustraído a toda regla; de forma que en un Estado de Derecho el poder financiero, al igual que cualquier otra manifestación del poder político, debe ejercitarse en el marco del Derecho, esto es, del Ordenamiento jurídico en su conjunto (y no solo en el de las concretas normas jurídicas, conforme a los postulados del hoy definitivamente superado positivismo legalista). Es, pues, el Ordenamiento jurídico en su totalidad el que, al tiempo que **legitima, delimita** el ejercicio del poder financiero en sus distintas manifestaciones.

3. Por último, y en parte como consecuencia de lo anterior, se ha ido progresivamente reconociendo la **heterogeneidad del contenido del poder financiero**, como conjunto de **competencias** y **potestades** proyectadas sobre la actividad financiera o sobre la Hacienda Pública. La heterogeneidad no deriva solo de la diversidad de materias abarcadas por las competencias financieras (aunque sea usual la distinción entre poder o competencias tributa-

rias y competencias presupuestarias) sino también de la imposibilidad de reconducir a una categoría unitaria el conglomerado de poderes, potestades, funciones y derechos relativos a la Hacienda Pública, y de los que son titulares los diferentes entes públicos territoriales. Se cuestiona por ello la utilidad y el sentido actual de un concepto omnicomprensivo como el de **poder financiero**, que paulatinamente va sustituyéndose (en el lenguaje doctrinal, jurisprudencial y normativo) por el más preciso de **competencias financieras** (normativas o de gestión y ejecución). Como dejó escrito M. GARCÍA PELAYO, la «**estructuración jurídica del poder**, en cuanto asigna a los órganos e instituciones un círculo de actividad objetivamente delimitado, establece el procedimiento con arreglo al cual ha de realizarla, y confiere los poderes adecuados a ello, **se manifiesta como un sistema de competencias** (...)».

En definitiva, el poder financiero no puede concebirse en la actualidad como una categoría unitaria derivada de la soberanía, sino como una forma abreviada de designar las competencias en materia hacendística; esto es, como el **haz de competencias constitucionales y de potestades administrativas de que gozan los entes públicos territoriales, representativos de intereses primarios, para establecer y gestionar el sistema de ingresos y gastos públicos**.

III. EL PODER DE GRAVAR Y EL DEBER DE CONTRIBUIR

1. En la medida en que uno y otro se presuponen y condicionan mutuamente, el **poder de gravar**, esto es, de establecer y exigir tributos (art. 133.1 y 2 CE) representa el reverso o la otra cara del **deber de contribuir** (art. 31.1 CE); constituyendo este último causa (presupuesto) y, al mismo tiempo, consecuencia de aquel.

La Constitución impone el deber general de contribuir («todos contribuirán») «mediante un sistema tributario justo» (art. 31.1 CE), cuya

ordenación **reserva** (art. 31.3 CE) y **atribuye** (art. 133.1 y 2 CE) al legislador; de ahí que el deber de contribuir resulte ser un **deber constitucional de configuración legal**³; y «solo a partir de él —advierte la STC 182/1997— puede entenderse cabalmente la singular posición que ocupan el Estado y los demás entes públicos como **titulares del poder tributario**, y los ciudadanos en cuanto **sujetos de ese deber constitucional**» (FJ 6).

Huelga señalar que en la «**configuración legal**» del deber de contribuir los titulares del poder **tributario** habrán de respetar la «**configuración constitucional** (de este mismo deber) **clarificada por nuestra jurisprudencia** al abordar distintos aspectos atinentes a la norma del art. 31.1 CE (SSTC 27/1981, FJ 4; 37/1987, FJ 13; 221/1992, FJ 4; 134/1996, FJ 6, y 173/1996, FJ 3, entre otras)» (STC 182/1997, FJ 6).

2. «Esta recepción constitucional del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos según la capacidad económica de cada contribuyente configura un **mandato que vincula**, no solo a los ciudadanos, sino **también a los poderes públicos** (STC 76/1990, de 26 de abril, FJ 3) ya que, si los unos están obligados a contribuir de acuerdo con su capacidad económica al sostenimiento de los gastos públicos los otros están **obligados, en principio, a exigir en condiciones de igualdad esa contribución a todos los contribuyentes cuya situación ponga de manifiesto una capacidad económica susceptible de ser sometida a tributación** (STC 96/2002, de 25 de abril, FJ 7)» (STC 193/2004, de 4 de noviembre, FJ 3.^o). En igual sentido, STC 225/2004, FJ 4.

En definitiva, para que el deber de contribuir se configure de la forma constitucionalmente exigible, es decir, de acuerdo con la capacidad económica de cada uno y «mediante un

sistema tributario justo» (art. 31.1 CE), es preciso que el poder de gravar se ejerza «**con arreglo a la Ley**» (art. 31.3 CE), o «**mediante Ley**» (art. 133.1 CE), **y conforme a los principios, mandatos y exigencias constitucionales**, de suerte que «la ordenación del sistema tributario se bas[e] en la capacidad económica de las personas obligadas a satisfacer los tributos y en los principios de justicia, generalidad, igualdad, progresividad, equitativa distribución de la carga tributaria y no confiscatoriedad» (art. 3.1 LGT/2003).

Es obvio, por otra parte, que en la articulación legal del deber de contribuir, los titulares del poder tributario habrán de respetar las reglas y principios constitucionales aplicables a todos los poderes públicos que conforman el Estado, entendido en sentido amplio. Pero sin perder de vista, en cualquier caso, que «la función de legislar no equivale a una simple ejecución de los preceptos constitucionales, pues, sin perjuicio de la obligación de cumplir los mandatos que la Constitución impone, el legislador goza de una amplia libertad de configuración normativa para traducir en reglas de Derecho las plurales opciones políticas que el cuerpo electoral libremente expresa a través del sistema de representación parlamentaria (...)» (SSTC 227/1988, FJ 7; 96/2002, FJ 6.).

3. Si bien es cierto que «las determinaciones constitucionales no son, obviamente, disponibles para el legislador» [SSTC 19/1987, FJ 5; 233/1999, FJ 10. D); 73/2011, FJ 5], también lo es que en el terreno de las **determinaciones constitucionales referidas a la política fiscal**, «la Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo. La labor de interpretación de la Constitución no consiste necesariamente en cerrar el paso a las opciones o variantes imponiendo autoritariamente una de ellas» (SSTC 11/1981, FJ 7; 124/2017, FJ 5). Y

³ «El deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos es un deber, sin la menor duda, **de configuración legal**, de tal modo que la ley se erige, tradicionalmente, en la garantía constitucional por excelencia de la legitimidad del citado deber» (Voto particular de Cruz Villalón a la STC 182/1997).

así lo ha venido demostrando, específica y recurrentemente, el Tribunal al enjuiciar la concreción del deber de contribuir que efectúa el legislador tanto en la configuración general del sistema tributario, como en la articulación de cada uno de los tributos que lo integran, «puesto que solo el legislador posee la facultad de determinar libremente cuáles son los hechos imponibles y qué figuras jurídico-tributarias prefiere aplicar en cada caso» (SSTC 185/1995, FJ 5; 63/2003, FJ 4; 121/2005, FJ 5; 73/2011, FJ 3). Teniendo en cuenta, con carácter general que «si el poder legislativo opta por una configuración legal de una determinada materia o sector del Ordenamiento no es suficiente la mera discrepancia política para tachar a la norma de arbitraria, confundiendo lo que es arbitrio legítimo con capricho, inconsecuencia o incoherencia creadores de desigualdad o distorsión en los efectos legales (por todas, SSTC 239/1992, de 17 de diciembre, FJ 5; 47/2005, de 3 de marzo, FJ 7; 13/2007, de 18 de enero, FJ 4; 45/2007, de 1 de marzo, FJ 4; 49/2008, de 9 de abril, FJ 5, y 19/2011, de 3 de marzo, FJ 12)» (STC 19/2012, FJ 10) (en igual sentido, entre otras, STC 167/2016, FJ 4).

Valga, como muestra, el enjuiciamiento constitucional que se ha venido efectuando del IRPE, como el más emblemático de los tributos del sistema: **«el legislador goza de un amplio margen de libertad en la configuración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (...) no corresponde en modo alguno a este Tribunal enjuiciar si las soluciones adoptadas en la Ley aquí impugnada son las más correctas técnicamente, aunque indudablemente se halla facultado para determinar si en el régimen legal del tributo el legislador ha sobrepasado o no los límites al poder tributario que se derivan de los principios constitucionales contenidos en el art. 31.1 CE»** [STC 214/1994, FJ 5. A]. En igual sentido, SSTC 27/1981, FJ 4; 45/1989, FJ 11; 221/1992, FJ 4; 46/2000, FJ 4].

En definitiva, también en este ámbito la competencia del Tribunal Constitucional es la de controlar la constitucionalidad de las Leyes,

pero «de forma que no imponga constricciones indebidas al poder legislativo y respete sus opciones políticas» (SSTC 73/2000, FJ 4; 104/2000, FJ 8; 96/2002, FJ 6; 47/2005, FJ 7; 122/2016, FJ 4); puesto que «no corresponde en modo alguno a este Tribunal enjuiciar si las soluciones adoptadas en la Ley (...) son las más correctas técnicamente» [STC 214/1994, de 14 de julio, FJ 5. A)]. Sin embargo, en ocasiones, el Tribunal descuida la exigencia de autolimitación que, como advierte RODRÍGUEZ BEREJO, inevitablemente en el campo del Derecho financiero y tributario, debe ser mayor y más frecuente (y también de más difícil ponderación) «para no invadir la legítima libertad de opción política que corresponde al legislador en su tarea de configuración de las instituciones o relaciones jurídico-financieras».

IV. LOS TITULARES DEL PODER TRIBUTARIO

1. Pese al parco ejercicio que el Constituyente español de 1978 hizo de su potestad de organización político-territorial, una de las determinaciones o **«decisiones fundamentales»** (C. SCHMITT) de la vigente Constitución Española fue la de alumbrar un Estado plural, compuesto, política, financiera y jurídicamente descentralizado y con **tres esferas de poder** (esto es, de **Gobierno**, de **Administración** y de **Hacienda**) **propias**: Estatal (nacional), Autonómica y Local (provincial y municipal), que deben funcionar bajo el **principio de coordinación**.

2. De acuerdo con el art. 137 CE, el Estado se organiza territorialmente en Municipios, en Provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyan; entidades que gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses. Este precepto —junto a otros muchos del propio texto constitucional: arts. 2, 133.1 y 2, 140, 142 y 156 especialmente— nos ofrece la clave para concluir que **los titulares del poder financiero en España** (incluido, claro está, el tributario) **son el Estado, las Comunidades Autónomas, los Municipios y las Provincias**.

En efecto, conforme declara el Tribunal Constitucional, la configuración que del Estado español hace la Constitución de 1978 ha supuesto «una **distribución vertical** del poder público entre entidades de distinto nivel que son fundamentalmente el Estado, titular de la **soberanía**, las Comunidades Autónomas, caracterizadas por su **autonomía política** [“autonomía no es soberanía”: SSTC 4/1981, de 2 de febrero, FJ 3; 100/1984, de 8 de noviembre, FJ 3, y, entre otras, 42/2014, FJ 4)” (STC 128/2016, FJ 5)] y las provincias y municipios, dotados de autonomía administrativa de distinto ámbito» (STC 32/1981, de 28 de julio, FJ 3). «Las normas locales carecen de rango de ley, razón por la cual —precisa la jurisprudencia constitucional— la autonomía local se diferencia de la autonomía política de las Comunidades Autónomas (STC 32/1981, de 28 de julio, FJ 3)» [STC 111/2016, FJ 8.b)]. Ya en la primera Sentencia del Pleno advertía el TC que, si bien la unidad de la Nación española «se traduce en una organización —el Estado— para todo el territorio nacional», «los órganos generales del Estado no ejercen la totalidad del poder público, porque la Constitución prevé, con arreglo a una distribución vertical de poderes, la participación en el ejercicio del poder de entidades territoriales de distinto rango, tal como se expresa en el art. 137 [...] [que] refleja una **concepción amplia y compleja del Estado, compuesto por una pluralidad de organizaciones de carácter territorial dotadas de autonomía**» (STC 4/1981, de 2 de febrero, FJ 3) (también, STC 247/2007, FJ 4).

El poder de cada de uno de estos entes alcanza una proyección distinta. Estado y Comunidades Autónomas tienen en común la existencia de un poder legislativo, del que carecen las Corporaciones Locales, al tiempo que se diferencian porque el Estado no tiene más límites que los establecidos por la Constitución, mientras que las Comunidades Autónomas deben observar también los límites establecidos por leyes estatales, y los Entes Locales, en fin, los límites impuestos (además de por la Constitución) por las leyes estatales y autonómicas.

3. No tardó en advertir el Tribunal Constitucional que «si en un Estado compuesto la acción estatal, en general, debe desplegarse teniendo en cuenta las peculiaridades de un sistema de autonomías territoriales» (STC 146/1986, FJ 4), esta exigencia es asimismo evidente cuando se trata del **ejercicio de la actividad financiera del Estado** —ordenación y gestión de los ingresos y gastos públicos— **que, naturalmente, habrá de desarrollarse dentro del orden competencial articulado en la Constitución**. Lo que supone, en definitiva, la necesidad de compatibilizar el ejercicio coordinado de las **competencias financieras** y las **competencias materiales** de los entes públicos que integran la organización territorial del Estado de modo que no se produzca el vaciamiento del ámbito competencial —material y financiero— correspondiente a «las esferas respectivas de soberanía y de autonomía de los entes territoriales» (STC 45/1986, FJ 4). Y para ello se requiere, por una parte, prevenir que la utilización del poder financiero del Estado pueda «desconocer, desplazar o limitar» las competencias materiales autonómicas; y, por otra, «evitar asimismo que la extremada prevención de potenciales injerencias competenciales acabe por socavar las competencias estatales en materia financiera, el manejo y la disponibilidad por el Estado de sus propios recursos y, en definitiva, la discrecionalidad política del legislador estatal en la configuración y empleo de los instrumentos esenciales de la actividad financiera pública» (STC 13/1992, FJ 2). Doctrina que ha venido reiterándose, entre otras, en las SSTC 49/1995, FJ 4; 68/1996, FJ 2; 13/2007, FJ 3; 32/2012, FJ 6; 123/2012, FJ 7, y 133/2012, FJ 4.

Naturalmente, que lo dicho respecto de las **competencias financieras** de los entes públicos, cabe exigirlo igualmente de las **competencias tributarias**, como parte de aquellas (esto es, de la potestad de establecer y exigir tributos), cuyo ejercicio «habrá de desarrollarse dentro del orden competencial articulado en la Constitución».

4. Nada cuesta observar que los preceptos nucleares sobre la **distribución del poder tributario** en el Estado de las Autonomías se contienen en el art. 133 que, tras atribuir al **Estado** la potestad «**originaria**» y «**exclusiva**» para establecer tributos (art. 133.1 CE), reconoce a las **Comunidades Autónomas** y a las **Corporaciones Locales** la potestad de «**establecer y exigir tributos, de acuerdo con la Constitución y las leyes**» (art. 133.2 CE). Y con tales preceptos la Constitución encarga al legislador estatal la tarea de equilibrar, en el terreno tributario, los diferentes requerimientos de la **unidad** (legalidad) y de la **diversidad** (autonomía); integrando, en este campo, las exigencias diversas de la **reserva de ley estatal y de la autonomía territorial**.

En efecto, si las Autonomías territoriales (Comunidades Autónomas y Entes Locales) son las artífices de la **diversidad**, al Estado (entendido ahora como «el conjunto de las instituciones generales o centrales y sus órganos periféricos, contraponiendo estas instituciones a las propias de las Comunidades Autónomas y otros entes territoriales autónomos», como señala la STC 32/1981, F. J. 5), o, más precisamente, al **legislador estatal** le corresponde ser el garante de la **unidad**. Función (y responsabilidad) esta que el Tribunal Constitucional no dudó en atribuirle al legislador estatal al declarar que «corresponde al mismo la fijación de principios o criterios básicos en materia de organización y competencia de general aplicación en todo el Estado»; pero advirtiendo que «la fijación de estas condiciones básicas no puede implicar en ningún caso el establecimiento de un régimen uniforme (...) sino que debe permitir opciones diversas (...); siendo esta la interpretación que «**permite armonizar los principios de unidad y autonomía que la Constitución consagra** (arts. 2 y 137)» (SSTC 32/1981, FJ 5; 103/2013, FJ 4). Y así ha venido reiterándolo el Tribunal, por ejemplo en la STC 96/2002, de 25 de abril: «(...) nuestro Texto constitucional garantiza tanto la **unidad** de España como la **autonomía** de sus nacionalidades y regio-

nes, lo que necesariamente obliga a buscar un adecuado equilibrio entre ambos principios, pues la **unidad del Estado** no es óbice para la coexistencia de una **diversidad territorial** que admite un importante campo competencial de las Comunidades Autónomas (...) En todo caso, nuestra Constitución configura un modelo de estado donde a los órganos centrales del Estado les corresponde, en una serie de materias, la **fijación de los principios o criterios básicos de general aplicación a todo el Estado** (STC 32/1981, de 28 de julio, FJ 5)» (FJ 11). En igual sentido, STC 79/2017, FJ 2.

V. LA POTESTAD TRIBUTARIA ORIGINARIA Y EXCLUSIVA DEL ESTADO

1. «Es forzoso partir de la obviedad de que el Ordenamiento español se reduce a unidad en la Constitución» (STC 31/2010, FJ 4) y de una constatación tan elemental como relevante: la **unidad** constituye presupuesto de la propia estructura constitucional del Estado («la Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española (...): art. 2 CE) y límite inherente del derecho a la autonomía que la Constitución reconoce y garantiza. «En ningún caso el principio de **autonomía** puede oponerse al de **unidad**, sino que es precisamente dentro de este donde alcanza su verdadero sentido, de acuerdo con el art. 2 CE» (SSTC 4/1981, FJ 3; 100/1984, FJ 3; 247/2007, FJ 4). El derecho a la autonomía se da, pues, «sobre la base de la unidad nacional» (STC 25/1981). «Nuestro Texto constitucional garantiza tanto la unidad de España como la autonomía de sus nacionalidades y regiones, lo que necesariamente obliga a buscar un adecuado equilibrio entre ambos principios, pues la **unidad del Estado** no es óbice para la coexistencia de una **diversidad territorial** que admite un importante campo competencial de las Comunidades Autónomas» (SSTC 96/2002, FJ 11; 79/2017, FJ 2). «Desde ella [**la unidad**], y en su marco, los Estatutos de Autonomía confieren al Ordena-

miento una **diversidad** que la Constitución permite, y que se verifica en el nivel legislativo, confiriendo a la autonomía de las Comunidades Autónomas el insoslayable carácter político que le es propio (STC 32/1981, de 28 de julio, FJ 3 (...)) (STC 31/2010, FJ 4).

Y es manifiesto que la Constitución de 1978 confía al legislador estatal, y delega en él, la función y la responsabilidad de garantizar, integrándolas, tanto las exigencias de la **unidad del sistema tributario**, como las propias de la **autonomía territorial** (Comunidades Autónomas y Entes Locales) en este ámbito. En el ejercicio de esta función el legislador estatal deberá afrontar un doble reto:

Primero: elaborar el «conjunto de principios generales comunes» que permitan configurar como un **«sistema»** el régimen jurídico de ordenación de los tributos, asegurando su **unidad** y garantizando la **homogeneidad básica**, como exigencia indeclinable de la igualdad de los españoles; y

Segundo: **concretar el sistema de distribución de competencias financieras y tributarias entre el Estado, las Comunidades Autónomas y los Entes Locales.**

El legislador estatal resulta garante tanto de la **unidad** de la Nación española (art. 2 CE) y de la «unicidad del orden económico nacional» («presupuesto necesario —como reconoce la STC 1/1982— para que el reparto de competencias entre el Estado y las distintas Comunidades Autónomas en materias económicas no conduzca a resultados disfuncionales y desintegradores»), como de la **«igualdad de todos los españoles** en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales» (art. 149.1.1 CE), y de la «igualdad sustancial de la situación jurídica de los españoles, en cuanto tales, en todo el territorio nacional (art. 139.1 CE)» (STC 52/1988, FJ 3) y, en fin, de la «igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica», como exigencia de la unidad de mercado (SSTC 88/1986, FJ 6;

64/1990, FJ 3; 71/2012, FJ 3; 96/2013, FJ 4; 88/2014, FJ 5; 20/2016, FJ 3; 102/2017, FJ 4; 79/2017, FJ 2).

La jurisprudencia constitucional ha venido clarificando las exigencias derivadas de la organización territorial del Estado español y del sistema constitucional de distribución de competencias entre los diferentes niveles territoriales de la Hacienda Pública (estatal, autonómica y local), pudiendo inferirse de la doctrina del Tribunal Constitucional la **competencia del legislador estatal para la regulación de las instituciones comunes a las distintas Haciendas y la fijación del común denominador normativo que garantice las condiciones básicas de cumplimiento del deber de contribuir**, y a partir del cual cada Comunidad Autónoma, en el ámbito de sus competencias y en defensa de sus propios intereses, pueda establecer las peculiaridades que estime convenientes. Ante la ambigüedad del término **«Estado»**, aclara el Tribunal Constitucional que **«el Estado, en su acepción más amplia**, esto es, como **Estado español** erigido por la Constitución Española, comprende a todas las Comunidades Autónomas en las que aquel territorialmente se organiza (por todas, STC 12/1985, de 30 de enero, FJ 3) y no únicamente al que con mayor propiedad ha de denominarse **«Estado central»**, con el que el Estado español no se confunde en absoluto, sino que lo incluye para formar, en unión de las Comunidades Autónomas, el Estado en su conjunto» (STC 31/2010, FJ 13).

Como ya se dijo, para el Tribunal Constitucional «la indudable conexión existente entre los arts. 133.1, 149.1.14 y 157.3 CE determina que el Estado [central] sea competente para regular no solo sus propios tributos, sino también el marco general de todo el sistema tributario y la delimitación de las competencias financieras de las Comunidades Autónomas respecto de las del propio Estado» (SSTC 192/2000, FJ 6; 16/2003, FJ 11; 72/2003, FJ 5; 32/2012, FJ 6; 123/2012, FJ 7; 130/2013, FJ 5; 101/2013, FJ 3; 26/2015, FJ 4).

2. Puesto que «el régimen jurídico de ordenación de los tributos es considerado como un **sistema**», el poder de establecer tributos habrá de atender antes que nada a las exigencias del **sistema**, correspondiéndole al legislador estatal regular no solo sus propios tributos (el sistema tributario **estatal**), sino también [con una dosis inevitable de homogeneidad] el **marco general del sistema tributario en todo el territorio nacional**, cuya **unidad** constituye «indeclinable exigencia de la igualdad de los españoles» (SSTC 19/1987, FJ 4; 116/1994, FJ 5) (véanse también las SSTC 6/1983, 19/1987 y 181/1988).

Siendo el legislador estatal «competente para regular no solo sus propios tributos, sino también el marco general de todo el sistema tributario», a la vista de «la indudable conexión existente entre los arts. 133.1, 149.1.14 y 157.3 de la Constitución» (STC 192/2000, de 13 de julio), su tarea consiste en elaborar el «**conjunto de principios generales comunes**» que debe presidir el sistema tributario y capaz de garantizar la homogeneidad básica que permita configurar el régimen jurídico de la ordenación de los tributos como un verdadero sistema y de asegurar la unidad del mismo, como exigencia indeclinable de la igualdad de los españoles. «Sin embargo, esos principios comunes, que rigen por tanto en todas las Comunidades Autónomas, con los que pretenden conseguirse los objetivos unitarios antes aludidos son únicamente, para el intérprete y aplicador del Derecho, los consagrados en los preceptos constitucionales, estatutarios y legales aplicables en cada una de las Comunidades Autónomas o los que puedan inducirse de estos preceptos. Pero no cabe derivarlos, sin más, de preceptos que regulen exclusivamente instituciones del Estado ni aplicarlos por analogía a las Comunidades Autónomas» (STC 116/1994, FJ 5). En igual sentido, STC 108/2015, FJ 3.

«Preservación de la **unidad del Ordenamiento** y de una **básica igualdad de posición** de los contribuyentes, que garantizados por la Constitución del modo que dice su art.

133.2» (STC 19/1987, FJ 4) «**solo puede satisfacer** (como advierte con nitidez el Tribunal Constitucional en SSTC 233/1999, FJ 22 y 184/2011, FJ 6) **la ley del Estado**».

Y para que esta **ley del Estado** llegue a «configurar el régimen jurídico de la ordenación de los tributos como un verdadero **sistema**» (STC 116/1994) habrá de tener en cuenta las necesidades y las exigencias del Ordenamiento en su conjunto, sin olvidar las propias de los **(sub)sistemas autonómicos y locales**, englobados sin duda en el «**sistema tributario**» al que apela el art. 31.1 de la Constitución, confiándole el «**sostenimiento de los gastos públicos**».

A nivel de legalidad ordinaria, la **ley estatal** encargada de establecer el «régimen jurídico de la ordenación de los tributos como un verdadero sistema», equilibrando las exigencias del **binomio unidad-autonomía** que define nuestro modelo de Estado, estaba llamada a ser la Ley General Tributaria.

3. «Entender lo que es y debe ser la Ley General Tributaria supone saber lo que es y significa la Codificación en el mundo de la elaboración de las Leyes» (GARCÍA AÑOVEROS).

Con anterioridad a la elaboración de la LGT de 1963 afirmaba SAINZ DE BUJANDA que, desde la perspectiva de la **sistematización**, «la codificación supone el acoplamiento orgánico de todas las normas y principios que se refieren, en general, al mecanismo de aplicación de los tributos, es decir, al tratamiento jurídico del fenómeno tributario considerado en forma unitaria, hecha abstracción de las peculiaridades que cada figura impositiva ofrece en cada momento histórico». Desde la perspectiva de la **coordinación**, «la codificación significa que al elaborarse las normas fiscales sobre cada tributo se tengan siempre presentes por el legislador las repercusiones que esas modificaciones ofrecen en el resto del sistema tributario (...). La codificación que tiene que acometerse no debe consistir solo en refundir y ordenar las leyes y reglamentos

tributarios, sino en elaborar y acoplar sistemáticamente un núcleo de principios generales que rijan el fenómeno tributario considerado como unidad lógica». «Los principios codificados sirven de base o cimientos para una jurisprudencia (...). Las normas codificadas orientan al legislador para acomodar sus mandatos a un sistema jurídico permanente (...). Las normas codificadas constituirán el *ius commune* de los actos fiscales».

En términos del Tribunal Constitucional, estas normas generales del régimen jurídico aplicable a todos los tributos son «**normas típicas del Derecho codificado**» (SSTC 76/1992, FJ 4; 126/2016, FJ 3); es decir, disposiciones de carácter general que se adoptan con vocación de permanencia y establecen el régimen jurídico aplicable a todos los tributos.

De esta tarea codificadora ofreció una clara muestra la LGT de 1963, como se advierte desde el primer párrafo de su Exposición de Motivos: «Consiste esta Ley en la formulación de una serie de principios básicos que, contenidos en **reglas jurídicas comunes a todos los tributos**, determinan los procedimientos para su establecimiento y exacción».

Sin embargo, la naturaleza de la LGT de 1963 como ley general y codificadora de la normativa tributaria estatal, concebida por el legislador **por, para y en función de** un sistema tributario único y centralizado, continuó siendo la misma pese al extraordinario proceso de descentralización que experimentó el sistema tributario, no con la entrada en vigor, sino con el progresivo desarrollo e implantación (**vigencia**) del texto constitucional. El principal reto del legislador consistía, precisamente, en convertir la Ley General Tributaria de un Estado unitario y centralista en la Ley **general y codificadora** de un Estado plural y compuesto de **tres niveles de Gobierno, de Administración y de Hacienda Pública**; esto es, en la **Ley General Tributaria de un Estado política, jurídica y fiscalmente descentralizado**.

Este reto no fue capaz de afrontarlo el legislador estatal ni en la reforma parcial de la LGT acometida en la Ley 10/1985, de 26 de abril, ni tampoco en la que diez años más tarde efectuó mediante la Ley 25/1995, de 20 de julio. Ni tampoco, en fin, en la LGT aprobada por la Ley 58/2003, de 17 de diciembre.

4. Basta la lectura de la Exposición de Motivos de la LGT/2003 para advertir que, entre «**los principales objetivos que pretende conseguir**» la nueva Ley General Tributaria no se encuentra ni el de establecer ese «marco general de todo el sistema tributario» para cuya regulación está constitucionalmente legitimado y, por lo mismo, compelido el legislador estatal, «dada la indudable conexión existente entre los arts. 133.1, 149.1.14 y 157.3 de la Constitución»; ni tampoco el de codificar ese «conjunto de principios generales comunes capaz de garantizar la homogeneidad básica que permita configurar el régimen jurídico de la ordenación de los tributos como un verdadero sistema» (STC 116/1994, de 18 de abril); ni tampoco, en fin, el de establecer los conceptos, principios y normas básicas del sistema tributario en el marco de la Hacienda general (art. 149.1.14) ni «las condiciones básicas que garantizan la igualdad en el cumplimiento del deber constitucional de contribuir» (art. 149.1.1), por aludir a algunos de los títulos competenciales que se invocan en el art. 1 de la Ley.

«La Ley General Tributaria —arranca diciendo el Preámbulo de la Ley 58/2003— es el eje central del ordenamiento tributario donde se recogen sus principios centrales y se regulan las relaciones entre la Administración tributaria y los contribuyentes». Es ya avanzado el texto, en el ap. II de la Exposición de Motivos, donde se advierte que «la nueva Ley General Tributaria debe adecuarse a las reglas de distribución de competencias que derivan de la Constitución Española». Esta lacónica y evidente constatación de la Exposición de Motivos (acompañada de la doctrina del Tribunal Constitucional que, acto seguido, selecciona y reproduce) hubiera debido bastar, por sí

sola, para emplazar al autor de la ley **general** en materia tributaria a asumir una responsabilidad, ciertamente difícil; máxime cuando había transcurrido ya un cuarto de siglo de vigencia constitucional y tratándose, además, no de reformar sino de derogar y sustituir a la LGT que durante cuarenta años logró sobrevivir con encomiable prestancia y dignidad (dogmática e institucional) a cuantos avatares vino experimentando desde 1963 el sistema tributario español.

Sin embargo, la Ley General Tributaria de 2003 que hubiera debido ser «**el eje central del ordenamiento tributario**», se contenta con serlo pero, solo, del **ordenamiento tributario estatal**, siendo manifiesta la **voluntad refundidora** que le lleva al legislador a incorporar a la LGT diferentes normas tributarias estatales. Pero no es lo mismo **refundir** que **codificar**. Ni tampoco es igual un Texto refundido que un Código tributario. La Ley General Tributaria de 2003 no se queda, desde luego, en un simple **Texto refundido** pero, sin duda, dista mucho de ser un verdadero **texto codificado**.

5. En cuanto a la otra labor asignada al legislador estatal (**concretar el sistema de distribución de competencias tributarias entre el Estado, las Comunidades Autónomas y los Entes Locales**) urge efectuar las tres siguientes observaciones:

5.1. La primera, para hacer notar la rotundidad y el énfasis puesto por el Constituyente en el poder tributario estatal, al predicar del mismo su **carácter originario** y su **titularidad exclusiva**. El poder tributario del Estado «es “**originario**” o primario por derivar directamente del texto constitucional, en contraposición con el poder “**derivado**” o secundario —a que hace referencia el art. 133.2 CE— de las Comunidades Autónomas y las Corporaciones locales, cuyo ejercicio no solo queda condicionado por la Constitución, sino también por las normas que dicte el Estado en la materia. Esto supone “que aquella potestad originaria del Estado no

puede quedar enervada por disposición alguna de inferior rango, referida a la materia tributaria” (SSTC 181/1988, de 13 de octubre, FJ 3; 192/2000, de 13 de julio, FJ 6; y 72/2003, de 10 de abril, FJ 5), pero no impide que sí pueda quedar afectada por disposiciones de igual o superior rango, *ex* art. 96.1 CE.[...]» (STC 100/2012, FJ 7).

Si bien «el art. 31.3 CE no es una norma atributiva de competencias [], sí es, sin embargo, el art. 133.1 CE (STC 19/1987, de 17 de febrero, FJ 4), puesto en relación con el art. 149.1.14 CE y con el art. 157.3 CE, **una norma atributiva de competencias en materia tributaria al Estado**, cuyo poder es “**originario**” o primario por derivar directamente del texto constitucional, en contraposición con el poder “**derivado**” o secundario —a que hace referencia el art. 133.2 CE— de las Comunidades Autónomas y las corporaciones locales (...)» (STC 100/2012, FJ 7).

Consideran algunos autores —así GARCÍA TORRES— que «la calificación de originaria dada a la potestad tributaria directamente por el Constituyente puede y debe tener repercusión sobre la distribución constitucional y estatutaria de competencias en la materia», pues «aunque los aps. 1 y 2 del art. 133 CE no sean normas de competencia, sino reglas de calificación de la potestad tributaria y preceptos portadores de una reserva de la ley, lo cierto es que no puede prescindirse de estos a la hora de ponderar títulos competenciales (por ejemplo, a la hora de dilucidar el sentido y alcance de la competencia estatal en materia de “Hacienda General” del art. 149.1.14 CE (...) Este es el mejor modo de expresar en términos constitucionales el significado último del carácter originario de la potestad tributaria estatal proclamada en el art. 133.1 CE». De esta intelección del art. 133.1 CE, el autor hace derivar una clara consecuencia a la hora de establecer el sentido del art. 133.2 CE: «**De acuerdo con las leyes** significará que las potestades tributarias autonómica y local habrán de ejercerse de acuerdo con leyes **estatales y autonómicas**, según como queden

delimitadas en cada caso las competencias de ambos legisladores en las materias tributarias autonómica y local (...) La reserva de ley tributaria implícita en las palabras “de acuerdo con la Constitución y las leyes” que emplea el art. 133.2 CE entraña para las potestades tributarias derivadas una posible reserva de **double legislador**, nacional y autonómico, sin, por supuesto, desconocer la potestad normativa local de carácter autónomo-reglamentario, cuyo espacio propio pretende preservar la STC 19/1987 en tensión con las exigencias de unidad, igualdad y procuración de un sistema tributario».

5.2. La segunda observación es que en la realización de esta tarea lo que el legislador estatal, esto es, «(...) lo que las Cortes no pueden hacer es colocarse en el mismo plano del poder constituyente realizando actos propios de este, salvo en el caso que la propia Constitución les atribuya alguna función constituyente. La distinción entre poder constituyente y poderes constituidos no opera tan solo en el momento de establecerse la Constitución; la voluntad y racionalidad del poder constituyente objetivados en la Constitución no solo se fundan en su origen, sino que fundamentan permanentemente el orden jurídico-estatal y suponen un límite a la potestad del legislador. Al Tribunal Constitucional corresponde, en su función de intérprete supremo de la Constitución (art. 1.1 LOTC), custodiar la permanente distinción entre la objetivación del poder constituyente y la actuación de los poderes constituidos, los cuales nunca podrán rebasar los límites y las competencias establecidas por aquel» (STC 76/1983, FJ 4; en doctrina reiterada, entre otras, en SSTC 76/1988, FJ 7; 227/1988, FJ 3; 40/1998, FJ 6; 15/2000/, FJ 3).

5.3. La tercera, en fin, pretende subrayar que la **necesaria intervención del legislador estatal** no deriva, exclusiva y ni siquiera principalmente, de las exigencias de la reserva de ley en materia tributaria, máxime si esta se concibe como simple reflejo o ex-

teriorización del tradicional principio de autoimposición o autoconsentimiento de los impuestos, condensado en la máxima no imposición sin representación: «el art. 31.3 CE no es una norma atributiva de competencias, sino una norma principialista que consagra la reserva de ley en materia de prestaciones patrimoniales de carácter público como expresión máxima del principio de autoimposición de la comunidad sobre sí misma» (STC 100/2012, FJ 7).

Parece obvio advertir que **estas** exigencias de la reserva de ley (como autoimposición, *melius*, consentimiento o autodisposición de la comunidad sobre sí misma) se cubren cuando el establecimiento de las prestaciones tributarias es decidido por una Asamblea representativa, elegida de acuerdo con los mismos requisitos y procedimientos utilizados para la elección de los representantes en el Parlamento estatal o autonómico.

Pero, como advierte el propio Tribunal Constitucional, entre otras, en SSTC 19/1987, FJ 4 y 233/1999, FJ 10, «la reserva legal en esta materia existe también al servicio de otros principios —la preservación de la unidad del Ordenamiento y de una básica igualdad de posición de los contribuyentes— (...)».

En definitiva, la necesaria intervención del legislador estatal en la ordenación del sistema tributario **«responde no solo a las exigencias de la reserva de Ley relacionadas con la autodisposición o autoconsentimiento de las prestaciones tributarias, sino también con las derivadas de «otros principios —la preservación de la unidad del Ordenamiento y de una básica igualdad de posición de los contribuyentes— (...) que solo puede satisfacer la ley del Estado»** (STC 233/1999, FJ 22).

Es cierto que los aps. 1 y 2 del art. 133 CE son preceptos que presuponen la reserva de ley establecida en el art. 31.3 CE y, con ella, la necesaria **«configuración legal»** del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos pú-

blicos (art. 31.1 CE). Pero de ahí no cabe inferir que el Constituyente se haya limitado a reiterar en los aps. 1 y 2 del art. 133 CE, evocándola, la reserva de ley establecida de una vez por todas en el art. 31.3 CE.

Hay, desde luego, otras manifestaciones de la **legalidad tributaria**, distintas de las propias de la reserva de ley (art. 31.3 CE), que resultan decisivas a la hora de explicar, primero, la intervención (no meramente habilitadora, sino ordenadora) del **legislador estatal** en la delimitación de las competencias tributarias de las Comunidades Autónomas y de los Entes Locales; y, segundo, el alcance y los límites de la intervención estatal para no lesionar las exigencias del otro imperativo constitucional que coexiste con la legalidad tributaria: la **autonomía territorial**. Nos referimos a las exigencias de la **legalidad**, no en cuanto principio regulador de las **relaciones horizontales** entre dos órganos (Legislativo y Ejecutivo) del mismo Ente público (esto es, no a la legalidad como reserva de ley), sino a la **legalidad como principio regulador de las relaciones verticales**, no interorgánicas sino intersubjetivas, **entre los diferentes Entes públicos territoriales** a los que la Constitución reconoce potestad tributaria para «establecer y exigir tributos, de acuerdo con la Constitución y las leyes» (art. 132.2 CE). Esta otra manifestación de la legalidad en materia tributaria (que presupone la reserva de Ley, pero que no se identifica con ella, como a menudo parece entender la doctrina del Tribunal Constitucional) es, naturalmente, la prevista en el último de los preceptos constitucionales citados.

«(...) la Constitución prefigura (...) **una distribución vertical del poder público** entre entidades de distinto nivel que son fundamentalmente el Estado, titular de la soberanía; las Comunidades Autónomas, caracterizadas por su autonomía política, y las provincias y municipios, dotadas de autonomía administrativa de dis-

tinto ámbito. Prescindiendo ahora de otras consideraciones, es lo cierto que si el poder público ha de distribuirse entre más entes que los anteriormente existentes, cada uno de estos ha de ver restringida lógicamente parte de la esfera de dicho poder que tenía atribuida. En definitiva, hay que efectuar una redistribución de competencias en función del respectivo interés entre las diversas entidades, para que el modelo de Estado configurado por la Constitución tenga efectividad práctica» (SSTC 32/1981 FJ 3; 111/2016, FJ 9).

VI. LA POTESTAD TRIBUTARIA (LIMITADA) DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

1. El art. 133.2 CE reconoce la potestad tributaria de las Comunidades Autónomas, asimismo presupuesta o implícita en otros preceptos constitucionales (arts. 153.2, 157.1 CE). Pero estableciendo, clara y decididamente, que se trata de un poder **limitado** en la medida en que las Comunidades Autónomas solo podrán establecer y exigir tributos «de acuerdo con la Constitución y las Leyes»; esto es, de las leyes estatales que, dentro del marco constitucional, deban dictarse para delimitar las competencias tributarias del Estado y las Comunidades Autónomas. «Las **estatales** son siempre competencias de origen constitucional directo e inmediato; las **autonómicas**, por su parte, de origen siempre inmediatamente estatutario y, por tanto, solo indirectamente constitucional» (STC 31/2010, FJ 4). En definitiva, la «Comunidades Autónomas disponen de un poder “**derivado**” o secundario [...], cuyo ejercicio no solo queda condicionado por la Constitución, sino también por las normas que dicte el Estado en la materia» (STC 100/2012, FJ 7).

Esta apelación a la legalidad [**mediante ley**] o «**de acuerdo con (...) las leyes**» **presupone**, naturalmente, y es **portadora** de la reser-

va de Ley establecida —de una vez— en el art. 31.3 CE, especificándola en el ámbito tributario, pero ahora no con la función o el designio de regular relaciones horizontales o interorgánicas entre Legislativo y Ejecutivo [configurándose como «una garantía de autoimposición de la comunidad sobre sí misma y, en última instancia, como una garantía de la libertad patrimonial y personal del ciudadano» (SSTC 185/1995, FJ 3.º; y 233/1999, FF. JJ. 7, 9 y 10.a)], sino más bien **relaciones verticales**, intersubjetivas, entre los diferentes niveles territoriales de la Hacienda Pública (estatal, autonómica y local). Dicho en otros términos —los empleados tempranamente en la STC 4/1981, reiterados después en la STC 233/1999— la función del art. 133.1 y 2 CE es la de integrar en el ámbito tributario «las exigencias diversas (...) de la reserva de Ley estatal y de la autonomía territorial (...), regulándose la relación entre Ordenamientos en este ámbito»:

«En efecto, el sentido que hay que reconocer en la reserva introducida por el art. 31.3 CE no puede entenderse “desligado de las condiciones propias al sistema de autonomías territoriales que la Constitución consagra” (art. 137) (...). En lo que al orden tributario importa, aquella reserva de Ley resulta reiterada y especificada en los núms. 1 y 2 del art. 133 CE, precepto en el que —**regulándose la relación entre ordenamientos en este ámbito**— se enuncia tanto la potestad originaria del Estado para, mediante Ley, establecer los tributos como la posibilidad de que las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales establezcan y exijan tributos, de acuerdo con la Constitución y las leyes. Procura así la Constitución integrar las exigencias diversas en este campo, de la reserva de Ley estatal y de la autonomía territorial, autonomía que (...) posee también una proyección en el terreno tributario (...) (STC 4/1981, de 2 de febrero, FJ 4; doctrina reiterada en la STC 221/1992, FJ 8)» (STC 233/1999, FJ 10).

2. Desde una u otra perspectiva, la jurisprudencia constitucional ha venido insistiendo en las ideas que se dejan expresadas:

2.1. «Tienen las Comunidades Autónomas potestad tributaria propia reconocida en los arts. 153.2 CE y 6 LOFCA (...) y a su vez el art. 157.1 de la CE dispone que los recursos de aquellas estarán constituidos, entre otras fuentes de ingresos, por sus propios impuestos, tasas y contribuciones especiales» (STC 49/1995, de 16 de febrero, FJ 4).

2.2. El soporte material de la autonomía financiera son los **ingresos** y, con relación a ellos, es decir, a la «**capacidad para articular un sistema suficiente de ingresos**» (SSTC 13/1992, FJ 7; 289/2000, FJ 3; 104/2000, FJ 4; 48/2004, FJ 10), «en el marco de posibilidades reales del sistema financiero del Estado en su conjunto» (STC 13/2007, FJ 5), «la autonomía financiera (...) implica tanto la capacidad de las Comunidades Autónomas para establecer y exigir sus propios tributos, como su aptitud para acceder a un sistema adecuado —en términos de suficiencia— de ingresos, de acuerdo con los arts. 133.2 y 157.1 CE» (SSTS 179/1985, FJ 3; 63/1996, FJ 11; 233/1999, FJ 22; 104/2000, FJ 4; 289/2000, FJ 3). «El art. 149.1.14 CE “no es obstáculo para que deba admitirse que la Hacienda privativa de las Comunidades Autónomas “es materia propia de dichas Comunidades” (SSTC 14/1986, de 31 de enero, FJ 2 y 192/2000, de 13 de julio, FJ 6), pues la organización de la propia hacienda “es no tanto una competencia que se reconoce a las Comunidades Autónomas, cuanto una exigencia previa o paralela a la propia organización autonómica” (STC 14/1986, FJ 2). Ahora bien, por otra parte, ello no ha sido obstáculo tampoco para que del art. 149.1.14 CE, en relación con los arts. 133 y 157.3 CE, hayamos deducido que el Estado no es solo competente para regular sus propios tributos, “**sino también el marco general de todo el sistema tributario**” (STC 192/2000, FJ 6) y los principios generales comunes del mismo (STC 116/1994, de 18 de abril), pues ello se considera plenamente compatible con las competencias tribu-

tarias y con la autonomía financiera y presupuestaria de las Comunidades Autónomas (STC 19/1987, de 17 de febrero)» (STC 130/2013, FJ 5).

2.3. «Sin embargo, la potestad tributaria de las Comunidades Autónomas no se configura constitucionalmente con carácter absoluto, sino que aparece sometida a **límites intrínsecos y extrínsecos** que no son incompatibles con el reconocimiento de la realidad constitucional de las Haciendas autonómicas (SSTC 14/1986, FJ 3; 63/1986, FJ 11, y 179/1987, FJ 2), entre cuyos límites, algunos son consecuencia de la articulación del ámbito competencial —material y financiero— correspondiente al Estado y a las Comunidades Autónomas (SSTC 13/1992, FF. J. J 2, 6 y 7, y 135/1992, FJ 8). Así, la subordinación a los principios proclamados por el art. 156.1 de la CE (“coordinación con la Hacienda estatal y de solidaridad con todos los españoles”) a los que hay que añadir los que resultan respecto de los impuestos propios de las Comunidades Autónomas de los arts. 157.2 de la CE y 6 y 9 de la LOFCA» (STC 49/1995, FJ 4) (en igual sentido, SSTC 168/2004, FJ 4, y 179/2006, FJ 4).

En cualquier caso, la jurisprudencia constitucional ha sentado como criterio hermenéutico el de que **ninguno de los límites constitucionales que condicionan el poder tributario de las Comunidades Autónomas pueda ser interpretado de tal modo que lo haga inviable** [SSTC 150/1990, FJ 3; 289/2000, FJ 3; 168/2004, FJ 4; 210/2012, FJ 4; 53/2014, FJ 3.a); 26/2015, FJ 4; 30/2015, FJ 3].

2.4. En relación con la **vertiente tributaria** del poder financiero de las Comunidades Autónomas advierte el Tribunal ya en la STC 37/1987 que «la autonomía significa precisamente la capacidad de cada nacionalidad o región para decidir cuándo y cómo ejercer sus propias competencias en el marco de la Constitución y del Estatuto» (FJ 10), y añade que «la Constitución concede autonomía financiera a las Comunidades Autónomas

“para el desarrollo y ejecución de sus competencias” (art. 156.1), lo que permite admitir la facultad de aquellas para utilizar también el instrumento fiscal —como parte integrante de su autonomía financiera— en la ejecución y desarrollo de todas las competencias que hayan asumido en sus respectivos Estatutos y respecto de las cuales dicha utilización sea necesaria. Con ello hay, en definitiva, un implícito reconocimiento constitucional del **principio de instrumentalidad fiscal en la esfera de la imposición autónoma**. En consecuencia, las Comunidades Autónomas pueden establecer impuestos de carácter primordialmente extrafiscal, pero ello ha de llevarse a cabo dentro del marco de competencias asumidas y respetando las exigencias y principios derivados directamente de la Constitución (art. 31), de la Ley Orgánica que regula el ejercicio de sus competencias financieras (art. 157.3 CE) y de los respectivos Estatutos de Autonomía» (STC 37/1987, FJ 13, en relación con el Impuesto andaluz sobre tierras infrautilizadas). En igual sentido, la STC 186/1993, FJ 4), en relación con el Impuesto extremeño de dehesas calificadas en deficiente aprovechamiento; la STC 289/2000, FJ 5, respecto del Impuesto balear sobre instalaciones que afectan al medio ambiente, o, en fin, la STC 168/2004, FJ 7, relativa al gravamen sobre los elementos patrimoniales afectos a las actividades de las que pueda derivar la activación de planes de protección civil y situados en el territorio de Cataluña (véanse asimismo las SSTC 164/1995, FJ 4, y 196/2012, FJ 2).

Resulta, pues, que la competencia tributaria de las Comunidades Autónomas solo podrá ejercitarse respecto de su propio ámbito material de competencias, por lo que parece obvio concluir que el **ámbito material de competencias de las Comunidades Autónomas constituirá presupuesto de legitimidad de su actuación normativa extrafiscal**.

2.5. En algún Voto particular se especifica que «cualquiera que sea el concepto que se mantenga acerca del término de poder o po-

testad tributaria originaria (...) empleado por el art. 133.1 CE que la atribuye al Estado (...) la contraposición, o mejor graduación entre uno y otro párrafo ya ponen de manifiesto la diferencia existente entre la potestad tributaria del Estado y la de los otros entes autonómicos; en el caso de las Comunidades, que difiere de las Corporaciones Locales por el hecho de que en aquellas su autonomía política incluye también la potestad de legislar, no cabe sin embargo colocar a sus Leyes tributarias propias en el mismo plano que la Ley estatal, de suerte que, el referido poder tributario de las Comunidades Autónomas vendrá limitado y condicionado originariamente por la Ley estatal y la autonomía financiera, que a las mismas atribuye el art. 156, está así subordinada a la Constitución y las Leyes (las del Estado y las propias) (...). En definitiva, aunque se pensase que el poder tributario del Estado y de las Comunidades Autónomas es de la misma especie (y que, por tanto, la idea política de soberanía no hubiera de influir en él) es lo cierto que los preceptos constitucionales subordinan y delimitan la potestad de las Comunidades Autónomas. Según el art. 133 de la Constitución no cabe atribuir la misma fuerza y extensión al poder tributario del Estado y al de las Comunidades Autónomas, evidentemente limitado por aquel, tal como resulta de este precepto constitucional y de los 156 y 157» (Voto particular del Magistrado Gabaldón López a la STC 150/1990, de 4 de octubre).

3. En cuanto a **las normas forales fiscales** considera el Tribunal Constitucional que son «**un tipo singular de normas reglamentarias... fruto de un poder tributario derivado**, cuyo ejercicio, como sucede también con el que corresponde en materia tributaria a las Comunidades Autónomas y a las entidades locales, no solo queda condicionado por la Constitución, sino también por las normas que dicte el Estado en la materia» [STC 118/2016, de 23 de junio, FJ 2.b)]. En efecto, aun cuando la Constitución autoriza a los territorios históricos a establecer y regular su propio régimen tributario, han de hacerlo tan-

to en el marco de la Constitución y del Estatuto de Autonomía, como de acuerdo con las previsiones del Concierto Económico (art. 41.1 EAPV) y de las leyes del Estado en materia tributaria [art. 41.2.a) y c) EAPV], las cuales no son «meramente habilitadoras para el ejercicio de una potestad tributaria que originariamente solo corresponde al Estado», sino también «leyes ordenadoras» de los tributos que integran aquel régimen tributario propio, «porque la Constitución encomienda aquí al legislador no solo el reconocer un ámbito de autonomía al ente territorial, sino también garantizar la reserva legal que ella misma establece (art. 31.3) [STC 118/2016, de 23 de junio, FJ 2.c)]» (ATC 110/ 2017; FJ 3).

VII. EL PODER TRIBUTARIO DE LOS ENTES LOCALES

1. El poder tributario local es un poder **condicionado** y sometido a **límites** (constitucionales y legales). Las exigencias de la reserva **de ley** en materia tributaria del art. 31.3 CE, **junto a** las derivadas de las **leyes «ordenadoras»** que reclama el art. 133.2 CE, impone necesariamente la preexistencia de un marco legal que regule y determine tanto el contenido como los elementos esenciales del sistema tributario local. Como declara la STC 19/1987, «le corresponde a la Ley la creación *ex novo* de cada figura tributaria, más este establecimiento legislativo del tributo no basta para satisfacer la función constitucional de la reserva de Ley en este campo, como bien se muestra en el núm. 2 de la disposición constitucional que consideramos. El que la Norma fundamental haya querido aquí que el establecimiento o la exigencia de tributos propios por las Corporaciones Locales se realice no solo de acuerdo con la Constitución misma sino también de conformidad con lo dispuesto en las Leyes, significa, en lo que ahora importa, que esta **potestad tributaria de carácter derivado** no podrá hacerse valer en detrimento de la reserva de Ley presente en este sector del ordenamiento (arts. 31.3 y 133.1) y que el legislador, por ello, no podrá

limitarse, al adoptar las reglas a las que remite el art. 133.2 en su último inciso, a una mera mediación formal, en cuya virtud se apodera a las Corporaciones Locales para conformar, sin predeterminación alguna, el tributo de que se trate. Las Leyes reclamadas por la Constitución en este último precepto no son, por lo que a las Corporaciones Locales se refiere, meramente habilitadores para el ejercicio de una potestad tributaria que originariamente solo corresponde al Estado. Son también **Leyes ordenadoras** —siquiera de modo parcial, en mérito de la autonomía de los municipios— de los tributos así calificados de “locales”, porque la Constitución encomienda aquí al legislador no solo el reconocer un ámbito de autonomía al ente territorial, sino también garantizar la reserva legal que ella misma establece (art. 31.3) (...)» (STC 19/1987, FJ 4). Véanse asimismo las SSTC 233/1999, FJ 10, y 73/2011, FJ 5.

El poder tributario de los Entes Locales aparece, pues, predeterminado por una normativa —contenida en leyes estatales y que puede también verse afectada por leyes autonómicas— en la que se establecen los criterios básicos conforme a los cuales los Entes Locales pueden ejercer sus propias competencias y proyectar su propia autonomía. El Tribunal Constitucional, a partir de la STC 179/1985, afirma la **naturaleza compartida** de las competencias que, en materia de Haciendas Locales, poseen el Estado y aquellas Comunidades Autónomas que asumen estatutariamente facultades para el desarrollo de las bases estatales sobre el régimen jurídico de las Administraciones Públicas *ex* art. 149.1.18 CE (véanse asimismo las SSTC 96/1990, FJ 7; 237/1992, FJ 6; 331/1993, FF. JJ. 2 y 3; 171/1996, FJ 5; 233/1999, FJ 4; 134/2011, FJ 14).

El art. 106.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local, declara que «las Entidades Locales tendrán autonomía para establecer y exigir tributos de acuerdo con lo previsto en la legislación del Estado reguladora de las Haciendas Locales y en las Leyes que dicten las Comunidades Autónomas en los

supuestos expresamente previstos en aquella». Se especifica así el sentido del art. 133.2 CE que reconoce a las CC. AA. y a las Corporaciones Locales poder de «establecer y exigir tributos, de acuerdo con la Constitución y las Leyes». De ahí que, como ya se dijo, la **potestad tributaria de carácter derivado** (de las Corporaciones Locales) no podrá hacerse valer en detrimento de la reserva de ley presente en este sector del Ordenamiento (arts. 31.3 y 133.1 CE), y el Legislador no podrá limitarse, al adoptar las reglas a las que remite el art. 133.2 en su último inciso, a una mera mediación formal, en cuya virtud se apodera a las Corporaciones locales para conformar, sin predeterminación alguna, el tributo de que se trate (SSTC 19/1987, FJ 4; 233/1999, FJ 10, y 73/2011, FJ 5).

El mismo art. 106.2 de la Ley 7/1985, LBRL, aclara que la potestad normativa que las Entidades Locales poseen en materia tributaria es de carácter reglamentario: «la potestad reglamentaria de las Entidades Locales en materia tributaria se ejercerá a través de Ordenanzas fiscales reguladoras de sus tributos propios y de Ordenanzas generales de gestión, recaudación e inspección» (véanse los arts. 49 y 70.2 de la Ley 7/1985, LBRL; y arts. 15 a 19 TRLRHL). Es decir, la autonomía local en materia tributaria se instrumenta y ejerce mediante la potestad reglamentaria municipal, esto es, el poder de ordenanza de las Corporaciones locales, cuyas manifestaciones en materia tributaria se traducen en la imposición y ordenación de tributos locales (arts. 15 a 19 TRLRHL).

Advierte la STC 233/1999 que «en virtud de la autonomía de los Entes Locales constitucionalmente garantizada y del carácter representativo del Pleno de la Corporación municipal, es preciso que la Ley estatal atribuya a los Acuerdos fijados por este (así, los Acuerdos dimanantes del ejercicio de la potestad de ordenanza), un cierto ámbito de decisión acerca de los tributos propios del Municipio (...). Es evidente, sin embargo, que este **ámbito de libre decisión a los Entes Locales —desde luego, mayor que el que pudiera rele-**

garse a la normativa reglamentaria estatal— no está exento de límites» [FJ 10. C)] (al mismo planteamiento responde la STC 106/2000, de 4 de mayo).

Puesto que la **potestad de ordenanza** tiene naturaleza reglamentaria, en el ámbito preordenado por la ley, los Entes Locales carecen de competencia normativa plena para el establecimiento y ordenación de sus tributos propios, por lo que el poder tributario local resulta necesariamente un poder tributario **compartido**. El problema radica en conocer los **límites y el marco de actuación que habrá de ser predeterminado por el legislador (estatal y, en su caso, autonómico)** para que, dentro de él, los Entes Locales ejerciten su poder (de ordenanza) tributario.

2. Interesa reiterar que **la necesaria interposición del legislador** no deriva, exclusiva y ni siquiera principalmente, de las exigencias del principio constitucional de reserva de ley en materia tributaria. Como declara la STC 19/1987, «los Ayuntamientos, como Corporaciones representativas que son (art. 140 CE), pueden, ciertamente, hacer realidad, mediante sus Acuerdos, la autoimposición en el establecimiento de los deberes tributarios, que es uno de los principios que late en la formación histórica y en el reconocimiento actual, en nuestro Ordenamiento, de la regla según la cual deben ser los representantes quienes establezcan los elementos esenciales para la determinación de la obligación tributaria» (FJ 4) (en igual sentido, la STC 233/1999, FJ 10, y ATC 123/2009, FJ 3).

De ahí que —como observa RAMALLO— «si la Constitución de 1978 hubiera tenido una redacción semejante a la del art. 15 de la Constitución de 1869 o al art. 115 de la Constitución de 1931, en los que la obligación de pagar tributos se vinculaba a haber sido votados “por las Cortes o por las Corporaciones populares legalmente autorizadas”, habría aparecido en primer plano el principio de legalidad como principio del consentimiento de las cargas públicas por quienes tienen que soportarlas, y qui-

zás el problema no se hubiera planteado, por lo menos en los términos en que se ha hecho».

Pero, como advierte el Tribunal Constitucional en su STC 19/1987: «la reserva legal en esta materia existe también al servicio de otros principios —la preservación de la unidad del Ordenamiento y de una básica igualdad de posición de los contribuyentes— que garantizados por la Constitución del modo que dice su art. 132.2 no permiten, manifiestamente, presentar el Acuerdo municipal como sustitutivo de la Ley para la adopción de unas decisiones que solo a ella, porque así lo quiere la Constitución, corresponde expresar» (FJ 4) (en igual sentido, STC 233/1999, FJ 10).

En definitiva, «**la necesaria intervención del legislador en la (pre)ordenación del sistema tributario local responde no solo a las exigencias de la reserva de Ley relacionadas con la autodisposición o autoconsentimiento de las prestaciones tributarias, sino también con las derivadas de otros principios** —la preservación de la unidad del Ordenamiento y de una básica igualdad de posición de los contribuyentes— (...) **que solo puede satisfacer la ley del Estado**» (STC 233/1999, FJ 22).

3. Esta es la forma como el Tribunal Constitucional expresa y afronta uno de los problemas-clave en la ordenación de la Hacienda Local (o, si se prefiere, en la articulación de las relaciones entre el Estado y los Entes Locales en materia tributaria), a saber: la necesidad de asegurar la **subsistencia equilibrada** entre dos imperativos constitucionales (**autonomía local y legalidad tributaria**), que no podrán abolirse entre sí en su respectivo despliegue:

El sentido que hay que reconocer en la reserva introducida por el art. 31.3 de la Constitución no puede entenderse, sin embargo, desligado de las condiciones propias al sistema de autonomías territoriales que la Constitución consagra (art. 137) y específicamente —en el presente proceso— de la

garantía constitucional de la autonomía de los municipios (art. 140). En lo que al orden tributario importa, aquella reserva de Ley resulta reiterada y especificada en los números 1 y 2 del art. 133 de la Constitución, precepto en el que —**regulándose la relación entre ordenamientos en este ámbito**— se enuncia tanto la potestad originaria del Estado para, mediante Ley, establecer los tributos como la posibilidad de que las Comunidades Autónomas y las Corporaciones locales establezcan y exijan tributos, de acuerdo con la Constitución y las Leyes. Procura así la Constitución integrar las exigencias diversas, en este campo, de la reserva de ley estatal y de la autonomía territorial, autonomía que, en lo que a las Corporaciones locales se refiere, posee también una proyección en el terreno tributario, pues estos Entes habrán de contar con tributos propios y sobre los mismos deberá la Ley reconocerles una intervención en su establecimiento o en su exigencia, según previenen los arts. 140 y 133.2 de la misma Norma Fundamental, ello sin perjuicio de que esa autonomía tributaria no sea plena (los tributos propios no son solo una de las varias fuentes de ingresos de las Haciendas Locales) y de que no aparezca la misma, desde luego, carente de límites, por el mismo carácter derivado del poder tributario de las Corporaciones locales y porque también respecto de ellas, como no podía ser de otro modo, la autonomía hace referencia a un poder necesariamente limitado (STC 1/1981, de 26 de enero). Véanse asimismo las SSTC 221/1992, FJ 8, y 233/1999, FJ 10.

Es claro, en suma, que, si bien respecto de los tributos propios de los municipios esta reserva no deberá extenderse hasta un punto tal en el que se prive a los mismos de cualquier intervención en la ordenación del tributo o en su exigencia para el propio ámbito territorial, tampoco podrá el legislador abdicar de toda regulación directa en el ámbito parcial que así le reserva la Constitución (art. 133.1 y 2). De conformidad con el primero de los apartados de este precepto

constitucional, en efecto, le corresponde a la Ley la creación *ex novo* de cada figura tributaria, mas este establecimiento legislativo del tributo no basta para satisfacer la función constitucional de la reserva de ley en este campo, como bien se muestra en el número 2 de la disposición constitucional que consideramos. El que la Norma Fundamental haya querido aquí que el establecimiento o la exigencia de tributos propios por las Corporaciones Locales se realice no solo de acuerdo con la Constitución misma, sino también de conformidad con lo dispuesto en las leyes, significa, en lo que ahora importa, que esta potestad tributaria de carácter derivado no podrá hacerse valer en detrimento de la reserva de ley presente en este sector del ordenamiento (arts. 31.3 y 133.1) y que el legislador, por ello, no podrá limitarse, al adoptar las reglas a las que se remite el art. 133.2 en su último inciso, a una mera mediación formal, en cuya virtud se apodere a las Corporaciones locales para conformar, sin predeterminación alguna, el tributo de que se trate. **Las leyes reclamadas por la Constitución en este último precepto no son, por lo que a las Corporaciones Locales se refiere, meramente habilitadoras para el ejercicio de una potestad tributaria que originariamente solo corresponde al Estado. Son también Leyes ordenadoras** —siquiera de modo parcial, en mérito de la autonomía de los municipios— **de los tributos así calificados de locales**, porque la Constitución encomienda aquí al legislador no solo el reconocer un ámbito de autonomía al ente territorial, sino también garantizar la reserva legal que ella misma establece (art. 31.3), y cuyo sentido hemos recordado con anterioridad.»

«No es cierto —insiste la STC 233/1999— que la autonomía local que se reconoce en la Constitución implique la necesidad de que la ley dote a las Corporaciones Locales de libertad para imponer o no cada uno de sus tributos propios. Como señalamos en la STC 19/1987, conforme a los arts. 133.2 y 140 de la Norma Fundamental, la autonomía de las

Corporaciones Locales se traduce en que “estos entes habrán de contar con tributos propios y sobre los mismos deberá la Ley reconocerles una intervención en su establecimiento o en su exigencia” (FJ 4; doctrina reiterada en la STC 221/1992, FJ 8)» (STC 233/1999, FJ 22).

«A lo anterior hay que añadir —resume en su FJ 3 el ATC 123/2009— que cuando se trata de tributos locales concurre una peculiaridad adicional que no puede dejar de tenerse en cuenta, pues en relación con estos tributos la exigencia de la reserva de ley de los arts. 31.3 y 133 CE hay que analizarla en conexión con los arts. 133.2 y 142 CE, donde el Pleno municipal alcanza la categoría de protagonista (o, lo que es lo mismo, cumple con la garantía de la autoimposición de la comunidad sobre sí misma), por tratarse del órgano resultante de la elección directa por sufragio de los vecinos de la corporación local que cumple con las exigencias del fundamento último de la reserva de ley tributaria, a saber, “que cuando un ente público impone coactivamente una prestación patrimonial a los ciudadanos cuenta para ello con la voluntaria aceptación de sus representantes” [SSTC 185/1995, de 14 de diciembre, FJ 3.a); y 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 18]. Así lo señaló tempranamente este Tribunal Constitucional al advertir que los “Ayuntamientos como corporaciones representativas que son (art. 140 de la Constitución), pueden, ciertamente, hacer realidad, mediante sus acuerdos, la autodisposición en el establecimiento de los deberes tributarios, que es uno de los principios que late en la formación histórica —y en el reconocimiento actual, en nuestro ordenamiento— de la regla según la cual deben ser los representantes quienes establezcan los elementos esenciales para la determinación de la obligación tributaria” [STC 19/1987, de 17 de febrero, FJ 4; y en el mismo sentido, STC 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 10 a)].

Por lo expuesto, cuando se trata de ordenar por ley los tributos locales, la reserva de ley “ve confirmada su parcialidad, esto es, la res-

tricción de su ámbito” [SSTC 19/1987, de 17 de febrero, FJ 4; y 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 10.b)], pues la reserva de ley prevista en el art. 31.3 CE no puede entenderse desligada “de las condiciones propias al sistema de autonomías territoriales que la Constitución consagra (art. 137) y específicamente (...) de la garantía constitucional de la autonomía de los municipios (art. 140)”; tanto más cuando el art. 133.2 CE establece la posibilidad “de que las Comunidades Autónomas y las corporaciones locales establezcan y exijan tributos, de acuerdo con la Constitución y las leyes”, procurando así la Constitución “integrar las exigencias diversas en este campo, de la reserva de Ley estatal y de la autonomía territorial, autonomía que, en lo que a las corporaciones locales se refiere, posee también una proyección en el terreno tributario, pues estas habrán de contar con tributos propios y sobre los mismos deberá la Ley reconocerles una intervención en su establecimiento o en su exigencia, según previenen los arts. 140 y 133.2 de la misma Norma fundamental” [STC 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 10.b)].

Por tanto, “el ámbito de colaboración normativa de los municipios, en relación con los tributos locales, [es] mayor que el que podría relegarse a la normativa reglamentaria estatal”, por dos razones: porque “las ordenanzas municipales se aprueban por un órgano —el Pleno del Ayuntamiento— de carácter representativo (art. 22.2 LBRL)”; y porque “la garantía local de la autonomía local (arts. 137 y 140 CE) impide que la ley contenga una regulación agotadora de una materia —como los tributos locales— donde está claramente presente el interés local” (STC 132/2001, de 8 de junio, FJ 5) [...]» (FJ 3).

En definitiva, como ya se anticipó, el problema estriba en determinar **el modo de asegurar esa necesaria «subsistencia equilibrada» entre autonomía local y legalidad tributaria**, o, en otros términos, en la determinación del grado de intervención del legislador estatal y, lo que es igual, el margen de

libertad que debe inexorablemente dejar a las Entidades locales, para no vaciar de contenido, banalizar y hacer irreconocible la autonomía local que la Constitución garantiza.

4. La Carta Europea de Autonomía Local se limita, en este punto, a señalar que las Entidades locales deberán tener la potestad de fijar en sus propios tributos «la cuota o el tipo **dentro de los límites de la Ley**» (art. 9.3).

Existen, naturalmente, diferentes opciones políticas y, dentro de ellas, distintas soluciones técnicas para la ordenación legal (estatal y, en su caso, autonómica) del marco tributario local, preservando el ámbito de actuación que posibilite a los Entes Locales el ejercicio de su autonomía, de conformidad también con las exigencias que, para esta última, comporta la Carta Europea de Autonomía Local. Lo que sucede es que será el propio legislador quien deberá optar por unas u otras soluciones técnicas, sin contar con más auxilios jurisprudenciales que los ya examinados, pues el Tribunal Constitucional, al igual que hizo respecto del sistema de financiación autonómica, se ha limitado a controlar la constitucionalidad de las opciones ensayadas por el legislador para definir la posición de los Entes Locales en el proceso de institucionalización de la nueva organización territorial del Estado, advirtiendo que «no le corresponde señalar positivamente cuáles sean los posibles modos de ajuste legislativo entre la autonomía local y la determinación por Ley de los elementos esenciales de cada tributo (...). Podemos solo apreciar cuando (...) tal ajuste o equilibrio ha desaparecido por completo en la normación de Ley, renunciando el legislador al establecimiento de toda limitación en el ejercicio de la potestad tributaria de las Corporaciones Locales y abandonando, en la misma medida, la función que en este campo corresponde solo a la Ley, de conformidad con unas determinaciones constitucionales que no son, obviamente, disponibles para el legislador» (STC 19/1987, FJ 5) (véase, asimismo, la STC 233/1999, FJ 10).

VIII. EL ESTABLECIMIENTO DE BENEFICIOS FISCALES

1. «La Constitución establece en el ap. 3 del art. 133 el principio de reserva de Ley en materia de beneficios fiscales» (STC 10/2005, FJ 4); «entre los que se cuentan, sin duda, las exenciones y las bonificaciones» (STC 6/1983, FJ 4). Así lo recuerda también uno de los Votos particulares a la STC 116/1994: «las exenciones y bonificaciones tributarias constituyen beneficios fiscales a los que se refiere el específico mandato del art. 133.3 de la Constitución (...)».

La exención supone una «quebra del principio de generalidad que rige la materia tributaria al neutralizar la obligación tributaria derivada de la realización de un hecho revelador de capacidad económica (...)» (STC 10/2005, FJ 5.º); esto es, el hecho imponible.

Siendo «el objeto de la exención no pagar o pagar una cantidad inferior a la prevista con carácter general» (STC 6/1983, FJ 2.º), el **poder de desgravar**, esto es, de establecer exenciones y, en general, beneficios fiscales (enervando o neutralizando, total o parcialmente, la obligación tributaria derivada del hecho imponible) constituye, en definitiva, la antítesis o, si se prefiere, el complemento necesario del **poder de gravar**, y al igual que este necesariamente deberá ejercerse «mediante Ley» o «en virtud de la Ley» (art. 133.3 CE). «En definitiva tal poder consiste en no satisfacer un determinado tributo o en satisfacerlo en una cuantía menor que la prevista con carácter general» (STC 6/1983, FJ 2).

Esta exigencia —añade el antes referido Voto particular a la STC 116/1994— «no es otra cosa que un desarrollo de la cláusula general del art. 31.3, puesto que todo beneficio tributario viene, en definitiva, a modificar la prestación patrimonial en que el tributo se resuelve y, al alterar su incidencia, opera una modificación *a posteriori* de la aplicación de los elementos esenciales del propio tributo, resultando, pues, también un elemento esencial del

mismo». De ahí que «contemplada en el seno del sistema constitucional —prosigue el Voto particular— la disposición del art. 133.3 completa el significado y alcance de la reserva general establecida por el art. 31.3 (...); por contraposición a la genérica reserva relativa, el art. 133.3 establece (...) **una legalidad estricta** que comprende el establecimiento de los beneficios fiscales (...)».

2. El Tribunal Constitucional ha precisado el contenido y alcance del principio de reserva de Ley en materia tributaria recogido en el art. 31.3 CE, dejando claro que «la reserva de Ley en materia tributaria no afecta por igual a todos los elementos integrantes del tributo. El grado de concreción exigible a la Ley es máximo cuando regula el hecho imponible. Asimismo está reservado a la Ley el establecimiento de beneficios fiscales que afecten a los tributos del Estado (art. 133.3 CE)» (STC 221/1992, FJ 7); aclarando, en efecto, la STC 6/1983, que «es obvio que hay una **legalidad estricta** que comprende el **establecimiento** de los beneficios fiscales (...) **pero no cualquier regulación de ellos**»; concluyendo el Tribunal que la supresión y modificación de beneficios tributarios puede efectuarse, en cambio, por normas distintas a la Ley y que tengan el mismo rango, como un Decreto-Ley (véanse, asimismo, las SSTC 42/1983 y 51/1983).

Esta conclusión del Tribunal Constitucional, seguida después por el Tribunal Supremo, ha sido criticada por la doctrina advirtiéndose la incoherencia que supone exigir la reserva de Ley para el establecimiento de beneficios fiscales, y permitir en cambio que su modificación o supresión quede al margen de la reserva legal.

De esta crítica se hace eco el repetido Voto particular a la STC 116/1994, argumentando que del tenor literal del art. 133.3 CE no puede deducirse que la modificación de los beneficios fiscales esté excluida de la reserva de Ley, como señalaba la STC 6/1983; y ello «porque si algún elemento determinante de la configuración sustancial del tributo se atribuyera

a norma inferior a la Ley, quedarían fuera de la responsabilidad plena del legislador los principios constitucionales tributarios que como los de justicia, equidad, progresividad (...) (art. 31.1 CE) deben informar todos los elementos determinantes de la obligación tributaria».

3. Las normas que establecen exenciones o reducciones tributarias crean ciertamente situaciones jurídicas individualizadas en favor de los beneficiados. Puede discutirse doctrinalmente cuál es la naturaleza del poder jurídico que se atribuye a los sujetos, a los que la norma previene que le sea aplicada la exención o la bonificación. El Tribunal Constitucional no entra, como es lógico, en este debate doctrinal limitándose a señalar que «no cabe duda que en definitiva tal poder consiste en no satisfacer un determinado tributo o en satisfacerlo en una cuantía menor que la prevista con carácter general»; y añade acto seguido que «es más correcto entender que el llamado derecho a la exención o a la bonificación tributarias es simplemente un elemento de la relación jurídica obligacional, que liga a la Administración y al contribuyente (...)»; y concluye que «no puede hablarse en puridad de un auténtico derecho a la bonificación tributaria o al mantenimiento del régimen jurídico-tributario de bonificación (...)» (STC 6/1983, FJ 2). «No solo hemos señalado —agrega la STC 19/2012, FJ 9— que no existe un derecho al mantenimiento de un determinado régimen fiscal [SSTC 126/1987, de 16 de julio, FJ 11; 15/1990, de 4 de octubre, FJ 8; 134/1996, de 22 de julio, FJ 3; 173/1996, de 31 de octubre, FJ 3; 182/1997, de 28 de octubre, FJ 11.c); 1/2001, de 15 de febrero, FJ 1; y 54/2006, de 27 de febrero, FJ 5], sino que, incluso con relación a un pretendido derecho al mantenimiento de una exención o bonificación tributaria otorgada en un momento dado por el legislador, hemos afirmado que (...) su existencia legal no configura un auténtico derecho subjetivo a su mantenimiento (SSTC 6/1983, de 4 de febrero, FJ 2; 134/1986, de 29 de octubre, FJ 3; y 234/2001, de 13 de diciembre, FJ 8). Por esta razón, entra dentro del

ámbito de libertad de legislador, su modificación o, incluso, su supresión, sin afectar de modo inconstitucional a quienes hasta entonces venían siendo sus beneficiarios, pues la exención y la bonificación, como privilegio de quienes las disfrutaban y, por tanto, “como quiebra del principio de generalidad que rige la materia tributaria (art. 31.1 CE), en cuanto que neutraliza la obligación tributaria derivada de la realización de un hecho generador de capacidad económica” (STC 96/2002, de 25 de abril, FJ 7), ni se incorporan al patrimonio de los sujetos bajo la naturaleza de derechos adquiridos, ni se convierten en situaciones consolidadas generadoras de derechos públicos subjetivos [...]» (STC 19/2012, FJ 9).

Cuestión distinta es la relativa a los problemas de constitucionalidad que puede plantear la derogación de una exención tributaria con efectos retroactivos, por la posible vulneración de las exigencias de la seguridad jurídica (véanse las SSTC 234/2001; 104/2000; 126/1987; 65/1987; 42/1986, entre otras).

4. Por otra parte, el Tribunal ha examinado la legitimación o justificación constitucional de la exención, básicamente, desde la perspectiva de las exigencias constitucionales de generalidad, igualdad y capacidad económica; señalando que «la igualdad de todos ante una exigencia constitucional —el deber de contribuir o la solidaridad en el levantamiento de las cargas públicas— (...) implica, de un lado, una exigencia directa al legislador obligado a buscar la riqueza allá donde se encuentre (SSTC 27/1981, FF. JJ. 4 y 9; 221/1992, FF. JJ. 4 y 14) y, de otra parte, la prohibición en la concesión de privilegios tributarios discriminatorios, es decir, de beneficios tributarios injustificados desde el punto de vista constitucional, al constituir una quiebra del deber genérico de contribuir al sostenimiento de los gastos del Estado» (STC 96/2002, FJ 7) (en igual sentido, SSTC 57/2005, FJ 4, y 60/2015, FJ 4).

Asimismo, la STC 10/2005, de 20 de enero, añade que «la exención, como quiebra del principio de generalidad que rige la materia

tributaria (...) es constitucionalmente válida siempre que responda a fines de interés general que la justifiquen (por ejemplo, por motivos de política económica o social, para atender al mínimo de subsistencia, por razones de técnica tributaria, etc.), quedando, en caso contrario, proscrita, desde el punto de vista constitucional, por cuanto la Constitución a todos impone el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos en función de su capacidad económica (STC 96/2002, de 25 de abril, FJ 7), no debiendo olvidarse que los principios de igualdad y generalidad se lesionan cuando “se utiliza un criterio de reparto de las cargas públicas carente de cualquier justificación razonable y, por tanto, incompatible con un sistema tributario justo como el que nuestra Constitución consagra en el art. 31” (STC 134/1996, de 22 de julio, FJ 8)» (FJ 5) (en igual sentido, SSTC 19/2012, FJ 4, y 60/2015, FJ 4).

Y concluye el Tribunal que «es patente que el mantenimiento de una exención (...) carente de la justificación que la vio nacer, implica la quiebra ilegítima del deber de “todos” de contribuir a aquel sostenimiento, o, lo que es lo mismo, del principio de generalidad tributaria que el art. 31.1 CE establece» (STC 10/2005, FJ 6).

5. Por último, observa el Tribunal en la misma STC 10/2005 que «siendo cierto que la Constitución establece en el ap. 3 del art. 133 el principio de reserva de Ley en materia de beneficios fiscales, también lo es (...) que no pueden anularse disposiciones legales o reglamentarias anteriores, ni por la ausencia de requisitos luego exigidos por la Constitución para su aprobación y que, entonces, no venían requeridos, ni por el hecho de que la Constitución haya exigido un determinado rango para la regulación de tales materias, dado que la reserva de Ley no puede aplicarse retroactivamente (SSTC 11/1981, de 8 de abril, FJ 5, y 194/1998, de 1 de octubre, FJ 6), ello sin perjuicio de la cobertura normativa con que la discutida exención pudiera contar antes de aprobarse la Constitución (...)» (FJ 4).

IX. EL PODER DE GASTO O DE AUTORIZACIÓN PRESUPUESTARIA

1. El contenido del ap. 4 del art. 133 CE no puede desvincularse del resto de preceptos constitucionales (arts. 66.2 y 134 CE) que establecen el **poder de gasto** o, si se prefiere, el **principio de legalidad respecto de los gastos públicos**: «del mismo modo que son los representantes de los ciudadanos los que deben autorizar la exacción de las prestaciones patrimoniales de carácter público (art. 31.3 CE), es también al Parlamento a quien corresponde autorizar la cuantía y el destino del gasto, así como el límite temporal de los créditos presupuestarios (art. 134.2 CE)» (STC 3/2003, FJ 4).

2. Conforme al art. 133.4 CE («Las Administraciones públicas solo podrán contraer obligaciones financieras y realizar gastos de acuerdo con las Leyes») «la Constitución remite "en blanco" al legislador la posibilidad de limitar la asunción de obligaciones financieras por parte de las Administraciones Públicas» (STC 4/1981, FJ 16).

Advierte el Tribunal Constitucional que «el sometimiento de las Administraciones públicas al régimen presupuestario establecido constitucionalmente (art. 134 CE) (...) en ningún caso impide el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias por aquellas siempre y cuando se hayan contraído de acuerdo con las leyes y con arreglo a ellas se produzca el gasto público necesario al efecto (art. 133.4). Estas normas sirven de respaldo a las que en la Ley general del ramo regulan los diversos procedimientos para la cobertura de esos gastos y la efectividad de su pago, pero no alteran la configuración de las fuentes de las obligaciones» (STC 206/1993, FJ 4).

El Tribunal ha destacado asimismo «la posición privilegiada frente a los demás deudores, de que goza la Administración como consecuencia de su sometimiento al principio de legalidad presupuestaria y al régimen de Presupuesto público establecido constitucional-

mente (arts. 133.4 y 134 CE), que conlleva "un sin número de formalidades, concebidas como garantías de la intangibilidad de los caudales públicos, dentro de unos cauces más rígidos que en los demás sectores de las Administraciones públicas" (STC 206/1993, FJ 4), y la consiguiente precariedad en que se encuentra el particular acreedor frente al Estado deudor, no permite en ningún caso el desconocimiento o incumplimiento de sus obligaciones pecuniarias siempre y cuando se hayan contraído de acuerdo con las Leyes» (STC 294/1994, FJ 3).

3. Conforme a su **poder de gasto**, «corresponde al Estado no solo el régimen jurídico de la ordenación de los gastos de la Administración del Estado, sino también el establecimiento de las normas y principios comunes de la actividad financiera de las distintas haciendas que tiendan a asegurar los principios constitucionales que, conforme a nuestra Constitución, han de regir el gasto público: legalidad (art. 133.4 CE); eficiencia y economía (art. 31.2 CE); asignación equitativa de los recursos públicos (art. 31.2 CE); subordinación de la riqueza nacional al interés general (art. 128.1), estabilidad presupuestaria (art. 135 CE; STC 134/2011, de 20 de julio) y control (art. 136 CE). Ello en modo alguno resulta contrario a la autonomía consagrada a favor de las Comunidades Autónomas pues estas "gozarán de autonomía financiera (de gasto) en la medida en que puedan elegir y realizar sus propios objetivos políticos, administrativos, sociales o económicos", es decir, en que puedan decidir a qué objetivos destinan sus recursos sin condicionamientos indebidos (STC 192/2000, FJ 6 y las allí citadas)» [SSTC 130/2013, FJ 5; 135/2013, FJ 3.b)]. Véanse asimismo las SSTC 41/2016, FJ 3; 111/2016, FJ 5, y 45/2017, FJ 3.

«El poder de gasto del Estado o de autorización presupuestaria, manifestación del ejercicio de la potestad legislativa atribuida a las Cortes Generales (arts. 66.2 y 134 CE) no se define por conexión con el reparto competencial

de materias que la Constitución establece (arts. 148 y 149 CE), al contrario de lo que acontece con la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas, que se vincula al desarrollo y ejecución de las competencias que, de acuerdo con la Constitución, le atribuyan los respectivos Estatutos y las Leyes (art. 156.1 CE y art. 1.1 LOFCA). Por consiguiente, el Estado siempre podrá, en uso de su soberanía financiera (de gasto, en este caso), asignar fondos públicos a unas finalidades u otras, pues existen otros preceptos constitucionales (y singularmente los del Capítulo III del Título I) que legitiman la capacidad del Estado para disponer de su Presupuesto en la acción social o económica.

Pero admitido esto, constatación del señorío del Estado sobre su presupuesto, esencia misma del poder financiero (la capacidad de decisión sobre el empleo de sus propios recursos), tanto en la programación como en la ejecución de ese gasto el Estado debe respetar el orden competencial. Es evidente que, en el sistema español de distribución territorial del poder, el

Estado puede asignar sus recursos a cualquier finalidad lícita y que la definición de esta finalidad en la Ley de Presupuestos condiciona necesariamente la libertad de acción de aquellas instancias que hayan de utilizar esos recursos. Si estas instancias son exclusivamente estatales por ser también de competencia exclusiva del Estado la «materia» o sector de actividad pública no se plantea ningún problema en cuanto a la delimitación competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Cuando, por el contrario, tal materia o sector corresponden en uno u otro grado a las Comunidades Autónomas, las medidas que hayan de adoptarse para conseguir la finalidad a la que se destinan los recursos deberán respetar el orden constitucional y estatutario de las competencias, sin imponer a la autonomía política de las Comunidades Autónomas otros condicionamientos que aquellos que resultan de la definición del fin o del uso que el Estado pueda hacer de otras competencias propias, genéricas o específicas» (STC 13/1992, FJ 7). Véase asimismo la STC 48/2004, FJ 11.

BIBLIOGRAFÍA

ANTÓN PÉREZ, J. A., «Poder derivado y competencia tributaria en la Ley General Tributaria», *Crónica Tributaria*, núm. 50, 1984.

CALVO ORTEGA, R., «Constitución y Haciendas Locales», *Civitas. Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 100/1998.

CASADO OLLERO, G., *El sistema impositivo de las Comunidades Autónomas*, Publicaciones del Instituto de Desarrollo Regional, Universidad de Granada, 1981.

- «La Hacienda Local en la Constitución y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español», en *La financiación de los Municipios. Experiencias comparadas*, Dykinson, Madrid, 2005.

CAZORLA PRIETO, L., *El poder tributario en el Estado contemporáneo*, IEF, Madrid, 1981.

FERNÁNDEZ AMOR, J. A., «El poder de gasto de los Entes Locales y los principios de estabilidad y sostenibilidad: ¿otra vuelta de tuerca más?», en *La Hacienda Local: cuestiones actuales*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2013.

GARCÍA TORRES, J., «Análisis constitucional de algunos problemas en torno a las fuentes del derecho en la Ley General Tributaria», *Crónica Tributaria*, núm. 61, 1992.

LAGO MONTERO, J. M.^a, *El poder tributario de las Comunidades Autónomas*, Aranzadi, Pamplona, 2000.

LASARTE ÁLVAREZ, J., «Poder tributario» (art. 2 LGT)», en *Comentarios a la LGT*, IEF, Madrid, 1991.

LOZANO SERRANO, C., «Potestades tributarias de las entidades Locales», *Palau 14. RVHP*, núm. 18, 1992.

MARTÍN QUERALT, J., «La división de funciones en el ámbito del ordenamiento jurídico financiero», *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 9, 1976;

— «El sistema financiero de las Comunidades Autónomas», en *Organización territorial del Estado*, Vol. I, IEF, Madrid, 1984.

MEDINA GUERRERO, M., *La incidencia del sistema de financiación en el ejercicio de las competencias financieras de las Comunidades Autónomas*, Madrid, 1992.

MENÉNDEZ MORENO, A., «La corresponsabilidad fiscal», *Información Fiscal*, núm. 3, 1994.

MORENO FERNÁNDEZ, J. I., «Comentarios al artículo 133 CE», en VV. AA., *Comentarios a la Constitución Española. Libro homenaje a Luis López Guerra*, Madrid, 2018.

ORÓN MORATAL, G., «La distribución del poder financiero entre el Estado y las Comunidades Autónomas (Especial referencia a la relación entre Leyes tributarias del Estado y de las Comunidades Autónomas)», *Palau 14. RVHP*, núm. 28, 1997.

PALAO TABOADA, C., «La distribución del poder tributario en España», *Crónica Tributaria*, núm. 52, 1985.

PÉREZ DE AYALA, J. L., «Dinámica de los fundamentos del poder tributario autonómico en el Derecho político español: una hipótesis a considerar», *RDFHP*, núm. 248, 1998.

RAMALLO MASSANET, J., «El reparto de competencias tributarias entre los distintos ámbitos de gobierno», *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 60, 1988.

RAMALLO MASSANET, J. y ZORNOZA PÉREZ, J., «Sistema y modelos de financiación autonómica», en *Financiación autonómica y corresponsabilidad fiscal. Perspectivas del sistema financiero*, núm. 51, 1995.

RODRÍGUEZ BERELJO, A., *El sistema tributario en la Constitución (Los límites del poder tributario en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)*, CEC, Madrid, 1992.

RUIZ GARCÍA, J. R., «Algunas consideraciones sobre la autonomía tributaria local», *Civitas. Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 46, 1985.

SAINZ DE BUJANDA, F., «Organización política y Derecho financiero», *Hacienda y Derecho*, vol. I, Instituto de Estudios Políticos, 1962.

SÁNCHEZ SERRANO, L., *Tratado de Derecho financiero y Tributario Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

VV. AA., *La distribución de las competencias económicas entre el poder central y las autonomías territoriales en el Derecho comparado y en la Constitución española*, IEE, Madrid, 1980.

Artículo 134

1. *Corresponde al Gobierno la elaboración de los Presupuestos Generales del Estado y a las Cortes Generales su examen, enmienda y aprobación.*
2. *Los Presupuestos Generales del Estado tendrán carácter anual, incluirán la totalidad de los gastos e ingresos del sector público estatal y en ellos se consignará el importe de los beneficios fiscales que afecten a los tributos del Estado.*
3. *El Gobierno deberá presentar ante el Congreso de los Diputados los Presupuestos Generales del Estado al menos tres meses antes de la expiración de los del año anterior.*
4. *Si la Ley de Presupuestos no se aprobara antes del primer día del ejercicio económico correspondiente, se considerarán automáticamente prorrogados los Presupuestos del ejercicio anterior hasta la aprobación de los nuevos.*
5. *Aprobados los Presupuestos Generales del Estado, el Gobierno podrá presentar proyectos de ley que impliquen aumento del gasto público o disminución de los ingresos correspondientes al mismo ejercicio presupuestario.*
6. *Toda proposición o enmienda que suponga aumento de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios requerirá la conformidad del Gobierno para su tramitación.*
7. *La Ley de Presupuestos no puede crear tributos. Podrá modificarlos cuando una ley tributaria sustantiva así lo prevea.*

Sumario: I. Función y naturaleza de la Ley de Presupuestos Generales del Estado. II. El contenido de la Ley de Presupuestos Generales del Estado. III. El ámbito temporal y la prórroga de la Ley de Presupuestos Generales del Estado. IV. La modificación de la Ley de Presupuestos Generales del Estado. V. La prohibición de crear tributos por la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

JUAN IGNACIO MORENO FERNÁNDEZ
LETRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. FUNCIÓN Y NATURALEZA DE LA LEY DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO

El desarrollo legal del art. 134 CE, que con carácter preconstitucional se encontraba en la Ley 11/1977, de 4 de enero, General Presupuestaria, vino hecho posteriormente por el Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, que aprobaba el Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, y, en la actualidad, por la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (LGP).

Es importante tener presente que el presupuesto es «la clave del parlamentarismo, ya que constituye la institución en que históricamente se han plasmado las luchas políticas de las representaciones del pueblo (Cortes, Parlamentos o Asambleas) para conquistar el derecho a fiscalizar y controlar el ejercicio del poder financiero: primero, respecto de la potestad de aprobar los tributos e impuestos; después, para controlar la administración de los ingresos y la distribución de los gastos públicos» (STC 3/2003, de 16 de enero, FJ 3). Ese desdoblamiento del control por el Parlamento de la actividad financiera pública se recoge en la Constitución española de 1978 de dos maneras. De un lado, en los arts. 31.3 y 133, aps. 1 y 2, ambos de la CE, que establecen el principio de legalidad respecto de las prestaciones patrimoniales de carácter público y los tributos; reserva de ley que «tiene como uno de sus fundamentos “garantizar que las prestaciones que los particulares satisfacen a los entes públicos sean previamente consentidas por sus representantes”, configurándose de este modo como “una garantía de autoimposición de la comunidad sobre sí misma y, en última instancia, como una garantía de la libertad patrimonial y personal del ciudadano”» [SSTC 3/2003, de 16 de enero, FJ 4; 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 11; y 73/2017, de 8 de junio, FJ 2]. De otro, en los arts. 66.2 y 134.1, ambos de la Constitución, que establecen el **principio de legalidad respecto de los gastos** al atribuir a las

Cortes Generales la función de examinar, aprobar y enmendar los presupuestos generales del Estado. Así, como señala el art. 134.2 CE, dichos presupuestos deben incluir «la totalidad de los gastos e ingresos del sector público estatal», razón por la cual aparecen «como un instrumento de dirección y orientación de la política económica del Gobierno» [SSTC 3/2003, de 16 de enero, FJ 4; 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 4; y 206/2013, de 5 de diciembre, FJ 5]. En suma, «del mismo modo que son los representantes de los ciudadanos los que deben autorizar la exacción de las prestaciones patrimoniales de carácter público (art. 31.3 CE), es también al Parlamento a quien corresponde autorizar la cuantía y el destino del gasto, así como el límite temporal de los créditos presupuestarios (art. 134.2 CE)» (STC 3/2003, de 16 de enero, FJ 4).

También debe subrayarse que la ley de presupuestos no es solo una **ley en sentido formal**, sino también **en sentido material** [SSTC 3/2003, de 16 de enero, FJ 4; 101/2013, de 23 de abril, FJ 6.a); y 76/2014, de 8 de mayo, FJ 4.b)], pudiendo, por tanto, acometer directamente la modificación de otras normas con rango de ley, con las salvedades o limitaciones a las que haremos referencia después.

A lo anterior hay que añadir que la ley de presupuestos es «una ley singular, de contenido constitucionalmente determinado, exponente máximo de la democracia parlamentaria, en cuyo seno concurren las tres funciones que expresamente el art. 66.2 CE atribuye a las Cortes Generales: es una ley dictada en el ejercicio de su potestad legislativa, por la que se aprueban los presupuestos y, además, a través de ella, se controla la acción del Gobierno» (SSTC 3/2003, de 16 de enero, FJ 4; 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 11; y 217/2013, de 19 de diciembre, FJ 2). Se trata, en definitiva, de una **«ley de contenido constitucionalmente definido»** [SSTC 3/2003, de 16 de enero, FJ 4; 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 11; 217/2013, de 19 de di-

ciembre, FJ 5.a); 152/2014, de 25 de septiembre, FJ 4; 44/2015, de 5 de marzo, FJ 3.b); y 123/2016, de 23 de junio, FJ 3], pudiendo hablarse «de la existencia en la Constitución de una reserva de un contenido de Ley de presupuestos» (SSTC 131/1999, de 1 de julio, FJ 4; 3/2003, de 16 de enero, FJ 4; y 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 4):

«La ley de presupuestos tiene una función específica y constitucionalmente definida: aprobar los presupuestos generales —en este caso, de una Comunidad Autónoma— para un ejercicio presupuestario que debe coincidir con el año natural, y, de este modo, fiscalizar el conjunto de la actividad financiera pública, aprobar o rechazar el programa político, económico y social del Gobierno que los presenta y, en fin, controlar que la asignación de los recursos públicos sea equitativa. Precisamente para que dicha función pueda ser realizada, al margen de un posible contenido eventual o disponible, la Ley de presupuestos tiene un contenido constitucionalmente determinado que se concreta en la previsión de ingresos y la autorización de gastos, debiendo esta última extenderse tanto al *quantum* como a su destino» (STC 3/2003, de 16 de enero, FJ 7).

También es necesario precisar que las reglas recogidas en el art. 134 CE están previstas, en principio, **para el instrumento presupuestario del Estado y no para los de las Comunidades Autónomas**, razón por la cual los presupuestos generales de las Comunidades Autónomas quedarán sometidos a las reglas y condicionantes que se deriven tanto de la LOFCA como de su propia normativa autonómica: «En efecto, aunque de la literalidad del art. 134 CE examinado se deduce, en principio, que las reglas en él contenidas tienen como objeto directo la regulación de una institución estatal, de modo que “de los preceptos constitucionales que regulan las instituciones del Estado no pueden inferirse, sin

más, reglas y principios de aplicación, por vía analógica, a las instituciones autonómicas homólogas”, es evidente que existen una serie de reglas y principios constitucionales que son predicables de toda institución presupuestaria, estatal o autonómica. En este sentido, hemos dicho que la regulación aplicable a las instituciones autonómicas —en este caso, al presupuesto de la Comunidad Autónoma del País Vasco—, no es solo la contenida en sus respectivos Estatutos de Autonomía, en las leyes estatales que, dentro del marco constitucional, se hubiesen dictado para delimitar las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas [singularmente la Ley Orgánica de financiación de las Comunidades Autónomas] y en las reglas y principios constitucionales específicamente dirigidos a las Comunidades Autónomas, sino también, “por supuesto, en las reglas y principios constitucionales aplicables a todos los poderes públicos que conforman el Estado entendido en sentido amplio”» (SSTC 3/2003, de 16 de enero, FJ 6; 215/2014, de 18 de diciembre, FJ 10; y 84/2015, de 30 de abril, FJ 4). Ahora bien, aunque el art. 134.2 CE no sea de aplicación directa a los presupuestos generales de las Comunidades Autónomas, lo cierto es que tanto las normas estatutarias como el propio art. 21 LOFCA establecen una serie de reglas que guardan una sustancial identidad con aquel, «como no podía ser de otro modo, dado que la norma constitucional y la estatutaria (así como las normas que las desarrollan) no hacen otra cosa que recoger una serie de principios que, como hemos dicho, son consustanciales a la institución presupuestaria y al sistema parlamentario (arts. 66 y 152.1, ambos de la Constitución)» [SSTC 3/2003, de 16 de enero, FJ 6; y 108/2015, de 28 de mayo, FJ 3.a)].

Por otra parte, hay que tener presente que aun cuando «**los créditos** consignados en los estados de gastos de los presupuestos generales no son fuente alguna de obligaciones», sin embargo «**constituyen autorizaciones legislativas**» (SSTC 13/1992, de 6 de febrero, FJ 6; y 13/2007, de 18 de enero, FJ 1),

«de su cuantía y destino» (SSTC 3/2003, de 16 de enero, FJ 4; y 217/2013, de 19 de diciembre, FJ 2), «para que dentro de unos determinados límites la Administración del Estado pueda disponer de los fondos públicos necesarios para hacer frente a sus obligaciones y “predeterminan el concepto por el que autorizan su uso”» (SSTC 13/1992, de 6 de febrero, FJ 5; y 217/2013, de 19 de diciembre, FJ 2). Debe tenerse presente, pues, «la distinción entre la **fuerza jurídica del gasto público** —normalmente la Ley de Presupuestos— y la **de las obligaciones del Estado**. Los créditos consignados en los estados de gastos de los Presupuestos Generales no son fuente alguna de obligaciones; solo constituyen autorizaciones legislativas para que dentro de unos determinados límites la Administración del Estado pueda disponer de los fondos públicos necesarios para hacer frente a sus obligaciones. La fuente de estas debe buscarse fuera de dichas consignaciones presupuestarias, ya sea en la Ley, ya en los negocios jurídicos o en los actos o hechos que, según Derecho, las generen» (SSTC 63/1986, de 21 de mayo, FJ 6; 146/1986, de 25 de noviembre, FJ 8; y 13/1992, de 6 de febrero, FJ 5).

En fin, es importante concluir este apartado precisando que los límites previstos en el art. 134 CE para las leyes de presupuestos no son aplicables a otras disposiciones legislativas como las «**leyes de medidas fiscales, administrativas y del orden social**» (leyes de acompañamiento o leyes *omnibus*). En efecto, «debe afirmarse taxativamente que las limitaciones materiales y temporales a que el constituyente ha sometido el instrumento presupuestario solo a este se refieren, no pudiendo extrapolarse a otras disposiciones generales que, no siendo fruto de la actividad presupuestaria de las Cortes (art. 134 CE), son el resultado del ejercicio genérico de su actividad legislativa (art. 66.2 CE)» (SSTC 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 11; 176/2011, de 8 de noviembre, FJ 3; 209/2012, de 14 de noviembre, FJ 3; 132/2013, de 5 de junio, FJ 2; y 120/2014, de 17 de julio, FJ 3).

II. EL CONTENIDO DE LA LEY DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO

El Tribunal Constitucional ha venido admitiendo en la ley de presupuestos generales del Estado un **doble contenido**.

De un lado, un **contenido «esencial» o «indisponible»**, «propio, mínimo y necesario» o, lo que es lo mismo, el contenido que en todo caso debe aparecer en la ley de presupuestos que cada año debe ser aprobada por el Parlamento, que deriva directamente de lo dispuesto en el art. 134.2 CE y que se concreta en la previsión de ingresos y habilitación de gastos para un ejercicio económico y en las normas de naturaleza financiera que desarrollan y aclaran los estados cifrados para su ejecución congruente o simétrica en el respectivo período anual. Ese contenido propio, mínimo y necesario de la ley de presupuestos es al que se refiere el art. 134.2 CE y que alcanza a «la totalidad de los gastos e ingresos del sector público estatal» [SSTC 206/2013, de 5 de diciembre, FJ 5; 217/2013, de 19 de diciembre, FJ 2; y 44/2015, de 5 de marzo, FJ 3.b)], «recogiendo de este modo los principios de unidad (los presupuestos deben contenerse en un solo documento) y universalidad (ese documento debe acoger la totalidad de los gastos e ingresos del sector público)» (SSTC 3/2003, de 16 de enero, FJ 4; 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 11; y 217/2013, de 19 de diciembre, FJ 2).

De otro, un **contenido «eventual» o «disponible»**, que se justifica en el carácter funcional de la ley de presupuestos como vehículo director de la política económica del Gobierno (ley de *indirizzo politico*) y que se concretaría en aquellas otras disposiciones que, no siendo estrictamente presupuestarias, están dirigidas de modo directo a ordenar la acción y los objetivos de política económica y financiera del sector público estatal o, lo que es lo mismo, inciden en la política de ingresos y gastos del sector público o la condicionan. Puede acoger, entonces, dispo-

siciones que, aun no suponiendo una previsión de ingresos o una habilitación de gastos en sentido estricto, bien guardan una directa con los ingresos o los gastos, bien responden a los criterios de política económica del Gobierno, bien obedecen a una mayor inteligencia o mejor ejecución del presupuesto [SSTC 74/2011, de 19 de mayo, FJ 3; 9/2013, de 28 de enero, FJ 3.b); 217/2013, de 19 de diciembre, FJ 5.a); 44/2015, de 5 de marzo, FJ 3.b); 99/2016, de 25 de mayo, FJ 8; y 123/2016, de 23 de junio, FJ 3].

En suma, para incorporar al texto de la ley de presupuestos generales disposiciones normativas ajenas a su contenido propio es necesario que se trate de materias que tengan algún tipo de **vinculación económica o presupuestaria**. Si bien nada impide, en principio, la utilización de la ley de presupuestos como un instrumento para la adaptación de las distintas normas, sin embargo para salvaguardar la legitimidad constitucional de su inclusión en el instrumento presupuestario es imprescindible la existencia de una conexión directa con los ingresos o gastos del Estado, con la política económica del Gobierno o con la inteligencia y ejecución del presupuesto. En consecuencia, en principio no podrían ser modificadas por la norma presupuestaria ni una «disposición de carácter general en materia propia de la Ley ordinaria» (STC 65/1990, de 5 de abril, FJ 3) ni una norma típica de «Derecho codificado», que están excluidas de por sí del ámbito de las leyes de presupuestos (SSTC 86/2013, de 11 de abril, FJ 3; y 38/2014, de 11 de marzo, FJ 5), dado que la «disposición de carácter general» o la «norma típica de Derecho codificado» se adoptan con vocación de permanencia, con la consiguiente quiebra que dicha incorporación supone del principio de seguridad jurídica entendido como certeza en el Derecho, cuya aplicación razonablemente espera el ciudadano, salvo que, como se ha dicho, esas disposiciones de carácter general guarden una relación directa con las previsiones de ingresos y las habilitaciones de gastos o con los criterios de política económica

o se dirijan «a una mayor inteligencia o mejor ejecución del presupuesto» [SSTC 217/2013, de 19 de diciembre, FJ 5.a); 44/2015, de 5 de marzo, FJ 3.b); 99/2016, de 25 de mayo, FJ 8; y 123/2016, de 23 de junio, FJ 3]. Y ello sin perjuicio de que «determinadas regulaciones llevadas a cabo en la Ley de Presupuestos encuentren su sede normativa natural y técnicamente más correcta en las disposiciones generales que disciplinan los regímenes jurídicos a los que se refieren» (SSTC 248/2007, de 13 de diciembre, FJ 4; y 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 11).

Por tratarse de una disposición de carácter general que no guardaba relación alguna con los ingresos y gastos del ejercicio, o con los criterios de política económica se declaró inconstitucional, por ejemplo, el art. 130 de la Ley 230/1963, General Tributaria, en la redacción que le dio la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1988 (que introdujo la autorización judicial para la entrada en el domicilio del deudor tributario), al considerar el Tribunal Constitucional que se trataba de una norma de atribución a un órgano judicial de una función garantizadora de un derecho fundamental, la inviolabilidad del domicilio, y de fijación de las condiciones del ejercicio de dicha competencia, siendo claro «su carácter de norma general del régimen jurídico aplicable a todos los tributos cuya incidencia en la ordenación del programa anual de ingresos y gastos es solo accidental y secundaria y por ende insuficiente para legitimar su inclusión en la Ley de Presupuestos, cuyo contenido propio y su función constitucional (arts. 66.2 y 134.2 CE) resulta desvirtuado por la incorporación de normas típicas del Derecho codificado» (STC 76/1992, de 14 de mayo, FJ 4). También se declararon inconstitucionales los arts. 111.3 y 128.5 de la misma Ley General Tributaria, en la redacción dada por la Ley

de Presupuestos Generales del Estado para 1992 (que atribuía funciones de inspección a los órganos de recaudación), sobre la base de que aunque «cualquier norma tributaria tiene algún grado de conexión con la previsión de ingresos del Estado, solo si tienen relación directa con ella pueden incluirse en las Leyes de Presupuestos», dado que «la solución contraria acabaría por confundir “ley presupuestaria” y “ley tributaria” y desbordaría la función que a aquella reserva el art. 134.2 CE» (STC 195/1994, de 28 de junio, FJ 3). Por el mismo motivo se declaró inconstitucional la disposición adicional octava de la Ley de la Comunidad Autónoma de Cantabria 5/1993, de 6 de mayo, de Presupuestos Generales de la Diputación Regional de Cantabria para 1993 que, al incorporar en una ley eminentemente temporal como es la de Presupuestos una regulación ordenadora del Estatuto de la Función Pública Regional con una vigencia indefinida, quebrantaba el principio de seguridad jurídica (STC 130/1999, de 1 de julio, FJ 8). O la disposición adicional vigesimosexta de la Ley del Parlamento de Canarias 5/1996, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma para 1997, por contemplar un supuesto de movilidad interadministrativa funcional, es decir, de una típica norma que se integra dentro de la materia de función pública, con vocación de permanencia en el tiempo y cuya ubicación natural sería, en consecuencia, la legislación específica que regula dicha materia» (STC 274/2000, de 15 de noviembre, FJ 8). En fin, aunque se ha declarado inconstitucional el ap. 1 de la disposición adicional sexagésima sexta del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en la redacción dada

por la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 2014, relativa a los requisitos de acceso al subsidio de desempleo por las personas liberadas de prisión, por no responder a los criterios de política económica del Gobierno ni dirigirse a una mayor inteligencia o mejor ejecución del presupuesto, sin que el objetivo de reducir el gasto público sirva *per se* para legitimar su inclusión en el contenido eventual del instrumento presupuestario (STC 123/2016, de 23 de junio, FJ 2), sin embargo se ha considerado, por ejemplo, que la modificación de la jornada mínima de trabajo por la disposición adicional septuagésima primera de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de presupuestos generales del Estado para el año 2012, configuraba una medida que tenía como finalidad contribuir a la contención del gasto público y, por tanto, que guardaba una conexión directa con los gastos del Estado y con los criterios de política económica (STC 99/2016, de 25 de mayo, FJ 8). En el mismo sentido, aunque se ha considerado que la medida prevista en la disposición adicional vigesimosexta de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2011, relativa a la suspensión de la creación de Agencias Estatales, en tanto que, al perseguir la reducción del gasto, quedaba avalada su inclusión en la Ley de Presupuestos [STC 152/2014, de 25 de septiembre, FJ 6.a)], sin embargo la disposición adicional cuadragésima de la misma Ley 39/2010, relativa a la *Reordenación de la actividad de Loterías y Apuestas del Estado*, dado que configuraba una norma reguladora de la naturaleza y régimen jurídico del sector público estatal, no era encuadrable en ese tipo de instrumento legislativo [STC 152/2014, de 25 de septiembre, FJ 6.b)].

En segundo lugar, el Tribunal Constitucional ha añadido otro límite al instrumento presupuestario, en el sentido de que, una vez admitido que la ley de presupuestos generales del Estado puede abordar una modificación directa y expresa de cualquier otra norma legal (siempre y cuando dicha modificación respete los condicionamientos que para su incorporación al contenido eventual del instrumento presupuestario ha exigido ese Tribunal), añade ahora que «lo que **no puede** hacer la Ley de Presupuestos es, sin modificar previamente la norma legal que regula el **régimen sustantivo** de una determinada parcela del ordenamiento jurídico, **desconocerlo**, procediendo a efectuar una aplicación distinta a la prevista en la norma cuya aplicación pretende». Y ello es así porque, a juicio del Tribunal, «[l]a Ley de Presupuestos, como previsión de ingresos y autorización de gastos para un ejercicio dado debe respetar, en tanto no las modifique expresamente, las exigencias previstas en el ordenamiento jurídico a cuya ejecución responde, so pena de poder provocar, con su desconocimiento, situaciones de inseguridad jurídica contrarias al art. 9.3 CE» (SSTC 238/2007, de 21 de noviembre, FJ 4; 248/2007, de 13 de diciembre, FJ 4; y 99/2016, de 25 de mayo, FJ 8).

III. EL ÁMBITO TEMPORAL Y LA PRÓRROGA DE LA LEY DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO

Según el art. 134.2 CE: «los Presupuestos Generales del Estado tendrán carácter anual». Desde una perspectiva puramente temporal y salvadas las primeras indecisiones del Tribunal Constitucional sobre la naturaleza temporal de las disposiciones incluidas en la ley de presupuestos generales (para el ejercicio presupuestario al que se contrae) o permanente (hasta su derogación), hoy en día tiene plenamente admitido que hay que distinguir —en orden a determinar su vigencia— la diferente naturaleza de las disposiciones contenidas en una ley de presupuestos. Así, las **previsiones**

puramente presupuestarias, esto es, las recogidas en su contenido mínimo o necesario, tendrán, en principio, una **vigencia** exclusivamente **anual** [a este respecto tiene dicho el Tribunal Constitucional que «la autorización en que la Ley de presupuestos generales se materializa tiene naturaleza meramente temporal; esto es, se trata de una autorización que tiene un plazo de vigencia sometida a un límite temporal constitucionalmente determinado, concretamente, el de un año», sin perjuicio «de que esa vigencia resulte temporalmente prorrogada en el supuesto de que “la Ley de Presupuestos no se aprobara antes del primer día del ejercicio económico correspondiente”» (SSTC 3/2003, de 16 de enero, FJ 5; y 215/2014, de 18 de diciembre, FJ 10), mientras que las **disposiciones jurídicas** incorporadas a su contenido eventual o disponible tendrán, en principio, «**vocación de permanencia**» (SSTC 34/2005, de 17 de febrero, FJ 5; 9/2013, de 28 de enero, FJ 2; y 101/2013, de 23 de abril, FJ 2).

La ley de presupuestos constituye, entonces, una habilitación de ingresos y una autorización de los gastos que el Gobierno puede realizar durante un ejercicio económico que ha de coincidir con el **año natural**. La autorización en que la ley de presupuestos generales se materializa tiene naturaleza meramente temporal; esto es, se trata de una autorización que tiene un plazo de vigencia sometido a un límite temporal constitucionalmente determinado, concretamente, el de un año (STC 3/2003, de 16 de enero, FJ 5), pues «son las Leyes que cada año aprueban los presupuestos generales del Estado» (SSTC 32/2000, de 3 de febrero, FJ 2; 109/2001, de 26 de abril, FJ 5; y 67/2002, de 21 de marzo, FJ 3), con una específica función que constitucionalmente se atribuye a este tipo de leyes, como es la de «aprobar anualmente los presupuestos generales del Estado» (SSTC 3/2003, de 16 de enero, FJ 5; y 74/2011, de 19 de mayo, FJ 3).

Ahora bien, la **vigencia** de un año puede verse **prorrogada** si concluido el ejercicio presupuestario para el que fue aprobado un pre-

supuesto no se hubiese aprobado uno nuevo. En efecto, según el art. 134.4 CE la vigencia de la ley de presupuestos puede resultar temporalmente prorrogada en el supuesto de que «no se aprobara antes del primer día del ejercicio económico correspondiente», en cuyo caso «se considerarán automáticamente prorrogados los Presupuestos del ejercicio anterior hasta la aprobación de los nuevos». En el mismo sentido, el art. 38.1 LGP, dispone que *[s]i la Ley de Presupuestos no se aprobara antes del primer día del ejercicio económico correspondiente, se considerarán automáticamente prorrogados los presupuestos iniciales del ejercicio anterior hasta la aprobación y publicación de los nuevos en el Boletín Oficial del Estado*. En consecuencia, «teniendo la autorización de gastos prevista en la Ley de presupuestos un carácter anual, es evidente que la prórroga de los créditos autorizados constituye, como muestra la experiencia del Derecho comparado en las democracias parlamentarias, un mecanismo excepcional que opera en bloque y exclusivamente en aquellos casos en los que, finalizado el ejercicio presupuestario, aún no ha sido aprobada la nueva Ley. La prórroga opera, además, como un mecanismo automático, *ex Constitutione*, sin necesidad de una manifestación de voluntad expresa en tal sentido, durante el tiempo que medie entre el inicio del nuevo ejercicio presupuestario y “hasta la aprobación de los nuevos”» (STC 3/2003, de 16 de enero, FJ 5).

IV. LA MODIFICACIÓN DE LA LEY DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO

El art. 134.5 CE prevé la posibilidad de que el Parlamento modifique los presupuestos a iniciativa del Gobierno. En efecto, conforme al tenor literal de este artículo, *[a]probados los Presupuestos Generales del Estado, el Gobierno podrá presentar proyectos de ley que impliquen aumento del gasto público o disminución de los ingresos correspondientes al mismo ejercicio presupuestario*.

Sin embargo, «[e]s claro que, por la propia naturaleza, contenido y función que cumple la Ley de presupuestos, el citado art. 134.5 CE no permite que cualquier norma modifique, sin límite alguno, la autorización por el Parlamento de la cuantía máxima y el destino de los gastos que dicha Ley establece. Por el contrario, la alteración de esa habilitación y, en definitiva, del programa político y económico anual del Gobierno que el presupuesto representa, solo puede llevarse a cabo en supuestos excepcionales, concretamente cuando se trate de un gasto inaplazable provocado por una circunstancia sobrevenida. Admitir lo contrario, esto es, la alteración indiscriminada de las previsiones contenidas en la Ley de presupuestos por cualquier norma legal, supondría tanto como anular las exigencias de unidad y universalidad presupuestarias contenidas en el art. 134.2 CE. Este es, por otro lado, el entendimiento que del art. 134.5 CE ha tenido el legislador estatal al autorizar al Gobierno a solicitar de las Cortes Generales un crédito extraordinario o un suplemento de crédito solo cuando exista “algún gasto que no pueda demorarse hasta el ejercicio siguiente” y no exista en los presupuestos del Estado “crédito o sea insuficiente y no ampliable el consignado” y, además, “se especifique el recurso que haya de financiar el mayor gasto público” (art. 64.1 LGP)» (STC 3/2003, de 16 de enero, FJ 5).

«Por tanto, conforme a los principios de unidad y universalidad presupuestaria, la Ley de presupuestos generales del Estado, como medio a través del cual el Parlamento controla la acción del Gobierno (la administración de los recursos públicos y su asignación a los diferentes gastos públicos), debe contener, en principio, la totalidad de los gastos del sector público estatal (tanto las obligaciones derivadas de la actividad del sector público que tengan su vencimiento durante el ejercicio presupuestario como los compromisos de gasto existentes en

el momento de su elaboración que puedan generar obligaciones con vencimiento en el ejercicio presupuestario), constituyendo tanto una autorización de su cuantía como de su destino. De esta manera, la falta de incorporación de alguna obligación económica o compromiso de gasto en el momento de la **programación presupuestaria**, podría implicar, también en principio, la falta del oportuno crédito presupuestario con el que hacer frente a su cumplimiento. Esto no imposibilita, sin embargo, que al momento de la **ejecución presupuestaria** se pueda producir, siempre que concurren motivos excepcionales y sin afectar a esos principios de unidad y universalidad presupuestaria, la alteración de aquella autorización inicial en que consisten los presupuestos generales, bien por el propio Gobierno, cuando consista en una mera adaptación de las autorizaciones presupuestarias a las circunstancias sobrevenidas (por ejemplo mediante las transferencias de crédito), bien por el Parlamento, a iniciativa del Gobierno, cuando implique una alteración de la cuantía o destino del gasto autorizado (por ejemplo, mediante la autorización de un suplemento al crédito inicialmente previsto o mediante la concesión de un crédito extraordinario).

Respecto de la segunda situación descrita (la modificación durante la ejecución presupuestaria de los créditos inicialmente autorizados por la Ley de presupuestos generales), hay que señalar que la **rigidez existente al momento de la programación presupuestaria** en la elaboración de los presupuestos generales del Estado se torna en **cierta flexibilidad**, como acabamos de comprobar, **en el momento de su posterior ejecución** (en sentido parecido, STC 206/2013,

de 5 de diciembre, FJ 5). De la misma manera que es posible la alteración de la cuantía o del destino del gasto autorizado por las Cortes Generales cuando concurren razones excepcionales, también es factible la modificación de las concretas autorizaciones de crédito por el propio Gobierno durante la gestión presupuestaria para su adaptación a las circunstancias concurrentes. Ciertamente, los créditos autorizados por la Ley de presupuestos generales son susceptibles de ser posteriormente modificados mediante las transferencias de crédito [“traspasos de dotaciones entre créditos” (art. 52 LGP)], las generaciones de crédito [“como consecuencia de la realización de determinados ingresos no previstos o superiores a los contemplados en el presupuesto inicial” (art. 53 LGP)], las ampliaciones de crédito [para “atender obligaciones específicas del respectivo ejercicio, derivadas de normas con rango de ley” (art. 54 LGP)], los créditos extraordinarios y suplementos de crédito [cuando haya de realizarse gasto “que no pueda demorarse hasta el ejercicio siguiente” y no exista “crédito adecuado” o el consignado “sea insuficiente y no ampliable” (art. 55 LGP)], o, en fin, las incorporaciones de crédito [por remanentes de crédito del ejercicio anterior (art. 58 LGP)].

En suma, aunque a los créditos autorizados se les aplica el principio de especialidad, conforme al cual, en principio, deberán destinarse “exclusivamente a la finalidad específica para la que hayan sido autorizados por la Ley de Presupuestos”, también lo pueden ser, posteriormente, a aquella finalidad “que resulte de las modificaciones aprobadas” (art. 42 LGP)» (STC 217/2013, de 19 de diciembre, FJ 3).

Pues bien, la LGP solo contempla la **modificación de la cuantía y finalidad de los créditos** contenidos en los presupuestos de gastos mediante transferencias (traspasos de dotaciones entre créditos), generaciones de créditos (incremento de los créditos como consecuencia de la realización de determinados ingresos no previstos o superiores a los contemplados en el presupuesto inicial), ampliaciones de créditos (por pago de pensiones de clases pasivas del Estado, o para atender obligaciones específicas del ejercicio derivadas de normas con rango de ley relacionadas en el estado de gastos de los presupuestos generales o para satisfacer obligaciones derivadas de la deuda del Estado y de sus organismos autónomos), créditos extraordinarios y suplementos de créditos (porque deba realizarse algún gasto que no pueda demorarse hasta el ejercicio siguiente y no exista un crédito adecuado o el existente sea insuficiente y no ampliable) e incorporaciones de créditos (por remanentes de ejercicios anteriores). En suma, «la Constitución y las normas que integran el bloque de la constitucionalidad establecen una reserva material de la Ley de presupuestos —la previsión de ingresos y autorizaciones de gastos para un año—, reserva que, aun cuando no excluye que otras normas con contenido presupuestario alteren la cuantía y destino del gasto público autorizados en dicha Ley, sí impide una modificación de la misma que no obedezca a circunstancias excepcionales» (STC 3/2003, de 16 de enero, FJ 9).

Por otra parte, el art. 134.6 CE dispone que *[t]oda proposición o enmienda que suponga aumento de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios requerirá la conformidad del Gobierno para su tramitación*. Esta previsión constitucional, por su ubicación sistemática en el precepto, hace referencia a la **modificación de los créditos presupuestarios ya aprobados** y responde a la vieja esencia de que, una vez concedida la autorización parlamentaria consagrada en los presupuestos aprobados, sea el Gobierno el único legitimado para con-

trolar su modificación, mediante la presentación de proyectos de ley (art. 134.5 CE) o mediante la autorización de las iniciativas de la oposición en tal sentido, a través de proposiciones de ley o de enmiendas a los proyectos de ley en tramitación (art. 134.6 CE). Con la previsión del art. 134.6 la Constitución pretende «asegurar un ámbito de acción propia al Gobierno» (SSTC 99/1987, de 11 de junio, FJ 1; 194/2000, de 19 de julio, FJ 3; y 119/2011, de 5 de julio, FJ 4), a saber, *que el Gobierno tenga la iniciativa en materia presupuestaria y, al mismo tiempo, una responsabilidad de control del conjunto del gasto, pero, sin que esta prioridad destruya la posibilidad de que por vía de proposición de ley se puedan proponer cosas razonables que en algún caso puedan implicar aumento de gastos* [Cortes, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, núm. 87, sesión núm. 19, 13 de junio de 1978, palabras del Sr. Fraga Iribarne en defensa de la enmienda núm. 35 del Grupo Alianza Popular al proyecto de Constitución, pág. 3212].

En efecto, basta con acudir a la Ley Orgánica 1/1967, de 10 de enero, del Estado (BOE núm. 9, de 11 de enero), para comprobar cómo su art. 54.2 ya señalaba que *[a]probados los Presupuestos Generales del Estado, solo el Gobierno podrá presentar proyectos de ley que impliquen aumento de los gastos públicos o disminución de los ingresos, y toda proposición o enmienda a un Proyecto o proposición de Ley que entrañe aumento de gastos o disminución de ingresos, necesitará la conformidad del Gobierno para su tramitación*. Este precepto se incorporó casi literalmente a la redacción originaria del art. 124.5 del proyecto de Constitución [luego art. 126.5 en el Informe de la Ponencia (BOC núm. 82, 17 de abril de 1978, págs. 1594 y 1595), 128.5 en el Dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas (BOC núm. 121, 1 de julio de 1978, pág. 2613), y 128.5 en el proyecto aprobado por el Congreso de los Diputados (BOC núm. 135, 24 de julio de 1978, pág. 2967)], que señalaba, de un

lado, que una vez **[a]probados los presupuestos generales del Estado**, *únicamente el Gobierno podrá presentar proyectos de ley que impliquen aumento del gasto público o disminución de los ingresos*, para añadir a renglón seguido que **toda proposición o enmienda que entrañe aumento de gastos o disminución de ingresos requerirá la conformidad del Gobierno para su tramitación** (BOC núm. 44, 5 de enero de 1978, pág. 690). Es en el Senado cuando el ap. 5 del art. 128 del proyecto se convierte, primero, en los aps. 5 y 6 del art. 133 [en el Dictamen de la Comisión de Constitución (BOC núm. 157, 6 de octubre de 1978, pág. 3438); y BOC núm. 161, 13 de octubre de 1978, pág. 3571] y, finalmente, en los aps. 5 y 6 del definitivo art. 134 [en el Dictamen de la Comisión Mixta Congreso-Senado (BOC núm. 170, 28 de octubre de 1978, pág. 3724)].

Por su parte, el Reglamento del Congreso de los Diputados, dentro del Capítulo II dedicado al *procedimiento legislativo común*, contrae la conformidad gubernamental tanto a las **enmiendas a un proyecto de ley que supongan un aumento de los créditos o disminución de los ingresos** (art. 111.1 RCD) como a las proposiciones de ley que impliquen *aumento de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios* (art. 126.2 RCD). A continuación, esta vez dentro del Capítulo III (*Del Proyecto de Ley de Presupuestos*), prevé que toda enmienda al proyecto de presupuestos generales del Estado que suponga un *aumento de créditos únicamente* pueden ser admitidas a trámite si *proponen una baja de igual cuantía en la misma Sección* (arts. 133.3 RCD; y también art. 149.2 RS), y que las enmiendas que supongan una *minoración de ingresos* requerirán la *conformidad del Gobierno para su tramitación*» (art. 133.4 RCD).

Una cosa son, entonces, las enmiendas presentadas en el momento de la programación presupuestaria al proyecto de ley de presupuestos y otra muy diferente las enmiendas (o proposiciones de ley) articuladas al tiempo

de la ejecución presupuestaria respecto de los proyectos de ley (o proposiciones de ley) que incidan en unos presupuestos aprobados y aún vigentes. Las primeras se rigen por el art. 133 RCD y requieren la conformidad del Gobierno solo cuando impliquen una reducción de los ingresos previstos, pues cuando supongan un aumento de los créditos, bastará para su tramitación con que se acompañen de una propuesta de baja de otros créditos de la misma Sección en cuantía igual. Las segundas se articulan al amparo del art. 134.6 CE, desarrollado por los arts. 111 y 126 RCD, respecto de las que sí existe la *conformidad* (como *potestad de veto* la denominó la STC 73/2015, de 14 de abril, FJ 4), en tanto supongan un *aumento de los créditos* o una *disminución de los ingresos*.

En suma, una vez aprobados los presupuestos para un concreto ejercicio y otorgada por las Cortes Generales la correspondiente autorización al programa económico y político del Gobierno que los mismos representan, toda iniciativa (bien sea mediante la presentación de una proposición de ley, bien lo sea mediante la presentación de una enmienda a un proyecto —o proposición— de ley en tramitación) que pueda eventualmente afectar al programa de ingresos (reduciéndolos) o de gastos (aumentándolos) previamente aprobado en la ley de presupuestos, debe contar necesariamente con el consentimiento del Gobierno. Se trata de una **potestad de veto** que el art. 134.6 CE otorga al Gobierno **al momento de la ejecución presupuestaria** y que no es ejercitable, en modo alguno, en el de la *programación presupuestaria* (en el que solo es de aplicación la limitada *potestad de veto* prevista en el art. 133.4 RCD cuando la enmiendas afecten a los ingresos previstos). No hay que olvidar que los Reglamentos de las Cámaras ya imponen determinadas restricciones (fundamentalmente en los trámites de enmienda y debate) en la tramitación de la ley de presupuestos [SSTC 44/2015, de 5 de marzo, FJ 5.d); y 62/2015, de 13 de abril, FJ 3.a)], y dado que el derecho de enmienda «entronca directamente con el dere-

cho de participación política reconocido en el art. 23.2 CE», cumpliendo «la relevante función de garantizar la participación e intervención de los diputados y de los grupos parlamentarios» en el proceso de formación «de la voluntad de la Cámara» (SSTC 139/2017, de 29 de noviembre, FJ 5; y 4/2018, de 22 de enero, FJ 4), no admite más restricciones que las expresamente previstas en los Reglamentos de las Cámaras, proscribiendo cualquier limitación que impida, excluya, haga impracticable o dificulte más allá de lo razonable su ejercicio (STC 139/2017, de 29 de noviembre, FJ 5), so pena de provocar «un déficit democrático en el proceso de elaboración de la norma» (SSTC 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 8; y 139/2017, de 29 de noviembre, FJ 5).

V. LA PROHIBICIÓN DE CREAR TRIBUTOS POR LA LEY DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO

La reserva de ley tributaria se ve reforzada por la prohibición atinente a la Ley de Presupuestos de no crear o modificar tributos (art. 134.7 CE), **debido a** las peculiaridades que tiene este instrumento normativo, que derivan fundamentalmente tanto del condicionamiento a que somete el art. 134 CE al ejercicio del poder legislativo por las Cortes Generales y de las **restricciones impuestas a su tramitación parlamentaria** por los Reglamentos de las Cámaras [SSTC 109/2001, de 26 de abril, FJ 5; 67/2002, de 21 de marzo, FJ 3; 44/2015, de 5 de marzo, FJ 5.d); y 62/2015, de 13 de abril, FJ 3.a)], como de las **limitaciones existentes en su contenido material**, en cuanto no admite todo tipo de normas jurídicas en su seno, sino solo aquellas que guarden «la necesaria conexión económica —relación directa con los ingresos o gastos del Estado o vehículo director de la política económica del Gobierno— o presupuestaria —para una mayor inteligencia o mejor ejecución del presupuesto—» [SSTC 238/2007, de 21 de noviembre, FJ 4; 248/2007, de 13 de

diciembre, FJ 4; 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 11; 44/2015, de 5 de marzo, FJ 3; y 62/2015, de 13 de abril, FJ 3.b)].

Es importante señalar que el art. 134.7 CE «es una norma sobre producción de normas» (SSTC 27/1981, de 20 de julio, FJ 3; y 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 12) «de cuya dicción literal se desprende con toda claridad que las reglas contenidas en el mismo **tienen como objeto directo la regulación de una institución estatal**, en concreto de una fuente normativa del Estado (la ley de presupuestos generales del Estado)» [SSTC 116/1994, de 18 de abril, FJ 5; 174/1998, de 23 de julio, FJ 6; 130/1999, de 1 de julio, FJ 5; y 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 12.c)], razón por la cual «del segundo inciso del art. 134.7 CE **no puede inducirse un principio general de prohibición de modificar tributos por medio de las leyes de presupuestos autonómicas o forales** sin la previa habilitación de una ley tributaria sustantiva» [SSTC 116/1994, de 18 de abril, FJ 5; 149/1994, de 12 de mayo, FJ Único; 174/1998, de 23 de julio, FJ 6; 130/1999, de 1 de julio, FJ 5; 180/2000, de 29 de junio, FJ 5; 274/2000, de 15 de noviembre, FJ 5; 7/2010, de 27 de abril, FJ 3; 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 12.c); 132/2013, de 5 de junio, FJ 2; y 108/2015, de 28 de mayo, FJ 3.b)], «salvo que alguna disposición integrada en el bloque de la constitucionalidad (singularmente, la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas o el Estatuto de Autonomía), impida que una Comunidad Autónoma mediante ley de presupuestos generales de la Comunidad pueda modificar tributos» (SSTC 116/1994, de 18 de abril, FJ 9; 180/2000, de 29 de junio, FJ 5; 274/2000, de 15 de noviembre, FJ 5; y 132/2013, de 5 de junio, FJ 2).

La **justificación de esa limitación** se encuentra, de un lado, en la función específica que le atribuye la Constitución al instrumento presupuestario, a saber, la aprobación anual de los Presupuestos Generales del Estado, incluyendo la totalidad de los ingresos y gastos del sector público estatal y la consig-

nación de los beneficios fiscales que afecten al Estado, y, de otro, en la propia incertidumbre que una regulación de este tipo puede producir al tratarse de una Ley que, por las peculiaridades y especificidades que presenta su tramitación parlamentaria, conlleva restricciones a las facultades de los órganos legislativos en relación con la tramitación de otros proyectos o proposiciones de Ley, al tener sus trámites de enmienda y debate restringidos por las disposiciones de las Cámaras que regulan su procedimiento, lo cual puede ir de por sí en contra del principio de seguridad jurídica constitucionalmente garantizado (art. 9.3 CE), esto es, de la certeza del Derecho que exige que una Ley de contenido constitucionalmente definido, como es la Ley de Presupuestos Generales del Estado, no contenga más disposiciones que las que guardan correspondencia con la función que la Constitución le atribuye en sus arts. 66.2 CE y 134.2 CE.

Siendo cierto, sin embargo, que el art. 134.7 CE prohíbe la creación de tributos mediante Leyes de Presupuestos (entendiendo por tal tanto la creación de figuras tributarias nuevas como la modificación de los hechos imposables o de los elementos esenciales del mismo que impliquen la creación de un tributo nuevo y distinto que no era el que estaba previsto legalmente en las Leyes sustantivas que componen el sistema tributario), también lo que es que **admite su modificación** —aunque se trate de alteraciones sustanciales y profundas del impuesto [SSTC 27/1981, de 20 de julio, FJ 2; y 44/2015, de 5 de marzo, FJ 5.d)]— cuando una Ley sustantiva así lo permita.

Así, por ejemplo, la disposición final sexta de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, habilita a la Ley de Presupuestos Generales del Estado a modificar la escala, tipos del impuesto, deducciones en la cuota y demás límites cuantitativos y porcentuales fijos establecidos; la disposi-

ción final tercera del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, habilita a la Ley de Presupuestos Generales del Estado entre otras cosas, a modificar los tipos de gravamen, los límites cuantitativos y porcentuales fijos y las exenciones; o, en fin, la disposición final primera de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, también autoriza a la Ley de Presupuestos Generales del Estado a modificar, entre otras cosas, los tipos del impuesto y del recargo de equivalencia, los límites cuantitativos y porcentuales fijos y la exenciones.

En consecuencia, si nada impide a la Ley de Presupuestos —en materia tributaria— que pueda realizar una **mera adaptación** de los distintos tributos a la realidad de cada momento (mera adecuación circunstancial del mismo), sin que para ello se exija habilitación especial alguna por ley sustantiva, sin embargo sí es necesario para que se realicen alteraciones sustanciales y profundas del impuesto cumplir con la exigencia constitucional de que la modificación aparezca prevista en una Ley tributaria sustantiva (STC 27/1981, de 20 de julio, FJ 2). Admitir lo contrario supondría vulnerar uno de los principios políticos más antiguos, cual es el de la autoimposición o, lo que es lo mismo, establecer como principio que el consentimiento de los tributos sea consecuencia de la expresión de la voluntad general a través de los órganos democráticamente elegidos para ello y depositarios de la soberanía popular (SSTC 27/1981, de 20 de julio, FJ 3; y 197/1992, de 19 de noviembre, FJ 3).

Por último, hay que tener presente que la prohibición contenida en el art. 134.7 CE prevista para los «tributos» **no puede hacerse extensiva a toda prestación patrimonial de carácter público a las que hace referencia el art. 31.3 CE**. En efecto, «dado que

no puede efectuarse una lectura expansiva de los límites que la Constitución impone a la ley de presupuestos, debe señalarse que cuando el art. 134.7 CE prohíbe a la ley de presupuestos “crear tributos” está poniendo en conexión esta limitación con el deber de contribuir al que hace referencia el art. 31.1 CE y con la potestad originaria del Estado para crear tributos por ley del art. 133.1 CE, sin que haya pretendido extender esa prohibición a cualquier “prestación patrimonial de carácter público” a las que se refiere el art. 31.3 CE. Dicho de otra manera, cuando el Constituyente consideró inhábil el instrumento presupuestario para introducir nuevos “tributos” en el ordenamiento o para modificar los existentes (sin previa habilitación legal al respecto), era consciente de la existen-

cia de una reserva de ley en materia de “prestaciones patrimoniales de carácter público” (art. 31.3 CE), y, sin embargo, no quiso extender aquella limitación a toda clase de prestación patrimonial de carácter público, sino únicamente a las de naturaleza tributaria, quedando legitimadas las restantes prestaciones patrimoniales no tributarias para formar parte del contenido eventual de la Ley de presupuestos, claro está, siempre y cuando guarden la necesaria conexión económica —relación directa con los ingresos o gastos del Estado o vehículo director de la política económica del Gobierno— o presupuestaria —para una mayor inteligencia o mejor ejecución del presupuesto— [SSTC 44/2015, de 5 de marzo, FJ 5.e); y 62/2015, de 13 de abril, FJ 3.b)].

BIBLIOGRAFÍA

APARICIO PÉREZ, A., «La Ley de acompañamiento a la de presupuestos generales del Estado. Normas Fiscales», *Actualidad Tributaria*, núm. 47, 1994.

CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F., «Sobre la Ley de Presupuestos y sus límites constitucionales: un comentario a la STC 76/1992, de 14 de mayo», *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, núm. 224, 1993.

CAZORLA PRIETO, L. M., «Las leyes de acompañamiento a los presupuestos», *Jornadas parlamentarias de la Asamblea de Madrid*, La Asamblea, D. L., Madrid, 2002.

ESCRIBANO, F., «Los presupuestos generales del Estado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 109-110, 2001.

FALCÓN Y TELLA, R., «Límites materiales y temporales de la parte dispositiva de la Ley de Presupuestos», en *Las Cortes Generales*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1987.

GONZÁLEZ DEL CAMPO, L., «Las leyes de presupuestos en la Constitución española de 1978: configuración constitucional y límites materiales», *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, núm. 236, 1995.

GONZÁLEZ SALINAS, P., «El límite a la libertad de la configuración normativa del legislador en el ámbito de las Leyes de Presupuestos», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 76, 1992.

JIMÉNEZ DÍAZ, A., «La Ley de Presupuestos: seguridad jurídica y principios de relación entre normas», *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 82, 1994.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. y RODRÍGUEZ BEREJO, A., *La eficacia temporal y el carácter normativo de la Ley de Presupuestos Generales del Estado*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

MARTÍNEZ LAGO, M. A., *Ley de presupuestos y Constitución: sobre las singularidades de la reserva de ley en materia presupuestaria*, Trotta, Madrid, 1998.

- «Prórroga presupuestaria, seguridad jurídica y Constitución: a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre presupuestos del País Vasco para 2002», *Quincena Fiscal*, núm. 10, 2003.

MELADO LIROLA, A. I., «Los instrumentos de control parlamentario de la Ley de Presupuestos Generales del Estado», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 19, 2007.

MENÉNDEZ MORENO, A., *La configuración constitucional de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado*, Lex Nova, Valladolid, 1988.

MORENO FERNÁNDEZ, J. I., «Función, contenido y límites de la ley de presupuestos generales del Estado en España en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *El Derecho constitucional presupuestario en el Derecho comparado*, Revista Jurídica de Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires/Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010.

MORENO GONZÁLEZ, S., «Algunas consideraciones sobre el concepto y contenido de la Ley de Presupuestos: la Sentencia del Tribunal Constitucional 3/2003, de 16 de enero», *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, núm. 269, 2003.

- «De nuevo sobre el contenido constitucionalmente admisible de la Ley de Presupuestos Generales del Estado: ¿Una vuelta a los orígenes?», *Revista de Información Fiscal*, núm. 71, 2005.

NOREÑA SALTO, J. R., «La problemática constitucional de las leyes de presupuestos», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, tomo II, 2002.

RAMALLO MASSANET, J., «Modificación de la Ley General Tributaria por la Ley anual de Presupuestos generales del Estado (STC 76/1992, de 14 de mayo)», *Crónica Tributaria*, núm. 64, 1992.

RODRÍGUEZ BEREJO, A., «La Ley de Presupuestos Generales en la Constitución Española de 1978», en *La Hacienda Pública en la Constitución española*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979.

- El lugar de la ley de presupuestos en el sistema de fuentes del Derecho español: un estudio de la jurisprudencia constitucional, Madrid, 1987.
- «La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre las leyes de presupuestos», en *Deu anys de jurisprudència del Tribunal Constitucional*, Parlament de les Illes Balears, Illes Balears, 1994.

SOLER ROCH, M. T., «Los presupuestos generales del Estado en el art. 134 de la Constitución», en *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Universidad de Valencia, Valencia, 1980.

TORRES MURO, I., «Las peculiaridades de la Ley de Presupuestos Generales en la reciente jurisprudencia constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 49, 1997.

TOSCANO ORTEGA, J. A., «La función y el contenido de las leyes de presupuestos del Estado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 47, 1997.

— «El desbordamiento material de las leyes de presupuestos estatales y la seguridad jurídica», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 28, 2006.

VILLAVERDE GÓMEZ, M. B., «La configuración constitucional de la aprobación y modificación de la Ley de Presupuestos Generales del Estado: jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Dereito*, *Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, núm. 1, 2004.

Artículo 135

1. Todas las Administraciones Públicas adecuarán sus actuaciones al principio de estabilidad presupuestaria.

2. El Estado y las Comunidades Autónomas no podrán incurrir en un déficit estructural que supere los márgenes establecidos, en su caso, por la Unión Europea para sus Estados Miembros.

Una ley orgánica fijará el déficit estructural máximo permitido al Estado y a las Comunidades Autónomas, en relación con su producto interior bruto. Las Entidades Locales deberán presentar equilibrio presupuestario.

3. El Estado y las Comunidades Autónomas habrán de estar autorizados por ley para emitir deuda pública o contraer crédito.

Los créditos para satisfacer los intereses y el capital de la deuda pública de las Administraciones se entenderán siempre incluidos en el estado de gastos de sus presupuestos y su pago gozará de prioridad absoluta. Estos créditos no podrán ser objeto de enmienda o modificación, mientras se ajusten a las condiciones de la ley de emisión.

El volumen de deuda pública del conjunto de las Administraciones Públicas en relación con el producto interior bruto del Estado no podrá superar el valor de referencia establecido en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

4. Los límites de déficit estructural y de volumen de deuda pública solo podrán superarse en caso de catástrofes naturales, recesión económica o situaciones de emergencia extraordinaria que escapen al control del Estado y perjudiquen considerablemente la situación financiera o la sostenibilidad económica o social del Estado, apreciadas por la mayoría absoluta de los miembros del Congreso de los Diputados.

5. Una ley orgánica desarrollará los principios a que se refiere este artículo, así como la participación, en los procedimientos respectivos, de los órganos de coordinación institucional entre las Administraciones Públicas en materia de política fiscal y financiera. En todo caso, regulará:

a) La distribución de los límites de déficit y de deuda entre las distintas Administraciones Públicas, los supuestos excepcionales de superación de los mismos y la forma y plazo de corrección de las desviaciones que sobre uno y otro pudieran producirse.

- b) *La metodología y el procedimiento para el cálculo del déficit estructural.*
- c) *La responsabilidad de cada Administración Pública en caso de incumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria.*
6. *Las Comunidades Autónomas, de acuerdo con sus respectivos Estatutos y dentro de los límites a que se refiere este artículo, adoptarán las disposiciones que procedan para la aplicación efectiva del principio de estabilidad en sus normas y decisiones presupuestarias.*

ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA Y DEUDA PÚBLICA

Sumario: I. La constitucionalización de la estabilidad presupuestaria. II. La emisión de deuda pública: contenido de la ley de emisión y ámbito subjetivo. III. El principio de inclusión presupuestaria automática. Las relaciones entre la ley de emisión y las Leyes de Presupuestos. IV. El carácter privilegiado de los acreedores de la deuda pública. V. La limitación cuantitativa del endeudamiento. VI. La superación de los límites de déficit y de endeudamiento. VII. El contenido constitucional de la ley orgánica de desarrollo del artículo 135. VIII. La aplicación de la reforma constitucional a las Comunidades Autónomas. IX. La reforma del artículo 135: ¿alteración de las competencias financieras de los entes territoriales y creación de un nuevo título competencial a favor del Estado?

FERNANDO DE LA HUCHA CELADOR

CATEDRÁTICO DE DERECHO FINANCIERO Y TRIBUTARIO

I. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA

La principal consecuencia de la reforma constitucional de 2011 ha sido la **consagración en la CE del principio de estabilidad presupuestaria (siendo su derivada el establecimiento de límites al endeudamiento público)**, en buena medida impuesta por las autoridades europeas (que no, directamente, por su normativa), principio que se impone a todas las Administraciones públicas. Aunque en el epígrafe destinado a la reforma del art. 135 de la CE, situado al final de este libro, nos

extenderemos con más amplitud, quizá sea conveniente recordar que nos encontramos **con un principio presupuestario** y que, con matices, cabía sostener, formalmente que su incorporación pudo hacerse en el art. 134, si bien admitimos las críticas recibidas en su momento a esta propuesta. Tampoco incidiremos aquí sobre **la necesidad de constitucionalizar dicho principio**, puesto que la jurisprudencia del TC y, en concreto, la STC 134/2011, de 20 de julio (dictada poco antes de la reforma de septiembre de 2011) ofrecía, doctrinalmente, alguna alternativa, como, por ejemplo, **el *aggiornamento* de la Ley 18/2001, de 12**

de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria (*rectius*, del Decreto Legislativo 2/2007, de 28 de diciembre, vigente en el momento de la reforma constitucional) y de la Ley Orgánica 5/2001, de 13 de diciembre, complementaria a la Ley General de Estabilidad Presupuestaria y la revisión de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA).

No obstante ostentar el Estado títulos competenciales suficientes (como veremos, **el art. 135 de la CE no incorpora ningún título competencial nuevo**) para imponer la estabilidad presupuestaria, en especial a las Comunidades Autónomas, se optó por la vía de la revisión constitucional, siguiendo básicamente el modelo de reforma del art. 109 de la Ley Fundamental de Bonn. Empero, **la meritada constitucionalización tiene (quizá fuera inevitable) un efecto directo en la pérdida de capacidad del Parlamento en materia presupuestaria.** Como señala RODRÍGUEZ BERELJO (2012), la reforma «supone una cesión de soberanía en materia financiera y presupuestaria a la Unión Europea (...) que refuerza el gobierno económico de la UE, ampliando sus potestades de coordinación de las políticas económicas nacionales y de supervisión sobre los Presupuestos de los Estados miembros de la zona euro en orden a asegurar la sostenibilidad de las finanzas públicas». No obstante, **la pérdida de capacidad parlamentaria derivada de la reforma, en la institución que originó el sistema democrático, no tiene, como contrapartida, un aumento de las potestades del Gobierno en esta materia,** sino que este también ve cercenado su ámbito de actuación, con sujeción a la normativa europea.

Desde el punto de vista interno, la reforma del art. 135 pretende «garantizar el principio de estabilidad presupuestaria, vinculando a todas las Administraciones Públicas en su consecución, reforzar el compromiso de España con la Unión Europea y, al mismo tiempo, garantizar la sostenibilidad económica y

social de nuestro país», conforme se desprende de la parca Exposición de Motivos. De donde cabe inferir que se trata de una reforma garantista, en primer lugar, cabe suponer, de los derechos de los acreedores y, en segundo lugar, y esto es más discutible, de la sostenibilidad española.

Y, aunque no se diga expresamente, es la estabilidad presupuestaria el principio en torno al cual pivotan las restantes ideas y principios del art. 135, **con especial incidencia en la limitación al volumen de endeudamiento,** partiendo de la idea en cuya virtud solo el control del déficit puede garantizar el control del endeudamiento. Que **la reforma no sea neutral, sino ideológica,** es algo claro, pero no podemos entrar en más detalles, salvo el solemne entierro de las ideas y políticas keynesianas. El ap. 1 del art. 135 de la CE se limita a señalar el ámbito subjetivo (con el objetivo de disipar dudas sobre la extensión del principio a Comunidades Autónomas y, en menor medida, a las Corporaciones locales, algo que fue ratificado por la STC 157/2011, de 18 de octubre, la primera posterior a la reforma) y el ámbito objetivo, que no se limita a la normativa de las Administraciones públicas, sino que, con buen criterio, se extiende a las **actuaciones** de estas, concepto más amplio, donde se subsume no solo la legislación sino también los actos no normativos y singulares de ejecución presupuestaria (véase, de forma incidental, la STC 31/2016, de 3 de marzo). Quizá, es una mera apreciación técnica, por concordancia con el art. 135.6 de la CE (referido a las Comunidades Autónomas) se podría haber hablado de sujeción al principio de estabilidad de las **«normas y decisiones presupuestarias».** La observación no empece la claridad del precepto que ahora comentamos. Y, como avanzábamos anteriormente, las actuaciones de las Administraciones públicas en orden al cumplimiento de la estabilidad presupuestaria se extienden a todo el ciclo presupuestario y, en su caso, al procedimiento de ejecución del gasto público, si bien, en puridad, este se integraría en aquel como tercera fase, tras la aprobación

del Proyecto de Ley (primera fase) por el Gobierno —estatal o autonómico— y la aprobación de la Ley de Presupuestos (segunda fase) por las Cortes Generales y/o por las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas. Esta idea aparece perfectamente delimitada en la ley orgánica de desarrollo del art. 135.

La estabilidad presupuestaria es un concepto no exactamente equivalente a la prohibición de déficits excesivos que puede desprenderse del art. 126 del TFUE (aunque no difiera mucho de otras normas comunitarias) debiendo entenderse por tal, con matices, «la situación de equilibrio o superávit estructural, tal y como se desprende del art. 3 de la Ley 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera» (en adelante, LOEPSF), norma que, como veremos, es la que desarrolla las distintas habilitaciones que se contienen, dispersas, en la reforma constitucional. No obstante, **la estabilidad presupuestaria no puede dissociarse del concepto de sostenibilidad financiera**, no manejado directamente por la CE, sino por el art. 4.2 de la Ley Orgánica, que lo define como «la capacidad para financiar compromisos de gasto presentes y futuros dentro de los límites de déficit y deuda pública, conforme a lo establecido en esta Ley y en la normativa europea». En lenguaje económico, **está midiendo la sostenibilidad en términos de capacidad/necesidad de financiación**. De tal manera que a través de la sostenibilidad se aúnan el principio de estabilidad y la consecuencia de su incumplimiento (endeudamiento), pero nótese cómo la estabilidad es distinta del equilibrio y que, *per se*, **la misma no prohíbe la existencia de déficits estructurales**, salvo para el caso de las Corporaciones locales.

En efecto, el ap. 2 del art. 135 permite (en el sentido de no prohibir) la existencia de déficits estructurales, siempre que los mismos no superen los márgenes establecidos por la Unión Europea, si bien dicha posibilidad queda restringida al Estado y a las Comunidades

Autónomas, ya que las Corporaciones Locales han de presentar una situación de equilibrio presupuestario. Esta última restricción (y quizá la primera) es de puro Derecho interno, ya que, conforme la normativa europea, corresponde a los Estados miembros distribuir los límites de déficits estructurales de acuerdo con su organización territorial. **La reforma constitucional no dice nada de la razón de esta prohibición, quizá debida, es una hipótesis, al hecho de que las entidades locales tengan garantizado el principio de suficiencia financiera por el art. 142 de la CE**. Si la hipótesis fuera correcta, el cumplimiento del equilibrio presupuestario corresponderá directamente a las entidades locales, pero, indirectamente, **al Estado y a las Comunidades Autónomas, que son los garantes del cumplimiento del principio de suficiencia**. Y una segunda observación, que desarrollaremos al hilo del tratamiento de la deuda pública en el art. 135.3 de la CE: **la exigencia de equilibrio presupuestario no prohíbe a las Corporaciones locales apelar al endeudamiento público**, tema frecuentemente confundido.

Dejando de lado las Corporaciones locales, quizá la mayor alabanza que deba hacerse al ap. 2 solo puede ser entendida si la ponemos en conexión con la terminología que utiliza el ap. 3 del art. 135 cuando establece **los valores de referencia** de la deuda pública: mientras que en este se encorseta el valor de referencia o volumen de endeudamiento, remitiéndonos, como veremos, al TFUE, **en el caso del déficit estructural no hay alusión al TFUE**, sino a los márgenes (ni siquiera habla de la normativa) de la Unión Europea, concepto que nos parece más correcto.

Como hemos dicho, el art. 135.2 de la CE permite la existencia de déficits estructurales al Estado y a las Comunidades Autónomas. Aquellos son «los déficits ajustados del ciclo, neto de medidas excepcionales y temporales» (cuestión distinta es definir cuál es ciclo presupuestario). Pues bien, mediante

ley orgánica se fijará el déficit estructural máximo permitido a dichos entes territoriales y, siendo este, conforme la normativa europea, como máximo del 0,5%, se ha optado por situarlo en el 0,4% del PIB (art. 11 de la LOEPSF), siempre que existan «reformas estructurales con efectos presupuestarios a largo plazo». No obstante, para no quedar atados, **en caso de eventuales reformas de la normativa europea, se contiene una norma de reenvío a esta para el caso de que el déficit estructural máximo permitido sea inferior. Con ello se pretende evitar, creemos, que una modificación de la normativa europea —a la baja— implique la necesidad de modificar la ley orgánica.**

Aquí, formalmente, la norma constitucional española se aparta del modelo alemán en el que presuntamente se inspira, donde el límite máximo de déficit estructural aparece directamente en el art. 109 de la Ley Fundamental de Bonn (en concreto, se fija en un 0,35% sobre el PIB, si bien hay otras diferencias, no solo porcentuales, con la solución española, de entre las cuales la más relevante es que **la norma alemana sienta en su art. 109.1 el principio de equilibrio, no el de estabilidad —al menos no utiliza esa expresión en la lengua original—, sin ingresos provenientes del endeudamiento**). Aunque en los primeros comentarios tras la reforma constitucional, nos decantamos por seguir el modelo alemán, **ello hubiera conllevado una rigidez innecesaria**, ya que cualquier variación en la normativa europea habría de ser seguida de una modificación de la norma constitucional y no de la ley orgánica de desarrollo que, como hemos visto, se autoajusta en caso de eventuales modificaciones por parte de la Unión Europea. En todo caso, la solución española no deja de satisfacernos por entero, por un doble orden de razones: en primer lugar, porque hubiera sido más sensato constitucionalizar el principio por referencia a la normativa europea, pero no los porcentajes concretos, de manera que el art. 135.2 de la CE hubiera, sin necesidad de defe-

rir a ley orgánica su desarrollo, podido señalar lo siguiente: **«El déficit estructural máximo permitido al Estado y a las Comunidades Autónomas será, en su caso, el establecido por la Unión Europea»**. Se puede objetar que esta redacción no permite concluir cómo se distribuye ese déficit entre ambos entes territoriales, para lo cual sí sería necesaria la ley orgánica, ni tampoco permite establecer un límite inferior. Pero la solución que ofrece el art. 15 de la LOEPSF es claramente contraria a la posición de las Comunidades Autónomas, por mucho que el precepto sea, en nuestra opinión, constitucional, lo cual no es contradictorio. Aunque no corresponda, en un comentario de este tipo, descender a detalles, de dicho precepto se desprende que es el Gobierno, mediante acuerdo del Consejo de Ministros, quien fija los objetivos de estabilidad presupuestaria para los tres ejercicios siguientes, previo informe (**no vinculante**) del Consejo de Política Fiscal y Financiera. Dicho acuerdo se traslada al Congreso y al Senado para su aprobación o rechazo. En supuesto de aprobación, las Administraciones públicas implicadas ajustarán la elaboración de sus Proyectos de Ley de Presupuestos a los objetivos de estabilidad presupuestaria. Pero, lo que es más sorprendente, es en el art. 16 de la Ley Orgánica donde se habla de la posibilidad de establecimiento de objetivos individuales para las Comunidades Autónomas. Siendo el precepto loable (no todas tendrían que cumplir el mismo objetivo, aunque globalmente habría de mantenerse), **lo que chirría es que este establecimiento de objetivos individuales se comunique por el Ministerio de Hacienda a cada una de las Comunidades Autónomas antes de que el Congreso y el Senado se hayan pronunciado, aprobando o rechazando el acuerdo del Consejo de Ministros. Y, con argumentos harto discutibles (véanse los votos particulares), el tema ha quedado zanjado con la STC 215/2014, de 18 de diciembre, declarando que el art. 16 de la LOEPSF no puede considerarse contrario al art. 135.5.a) de la CE.**

En todo caso, se trata de un tema menor que, por sus implicaciones, dejamos meramente apuntado, pero que pone en tela de juicio la pretendida **coordinación institucional** que se quiere mantener entre el Estado y las Comunidades Autónomas, concepto inspirado en el Derecho alemán, donde existe un **Consejo de Estabilidad (que supervisa los objetivos presupuestarios no solo de los Länder, sino también del Estado Federal)**, cuyas funciones distan de las previstas para el descafeinado, a la par que inoperante, Consejo de Política Fiscal y Financiera. **Que el Estado imponga objetivos de estabilidad a las Comunidades Autónomas, con posible establecimiento de medidas preventivas, correctivas o coercitivas, cuando es incapaz de cumplir con los que se (le) imponen desde la CE y la normativa europea, dice mucho de la vertebración interna o desarrollo del principio de estabilidad presupuestaria.**

II. LA EMISIÓN DE DEUDA PÚBLICA: CONTENIDO DE LA LEY DE EMISIÓN Y ÁMBITO SUBJETIVO

La CE renuncia a establecer una regulación unitaria de los recursos de la Hacienda pública estatal y así como los principios materiales de los tributos aparecen contemplados dentro de la Sección Segunda del Capítulo II —dentro de los derechos y deberes de los ciudadanos—, la deuda pública (el segundo recurso público por importancia cuantitativa) se regula en el art. 135.3 de la CE, situado dentro del Título VII, dedicado a la Economía y Hacienda, inmediatamente después de la regulación de la Ley de Presupuestos, dadas las vinculaciones existentes y que veremos posteriormente. Si bien puede objetarse que los tributos aparecen igualmente regulados en el art. 133 de la CE, aunque esta objeción es menor, puesto que se reafirma el principio de reserva de ley y determina los entes públicos que pueden establecer y/o exigir tributos.

La razón de ser de esta dicotomía está en el hecho de que la suscripción de deuda pública por los particulares no constituye un deber constitucional ni, por tanto, pueden serle de aplicación los principios materiales de justicia que, para los tributos, se contienen en el art. 31.1 de la CE. De hecho, no existen principios materiales de justicia, ni creemos que puedan establecerse, en este recurso público.

La reforma constitucional de 2011 **ha introducido límites cuantitativos a la deuda pública y sienta el principio de prioridad en el pago del servicio de la misma**, siendo el resto de principios que contempla el precepto **puramente formales**, en tanto en cuanto se dirigen a ordenar la distribución de competencias entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo. No obstante, el art. 135.3 de la CE introduce un elemento subjetivo que en la redacción anterior a la reforma solo era predicable, según se desprendía de aquella, del Estado, pero no de las Comunidades Autónomas o de las entidades locales. A nuestro juicio, la reforma obvia que el principio de reserva de ley, o de autorización mediante ley para la emisión, constituye una *norma normarum* y que, por tanto, los destinatarios eran tanto el Estado como los entes territoriales infraordenados al mismo, si bien admitimos *a priori* las críticas a esta lectura, que pueden provenir de una interpretación literal del mismo. Sin embargo, como destacamos al tratar de la reforma en el epílogo de esta obra, quizá hayan sido reticencias derivadas de la jurisprudencia inicial del TC sobre el art. 134 (con especial incidencia en el ap. 7) la que haya llevado a adoptar una fórmula que dista mucho de ser plenamente satisfactoria, tanto por alguna omisión sorprendente (las entidades locales) como como por la falta de entendimiento del mecanismo de la emisión, ya que, a diferencia del tributo, la ley no crea la deuda pública sino que autoriza al Gobierno (estatal o autonómico) para que proceda a la emisión. **No hay, por tanto, una ley de creación de la deuda pública, sino una ley de autorización.** De ahí las objeciones que

cabe predicar respecto del primer inciso del art. 94.1 y del art. 94.2 de la LGP (que hablan de creación), en las que no incidiremos al tratarse de normativa ordinaria.

El primer apartado del art. 135.3 de la CE se ha modificado, al señalar que el Estado y las Comunidades Autónomas habrán de estar autorizados por ley para emitir deuda pública o contraer crédito. Bajo esta simplicidad del precepto se esconden, sin embargo, cuestiones dogmáticas importantes. En primer lugar, la aparente dicotomía entre emisión de deuda o contracción de crédito público no es tal, puesto que **la deuda pública no es sino una subcategoría (la más importante, pero no la única) del crédito público, de tal manera que cualquier operación que genere un endeudamiento real o potencial para el Estado requiere autorización por parte del legislador.**

En este sentido, no solo la deuda pública sino el otorgamiento de avales por el sector público requiere la previa autorización legislativa, aunque estos últimos no se dirijan a la obtención de ingresos, sino a una finalidad distinta como puede ser facilitar el acceso a entidades públicas o privadas a fuentes de financiación crediticia para la realización de proyectos de interés general, bajo el paraguas garantista de una Administración pública. Junto a ello hay que tener presente que el art. 135.3 de la CE no distingue, a la hora de exigir autorización legal, el destino o finalidad de la apelación al crédito público, es decir, que es indiferente que se dirija a cubrir déficits presupuestarios primarios o a la cobertura de necesidades transitorias de tesorería. Hubiera ayudado mucho que, de forma similar a lo que acaece en el caso de las Comunidades Autónomas (art. 14 de la LOFCA), se prohibiese en la CE que el Estado pudiera emitir deuda para financiar gastos corrientes, que es una forma de controlar, indirectamente, el déficit.

La doctrina española (salvo excepciones) y la legislación ordinaria (incluyendo la vigen-

te LGP de 2003) **caracteriza la deuda pública sobre bases formales (el préstamo o el crédito como contrato subyacente), con una marcada obsesión por diferenciarla del tributo en función de criterios no sustantivos.** Mientras que el tributo se tipifica como una obligación *ex lege*, la deuda pública se tipifica partiendo del contrato de préstamo, obviando en esta bifurcación un hecho básico: que el tributo es una prestación coactiva y que la deuda pública es una prestación voluntaria que no puede ser impuesta por el legislador ni por el poder ejecutivo. Dos matizaciones hay que realizar en este punto: por un lado, que, siendo cierta, no sirve para diferenciar materialmente ambos recursos financieros y, sobre todo, que **la deuda pública o el crédito público no tienen por qué articularse a través de un contrato de préstamo de forma necesaria, aunque la fungibilidad de los esquemas jurídicos** para la exacción de los distintos recursos financieros hace parcialmente verdadera dicha asimetría. La verdadera distinción no está en el instrumento a través del cual el recurso se transforma en ingreso público, sino que, descendiendo al plano material, lo correcto es afirmar que, mientras que el tributo se exige a título definitivo por parte del Estado, **la deuda pública se exige a título no definitivo**, puesto que sobre los ingresos obtenidos pesa la obligación de devolución del principal y de pago de los intereses. Ello provoca que la deuda pública tenga un **carácter bifronte**, ya que por un lado es un recurso financiero generador de ingresos públicos, pero, por otra parte, es el único recurso generador *ex post* de gasto público, que, en términos económicos, vendrá representado por la devolución del principal más el pago de los intereses (explícitos o implícitos). Desde una perspectiva económica, más que jurídica, se ha calificado a la deuda pública como un impuesto diferido, puesto que el gasto público que su contracción representa ha de financiarse con cargo a ingresos corrientes u ordinarios (léase ingresos tributarios, puesto que los patrimoniales tienen un valor simbólico).

Centrándonos en los aspectos formales del art. 135.3 de la CE, de él deja de desprenderse, como sucedía antes de la reforma, cuál es el órgano competente para emitir deuda pública, ya que únicamente se menciona *in genere* al Estado o a las Comunidades Autónomas. Pues bien, el órgano competente para proceder a la emisión sería el Gobierno estatal o autonómico (no el Ministro de Economía, el de Hacienda —o sus correspondientes Consejeros autonómicos— ni el Director General del Tesoro), pero esa competencia aparece supeditada al cumplimiento de un requisito formal, como es la autorización legal. Y en este punto aparecen cuestiones de interés relevante que cabe sintetizar del siguiente modo: por un lado, **la Ley autorizante no crea ni emite deuda pública**, sino que simplemente se limita a habilitar a los Gobiernos para que procedan a su emisión; por otro, la creación de deuda pública (no confundir con la suscripción ni con la transformación del recurso financiero en ingreso) **corresponde al Gobierno, si bien la reforma constitucional y la ausencia de referencia al órgano emisor haya podido hacer variar nuestra opinión sobre el art. 94.2 de la LGP vigente**; en tercer lugar, y aunque haya una conexión íntima entre apelación al endeudamiento y financiación de los créditos para gastos contenidos en el Presupuesto, **la CE no obliga a que la autorización se contenga en la Ley de Presupuestos Generales del Estado**, lo cual conlleva una lectura restrictiva del art. 94.1 de la LGP (y normativa concordante de las Comunidades Autónomas), que menciona nominativamente a aquella Ley; **que lo lógico es que las leyes de presupuestos —estatales o autonómicas— sean las que autoricen la emisión (puesto que la deuda sirve para cubrir el déficit presupuestario) no significa que solo a su través se pueda autorizar la emisión, puesto que el art. 135.3 de la CE no limita a dicha ley singular el monopolio de la ley autorización.**

La expresión «ley» que maneja el art. 135.3 de la CE debe entenderse en un sentido formal y material al mismo tiempo, es decir, **no cabe**

que la autorización se lleve a cabo mediante normas con rango, pero no con forma de ley, como pueden ser los Decretos-leyes, instrumento que también puede ser utilizado por las Comunidades Autónomas tras las reformas estatutarias (salvo en el caso de Euskadi) habidas tras la modificación, en 2006, del Estatuto catalán.

En puridad, la única ocasión en que se ha producido dicha circunstancia fue con ocasión de la emisión extraordinaria de **deuda pública con afectación específica** para financiar el «agujero patrimonial» de Rumasa, donde sí hubo doctrina del TC en torno a la constitucionalidad o no de la expropiación, pero nadie impugnó el Decreto-Ley autorizante de la emisión de deuda pública. Desde una perspectiva hiperformalista se puede argumentar que el art. 86 de la CE no impide que la norma autorizante sea un Decreto-Ley, puesto que la deuda pública no está nominativamente incluida dentro de las materias excluidas de este instrumento normativo emanado del Gobierno y convalidado por el Congreso de los Diputados (no por las Cortes). Sin embargo, la admisión del Decreto-Ley sería equivalente a la ruptura de la bifurcación entre órgano competente (Gobierno o, tras la reforma constitucional, Ministro o Consejero autonómico competente) y órgano autorizante (Parlamento) y, por tanto, equivaldría a una **auto autorización** para emitir deuda pública, lo cual es absurdo, amén de ser una consecuencia no querida por el constituyente. **Sería conveniente que alguien fiscalizase al Estado cuando, en la Ley de Presupuestos, ha previsto ingresos tributarios por debajo de la realidad o ha inflado los créditos para gastos públicos, solo para justificar la cuantía máxima de la deuda pública autorizada.**

Otro aspecto fundamental del art. 135.3 de la CE es determinar **el contenido de la ley autorizante de la emisión, que no puede limitarse a ser una ley en blanco** sin límites ni **condiciones** (término este último que,

como veremos, sigue empleando el art. 135.3, segundo párrafo *in fine* de la propia CE). Si la deuda pública es el único recurso financiero que, automáticamente, genera gasto público y si este gasto público ha de ser satisfecho mediante la consignación de los correspondientes créditos en la Ley de Presupuestos y si, además, como veremos, la ley de emisión anula el derecho de enmienda de las Cortes y de los Parlamentos autonómicos a la hora de debatir y aprobar la Ley de Presupuestos Generales, es evidente que la ley autorizante de la emisión habrá de fijar las condiciones a través de las cuales se podrá cuantificar el gasto público anual o plurianual que genera la emisión por el Gobierno de deuda pública. De tal manera que, con todo el carácter relativo que se quiera, la ley de emisión **debería** fijar la cuantía máxima del endeudamiento autorizado (incluyendo el límite de los avales a prestar que forman parte del concepto de crédito público, cosa que sí se cumple), el tipo de interés y el plazo de amortización, como requisitos mínimos inexcusables, puesto que si se deja en manos del Gobierno la fijación de estos elementos esenciales del endeudamiento **nos encontraríamos con la paradoja de que un Decreto, Orden Ministerial o Resolución de la Dirección General del Tesoro anularía el derecho de enmienda de las Cortes Generales a la hora de fijar los créditos al servicio del pago de la deuda pública, que, forzosamente, han de ser incluidos en la Ley de Presupuestos Generales del Estado.**

Y, en punto a estas condiciones mínimas (que pueden ser relativas en el caso, por ejemplo, del tipo de interés, fijando unas horquillas entre las cuales pueda moverse la autorización al Ejecutivo), la evolución de la legislación ordinaria no puede ser más desoladora, puesto que la LGP vigente solo obliga a establecer el límite de la variación del saldo vivo de la deuda del Estado de cada ejercicio presupuestario (con una fórmula esotérica que no es menester reproducir aquí), en tanto que el resto de elementos determinantes del gasto público se venían fijando, en el mejor de los

casos por el Ministro de Economía y/o Hacienda, y, en el peor, por la Dirección General del Tesoro, aunque, en los últimos años esta última sea la tónica, y sea esta Dirección la que fije, sujeta a los mercados, los plazos de amortización y los tipos de interés.

El vaciamiento del principio de reserva de ley es patente e inconstitucional (por mucho contenido relativo que queramos darle), de manera que desde el plano político es dudoso que los parlamentarios conozcan lo que aprueban y, desde el plano jurídico, es innegable la trascendencia que dicha aprobación tiene a la hora de anular su derecho de enmienda en la tramitación de la Ley de Presupuestos Generales del Estado, **todo ello sin contar que, necesariamente, los créditos al servicio de la deuda han de tener carácter de ampliables.** Como la situación es la que hemos señalado, y puesto que debemos cohonestar la realidad económica con el contenido de la norma, quizá lo más sensato hubiera sido **asumir el vaciamiento del principio de reserva de ley en materia crediticia** y aprovechar la modificación del art. 135.3 de la CE para señalar que **«Estos créditos no podrán ser objeto de enmienda o modificación, mientras se ajusten a las condiciones de la emisión».** Si bien *de lege ferenda* la posición hiperformalista que manteníamos puede ser sustentada, *de lege data* puede resultar inconveniente —y de hecho lo es, dada la volatilidad de los mercados financieros y el encorsetamiento y efecto anuncio que tendría fijar mediante ley el tipo de interés y el plazo de amortización— que en la ley autorizante se contenga algo más que el volumen máximo de endeudamiento autorizado. **Pues bien, la redacción propuesta se limita a respetar el principio de inclusión presupuestaria automática, pero eliminando cualquier referencia a la ley autorizante y haciendo referencia únicamente a las condiciones de la emisión, que se determinarán —la realidad manda—, de consuno, por la ley autorizante de la emisión y por las Resoluciones de la Dirección General del Tesoro.**

Cabe también —antes de entrar en el ámbito subjetivo— hacer una consideración adicional, que suele pasar inadvertida a la mayor parte de los comentaristas del precepto. Mientras que en el caso de la Ley de Presupuestos, el Gobierno ostenta el monopolio de la iniciativa legislativa de forma que no cabe la presentación de proposiciones de ley por parte de los grupos parlamentarios, no sucede lo mismo en el caso de la deuda pública, de manera que a diferencia de otras Constituciones, **es perfectamente posible la presentación de proposiciones de ley que conlleven un gasto público cuya financiación se proponga mediante la emisión de deuda pública (respetando los límites de la estabilidad presupuestaria y del volumen máximo de endeudamiento en circulación)**, sin que el Gobierno tenga un derecho de veto, salvo el que se deriva del art. 134.6 de la CE y aun ello con dificultades hermenéuticas notables, puesto que dicho precepto se está refiriendo a un momento posterior al de la aprobación de la Ley de Presupuestos Generales del Estado (aunque se venga interpretando de otra forma) y la proposición en cuestión supone un aumento (no disminución) de los ingresos, **si bien la reflexión apuntada encierra un sofisma de fácil refutación**, puesto que este presunto aumento de los ingresos conllevará, *pro futuro*, un aumento del gasto público. **Que, al igual que sucede en el caso del Proyecto de Ley de Presupuestos, se atribuya al Gobierno el monopolio de la presentación de leyes de autorización de emisión de deuda pública es algo que podía haberse aprovechado en la reforma de 2011**, dada la evidente conexión entre déficit y endeudamiento, pero, sin embargo, la posición que hemos señalado *ut supra*, aunque improbable, no está vedada constitucionalmente.

Además, debemos tener en cuenta que **la autorización del legislativo no obliga al Ejecutivo a emitir el volumen máximo de endeudamiento autorizado**, pero sí supone una limitación cuantitativa que no puede sobrepasar. Y, además, teniendo en cuenta que

no se trata de una prestación coactiva *ex lege*, no existe, a diferencia del tributo, un presupuesto fáctico, sino que la transformación del recurso en derecho económico y de este en ingreso público exige la concurrencia de la voluntad libérrima de los particulares, dada la **dudosa constitucionalidad de los mecanismos de deuda forzosa**. Y, del mismo modo, cualquier modificación de las condiciones inicialmente fijadas en las normas de emisión (conversiones, amortizaciones anticipadas, etc.) **exige la anuencia de los suscriptores, siendo por tanto dudosas las denominadas conversiones obligatorias, salvo que se prevea expresamente en la emisión**.

Como hemos dicho, el nuevo art. 135.3, primer párrafo, de la CE solo se refiere a la necesaria autorización mediante ley para la emisión de deuda por parte del Estado y de las Comunidades Autónomas, **llamando, por tanto, la atención la omisión (¿intencionada o un mero error técnico?) de la posibilidad de que las Corporaciones locales, no obstante carecer de potestad legislativa, puedan emitir, con la cobertura de una ley estatal, deuda pública**. Aunque esta cuestión la desarrollaremos en nuestro comentario a la segunda reforma de la CE, es este el lugar adecuado para reflexionar sobre esta omisión y sus consecuencias. A nuestro juicio, la postura negacionista de la competencia de las Corporaciones locales para emitir deuda pública no se puede sustentar en dos normas del art. 135: por un lado, que dichas entidades tengan que presentar una situación de equilibrio presupuestario (art. 135.2 *in fine*) y, derivado de lo anterior, la citada omisión del art. 135.3 de la CE. Pues bien, **dichas entidades locales no tienen prohibido constitucionalmente emitir deuda pública**. En primer lugar, porque, pese al equilibrio, tendrán que apelar a este recurso para, por ejemplo, refinanciar deuda en circulación. En segundo lugar, **porque el principio de inclusión presupuestaria automática sí les vincula constitucionalmente**, como lo prueba el hecho de que el

segundo párrafo del art. 135.3 se refiera no a los entes teóricamente autorizados mediante ley para emitir deuda pública (Estado y Comunidades Autónomas), **sino a las Administraciones públicas, concepto en el que se incluyen las Corporaciones Locales**, lo cual supone implícitamente que estas pueden recurrir a este recurso financiero. En tercer lugar, porque esta consecuencia se desprende de la remisión a ley orgánica para la distribución del límite de endeudamiento público entre las distintas **Administraciones públicas**, entre las que se encuentran las entidades locales, conforme el art. 1 de la LOEPSF. En cuarto lugar, porque el art. 13.5 de esta **expresamente prevé la autorización del Estado o en su caso de las Comunidades Autónomas para que las Corporaciones Locales puedan emitir deuda pública**. En quinto lugar, porque, **en caso de incumplimiento de los objetivos de endeudamiento, son de aplicación a las entidades locales las medidas preventivas, correctivas y coercitivas previstas en la ley orgánica de desarrollo del art. 135 de la CE**. Y, por último, y para no abrumar, **porque esta posibilidad se desprende de la legislación básica en materia de Haciendas locales, que no se ha modificado en este punto**.

Como el tema, como hemos dicho, se desarrolla en el comentario a la reforma de la segunda modificación de la CE, no haremos más consideraciones al respecto, salvo una final, consistente en que una reflexiva y pausada reforma hubiera llevado, concordando los dos primeros apartados del art. 135.3 de la CE, a una redacción del primer apartado con el siguiente tenor: **«Todas las Administraciones públicas habrán de estar autorizadas por ley para emitir deuda pública o contraer crédito»**.

Y, como sucede en el caso de los tributos (art. 133.2 de la CE), con todas las cautelas del mundo y teniendo en cuenta la diferencia entre la constitucionalización de los primeros para las Corporaciones locales (véase también el art. 142 de la CE) frente al silencio

de la CE para el caso de la deuda pública local, será una ley estatal (es dudoso que sea una ley autonómica) la que enerve la carencia de capacidad legislativa de estos entes territoriales.

En definitiva, **no existe ningún obstáculo constitucional para que las Corporaciones locales puedan emitir deuda pública, puesto que su carencia de capacidad legislativa puede ser suplida por la normativa estatal. Se trata, pues, de un error más fruto de la improvisación que de un propósito deliberado de excluir a estas entidades del recurso al endeudamiento**.

III. EL PRINCIPIO DE INCLUSIÓN PRESUPUESTARIA AUTOMÁTICA. LAS RELACIONES ENTRE LA LEY DE EMISIÓN Y LAS LEYES DE PRESUPUESTOS

El segundo apartado del art. 135.3 de la CE contiene un principio que, ligado al endeudamiento público, **influye en las Leyes de Presupuestos del Estado o de las Comunidades Autónomas, así como en los Presupuestos de las entidades locales** (la extensión a Comunidades Autónomas y Corporaciones locales es una de las novedades de la reforma, supuesto que el antiguo art. 135 se refería solamente al Estado), tratando de preservar los derechos de los suscriptores a fin de que aquellos no se vean preteridos, obviados o negados en base al principio de legalidad presupuestaria. Aunque el ámbito subjetivo se ha ampliado, las consideraciones que haremos a continuación descansan básicamente sobre el Estado, no siendo difícil deducir su extensión al resto de Administraciones públicas.

Como es sabido, la ejecución del gasto público exige que el Gobierno cuente con los créditos presupuestarios oportunos, y dichos créditos han de contenerse, en principio, en la Ley de Presupuestos. Como hemos dicho en el epígrafe anterior, la deuda pública es el único

recurso financiero que provoca gasto público directo, en cuanto el Estado se compromete a devolver el capital y a pagar los intereses prometidos a los suscriptores. Intereses y capital constituyen lo que, en expresión añeja, se denomina el servicio de la deuda pública. Pues bien, el constituyente ha pretendido evitar que, perfeccionada la suscripción, los derechos económicos de los tenedores puedan verse negados por la inexistencia de crédito presupuestario suficiente para atender el pago y, para ello, considera que **los créditos al servicio del pago del servicio de la deuda pública se entienden incluidos automáticamente en el estado de gastos de los Presupuestos, sin que puedan ser objeto de enmienda o modificación, mientras se ajusten a las condiciones de la ley de emisión (la cursiva es nuestra y enlaza con la propuesta de haber suprimido la referencia a este sustantivo —ley— para ajustar la CE al vaciamiento del principio de reserva de ley).**

De donde se desprenden dos conclusiones ligadas a la tramitación de la Ley de Presupuestos y una ligada al contenido mínimo de la ley autorizante de la emisión. En lo que se refiere a las primeras, la norma constitucional obliga, en primer lugar, al Gobierno a la hora de elaborar el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado y, en segundo lugar, y esto es trascendental, a las Cortes, **puesto que es la única norma constitucional que anula directamente el derecho de enmienda del Parlamento a la hora de tramitar una ley.** Esta anulación, excepcional en un régimen parlamentario, tiene, sin embargo, una explicación que se deduce del último inciso del apartado segundo del art. 135.3 de la CE y que enlaza con el contenido mínimo de la ley autorizante de la emisión. Si en esta se deberían establecer las condiciones que determinan el servicio de la deuda pública (cuantía máxima de endeudamiento autorizado, tipo de interés, plazo de amortización, emisiones sobre o bajo la par, primas de amortización, y cuantas ventajas se ofrezcan a los suscriptores) es evidente que el legisla-

dor ordinario se encuentra vinculado por las mismas a la hora de fijar los créditos necesarios para el pago del servicio de la deuda, de forma que la lógica del precepto es aplastante y la anulación del derecho de enmienda tiene la explicación antedicha. La anulación de las potestades parlamentarias en relación con el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales busca, como hemos dicho, evitar que el principio de legalidad presupuestaria se superponga a los derechos económicos de los suscriptores, evitando situaciones que en nuestra larga historia se han producido. Por ello, y aunque la doctrina no lo suele venir estudiando dentro de los principios presupuestarios, el art. 135.2 de la CE contiene lo que desde hace mucho tiempo venimos denominando **principio de inclusión presupuestaria automática.** Sin embargo, esta medida expropiatoria del derecho de enmienda parlamentaria se supedita a una condición que no se ha cumplido nunca desde la aprobación de la CE y es que la ley de emisión determine las condiciones de la misma y ello enlaza con el contenido mínimo que asignábamos a la citada ley en el epígrafe anterior de este comentario, todo ello corregido en función de la realidad expuesta en el mismo y que hubiera aconsejado **eliminar la referencia a la ley y hablar solo de condiciones de la emisión, cualquiera que sea el rango normativo a través del cual se determinan aquellas.**

La realidad (desde la LGP de 1977, pasando por el Texto Refundido de 1988 y concluyendo con la vigente LGP de 2003) demuestra que la ley de emisión (normalmente la Ley de Presupuestos) se limita a fijar la cuantía máxima del crédito autorizado, siendo en el mejor de los casos el Gobierno y, en la actualidad, el Ministro de Economía (y/o Hacienda) y el Director General del Tesoro quienes determinan las condiciones esenciales del endeudamiento (tipo de interés, plazo de amortización, etc.), lo cual plantea un dilema elemental, consistente en determinar si ante esta situación el principio de inclusión presupuestaria automática queda anulado y el Parlamento recupera (valga la expresión) su de-

recho de enmienda. Evidentemente, la praxis de la legislación ordinaria no puede imponerse a la CE, ni puede aducirse, para enervar un principio constitucional, el incumplimiento de las condiciones impuestas por el constituyente para anular el derecho de enmienda. En realidad, el principio se cumple, pero la deslegalización evidente de la deuda pública (cuya última guinda es la LGP de 2003) genera una paradoja que bien podría haber sido tratada por el TC si hubiera tenido posibilidades para ello. La paradoja es que la anulación del derecho de enmienda no se verifica a través de la concatenación entre condiciones fijadas por la ley de emisión y vinculación de la Ley de Presupuestos (que es lo querido por el constituyente), sino (salvo en lo referido a la cuantía máxima de endeudamiento) mediante la vinculación de la Ley de Presupuestos a Decretos, Órdenes ministeriales y Resoluciones administrativas de Direcciones Generales, **produciéndose una curiosa perversión del sistema constitucional en cuya virtud el Gobierno (no la ley) anula el derecho de enmienda del Parlamento en relación con los créditos destinados al servicio de la misma y que deben ser incorporados, ex CE, a la Ley de Presupuestos Generales del Estado.**

Poniendo un ejemplo fácilmente comprensible, dada la existencia de jurisprudencia constitucional consolidada, todos estamos de acuerdo en que una ley que cree un tributo y habilite al Gobierno para determinar la base imponible o fijar el tipo de gravamen sería inconstitucional por vulnerar el principio de reserva de ley de los arts. 31.3 y 133.1 de la CE. Sin embargo, a nadie parece inconstitucional que la LGP o que las Leyes de Presupuestos Generales del Estado se limiten a autorizar el volumen máximo de endeudamiento autorizado, dejando en manos del Ejecutivo la fijación del tipo de interés, el plazo de amortización, la posibilidad de conversiones, etc., y ello con una diferencia fundamental y es que el tributo no genera obligaciones en materia de gasto público, cosa que sí sucede en el caso de la deuda pública.

Sin ánimo de radicalidad ni insistencia en nuestros planteamientos y admitiendo **el carácter relativo del principio de reserva de ley en materia de crédito público**, el contenido de la ley de emisión no corresponde fijarlo al legislador ordinario, sino que debe deducirse de la doctrina del TC, aunque en este punto topamos con la inexistencia de pronunciamientos. Y siguiendo con estas observaciones, todas las autorizaciones para la emisión de deuda pública habidas desde la promulgación de la CE adolecen de una posible inconstitucionalidad, no *in radice*, sino por conexión con la anulación del derecho de enmienda. **La reforma constitucional ha perdido una magnífica ocasión para eliminar esta deficiencia, en los términos, de lege ferenda, propuestos, es decir, suprimiendo la referencia a la ley y efectuando una remisión a las normas de la emisión, entendiéndose por tales el conjunto de disposiciones que permiten determinar el coste público, presente y futuro, que supone la apelación al endeudamiento.**

En puridad, **las Cortes Generales abdicaron de sus funciones en materia de deuda pública, aunque sea justificación endeble pero sostenible la existencia de argumentos económicos (volatilidad de los mercados financieros, efecto-anuncio a la hora de prefijar los tipos de interés, etc.).**

Las soluciones a estas objeciones eran fáciles y estaban al alcance del legislador cuando autoriza la emisión; si nos ceñimos al tipo de interés, bastaría con que la ley de emisión estableciera una horquilla de tipos mínimos y máximos dentro de los cuales pudiera moverse libremente el Gobierno que es el órgano competente para la emisión. Y de igual manera —obsérvese que propugnamos un principio flexible del contenido mínimo de la ley de emisión— debería hacerse con el resto de los elementos que sirven para cuantificar el servicio de la deuda pública (primas de amortización, emisiones sobre o bajo la par, y cualesquiera otros incentivos para los suscriptores siempre que afecten al gasto público derivado

de la apelación a este recurso financiero). Con la realidad en la mano, **es imposible controlar si la política crediticia del Gobierno es correcta o no, puesto que no hay un control *ex ante* ni un control *ex post***: es una paradoja económica que, habiendo reducido el déficit desde 2012, la deuda pública siga creciendo.

El primer control no existe **porque las Cortes no aprueban todas las condiciones de la autorización**; el segundo no existe porque, habiendo hecho dejación previa de sus derechos deducibles del art. 135.3 de la CE, no les cabe derecho de enmienda alguno a la hora de aprobar (no cabe ni siquiera rechazar ni enmendar) los créditos presupuestarios contenidos en el Proyecto de Ley de Presupuestos destinados al servicio de la deuda pública. Tienen que hacer un verdadero auto de fe en los créditos destinados al pago de la deuda pública y creerse lo que el Gobierno presenta, en ocasiones, con errores cuantitativos patentes.

IV. EL CARÁCTER PRIVILEGIADO DE LOS ACREEDORES DE LA DEUDA PÚBLICA

La referencia de la reforma constitucional a **que el pago de la deuda pública gozará de prioridad absoluta** constituye otra novedad que introduce un factor de distorsión entre los acreedores de las Administraciones públicas, de tal manera que, desde el ámbito objetivo, bien puede decirse que estamos en presencia de **unas obligaciones cuyo pago es preferente o prioritario y, desde el ámbito subjetivo, ante la presencia de unos acreedores privilegiados, que desplazan al resto de los que mantengan créditos frente a las Administraciones** (públicas, adjetivo que, como vimos, aparece en el ap. 1 del art. 135 de la CE, pero que no utiliza en el precepto que ahora comentamos —sin duda otro error técnico, por nimio que sea, de la reforma—). Se trata de una norma inédita en otros ordenamientos, y que en el español **pa-**

rece tratar de incorporar otro principio constitucional (amén del tradicional relativo a la inclusión presupuestaria automática de los créditos al servicio de la deuda). Como señalan algunos autores (MARTÍN QUERALT *et alii*), se trata de un precepto constitucional *sorprendente*, puesto que constitucionaliza una regla de prelación en el pago de las obligaciones de las entidades públicas que, como siempre, no se justifica en la Exposición de Motivos de la reforma (la cual no se refiere, en ningún momento, a las modificaciones introducidas en materia de deuda pública). **Que se trate de una garantía rotunda ante los inversores** es lo único que cabe inferir, como justificación, de la Exposición de Motivos de la Ley de desarrollo del art. 135 de la CE (LOEPSF), cuyo art. 14 viene a reproducir (nos preguntamos la razón, si ya aparece en la CE) **las dos garantías constitucionales, es decir, el principio de inclusión presupuestaria automática y el principio de prelación en el pago de la deuda pública, principios que, como es lógico, operan en momentos distintos del ciclo presupuestario.**

Pero, como se demuestra desde el art. 6 de la CE de 1812 («el amor de la Patria es una de las principales obligaciones de todos los españoles y, asimismo, **el ser justos y benéficos**»), **la realidad no se altera por el Derecho y, por tanto, los hechos serán los que demuestren el grado de cumplimiento de las obligaciones del Estado en materia crediticia. La realidad ignorada tiende a volverse en nuestra contra.**

Evidentemente, la prelación introduce un factor de discriminación subjetiva entre los acreedores de las Administraciones públicas que, sin embargo, **no vulneraría el principio general de igualdad, siempre y cuando se entienda que existen razones de orden superior (la necesidad de financiar el déficit público) para situar en la CE este principio.** No obstante, jurídicamente, carece de sentido su inserción constitucional, y solo es entendible si el precepto hubiera

sido impuesto desde la Unión Europea a nivel político. Se trata de un principio que vincula a todas las Administraciones públicas, como hemos señalado, siendo de agradecer que, amén de su reproducción en la LOEPSF, no se haya aprovechado la reforma del art. 14 de la LOFCA (llevada a cabo por la Ley Orgánica 6/2015, de 12 de junio) para volver a repetir el citado principio, como con ánimo pedagógico, suele actuar nuestro legislador.

V. LA LIMITACIÓN CUANTITATIVA DEL ENDEUDAMIENTO

El último inciso del art. 135.3 de la CE contiene una norma en cuya virtud el volumen de endeudamiento de las Administraciones Públicas no puede superar el valor de referencia establecido en el TFUE. Es relevante el **hecho de que, frente a lo que dispone el ap. 2 del art. 135 (donde hay una remisión, en materia de déficit estructural a lo que disponga la UE para los Estados miembros, sin ninguna referencia directa al TFUE), en el caso de la deuda pública se remite directamente al Tratado de Funcionamiento. Y aunque la diferencia pueda parecer intrascendente, nos podríamos encontrar que, si el valor de referencia del endeudamiento se suprime del TFUE y se regulase en otra norma, el resultado no sería otro que tener que modificar la CE.** Por coherencia interna del precepto reformado y por la objeción antedicha, que, aunque improbable pudiera producirse, hubiera sido preferible adoptar la fórmula del art. 135.2, y señalar que **«El volumen de deuda pública del conjunto de las Administraciones Públicas en relación con el producto interior bruto del Estado no podrá superar el valor de referencia establecido por la Unión Europea para sus Estados miembros»** (en cursiva, la modificación propuesta). Incluso, de mantenerse la redacción actual sobra, porque lo establece el TFUE, cualquier referencia al PIB estatal, es decir, como se calcula el volumen de endeudamiento (a lo sumo

podría concretarse en la LOEPSF, como así se hace), puesto que, como reiteramos, ello se deduce de la norma de reenvío. **Si lo que queríamos era afirmar que vamos a aplicar el art. 126 del TFUE, por si hubiera alguna duda, ya lo hemos conseguido, aunque el nominalismo de la norma no impide su incumplimiento sistemático,** ya que el valor de referencia está situado en el 60% del PIB, conforme la normativa comunitaria y España tiene un endeudamiento del 98,30% en 2017 según datos del Banco de España. No vamos a entrar en consideraciones económicas, impropias de una obra de este calado, pero, en el mejor de los escenarios, **la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (AIREF) ha considerado que el cumplimiento del valor de referencia europeo no se producirá sino en el 2046.**

Pero, volviendo al discurso jurídico, **que el precepto tenga como función la de «controlar el endeudamiento»** (MARTÍN QUERALT *et alii*) nos parece correcto pero insuficiente, ya que el endeudamiento no se controla desde la CE, sino con hechos y actos concretos, en primer lugar, mediante la reducción del déficit, la introducción de medidas estructurales (teniendo en cuenta el **gasto consolidado ex ante** la redacción del Proyecto de Ley de Presupuestos) y, en segundo lugar, mediante la plena utilización del sistema tributario (incluyendo cotizaciones a la Seguridad Social) y la recaudación que proporciona, que se encuentra —también en términos porcentuales sobre el PIB— por debajo de la media de los países de la OCDE.

La norma, a diferencia de otras en materia de deuda pública, no contiene ningún derecho o garantía para los acreedores y tiene, por tanto, un efecto externo frente a la Unión Europea e, internamente, y de forma muy dudosa, para el TC. **La constitucionalización de este principio, bajo esta segunda perspectiva, puede ser peligrosa, puesto que teóricamente habilitaría la presentación de recursos de inconstitucionalidad por**

vulneración de esta norma, aunque no creemos que prosperen. Y, en fin, la pregunta definitiva y retórica, es si vamos a incorporar todos los preceptos del TFUE por el mero hecho de que el TC no pueda aplicar directamente aquel.

Quizá si se hubiera constitucionalizado el principio de sostenibilidad financiera pudiera tener algún sentido la referencia al volumen máximo de endeudamiento de las Administraciones públicas, pero dicho principio no se contiene en la CE, sino en la LOEPSF. Y, en fin, tampoco la incorporación de este principio o límite era imprescindible para distribuir, internamente, el valor de referencia establecido por la Unión Europea entre las distintas Administraciones públicas, puesto que para ello se cuenta con la habilitación contenida en el art. 135.5 de la CE, **de tal manera que no encontramos ninguna justificación jurídica a la incorporación del límite al endeudamiento en la reforma constitucional**. En último extremo, si el endeudamiento se concatena o se anuda al déficit, quizá hubiera sido, como hemos dicho, más valiente (como se hace respecto de las Comunidades Autónomas en la LOFCA) prohibir que el endeudamiento se destine a financiar gastos corrientes, de tal manera que su eventual utilización se ciña, exclusivamente, a financiar gastos de inversión y, en su caso, a refinanciar deuda pública.

VI. LA SUPERACIÓN DE LOS LÍMITES DE DÉFICIT Y DE ENDEUDAMIENTO

El art. 135.4 introduce una excepción a los límites de déficit estructural y de endeudamiento, en tres supuestos, que no suponen sino una traslación *sui generis* de lo que disponen los arts. 109 y 115.2 de la Ley Fundamental de Bonn, de tal manera que debemos atribuir a la reforma de esta en 2009 el mérito inicial de la introducción de la excepción, con independencia de que la misma se reco-

giera, *ex post* como veremos, en la normativa europea. Salvo en lo relativo a las catástrofes naturales (cuya apreciación puede ser objetivada por las autoridades nacionales), los supuestos adicionales introducen grandes dosis de inconcreción o indeterminación, cuya delimitación corresponderá determinar al Congreso de los Diputados por mayoría absoluta. No obstante, **quizá sea conveniente tener en cuenta que la interpretación de los distintos supuestos contemplados en el precepto haya de hacerse a la luz de las definiciones (también ambiguas, pero orientativas) del art. 3.3.b) del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria de 2 de marzo de 2012 (TEGC), no obstante ser este posterior a la reforma constitucional, pero expresamente citado en la Exposición de Motivos por la LOEPSF**. De hecho, el art. 11.3 de esta señala que «la recesión económica grave se define de conformidad con lo dispuesto en la normativa europea». Que los objetivos de la política económica y fiscal de la Unión Europea no se estén cumpliendo en España **no se debe a la rigidez de los mismos, como se sostiene**, si bien la misma influye, sino al hecho incontrovertido de que nuestro país no haya adoptado medidas estructurales eficaces para evitar situaciones en las cuáles no se consigue disminuir el déficit primario o no financiero. Quizá hubiera sido conveniente que la reforma constitucional, dada la estructura territorial española, hubiera dado mayor peso, en la concreción de los factores que permiten, excepcionalmente, la superación de los límites de déficit y endeudamiento a las Comunidades Autónomas, si bien estas se integran en el concepto de Estado en términos europeos.

No obstante, como parche, **puede servir el ya citado art. 11.3 de la LOEPSF donde, explícitamente, se habla, como entidades diferenciadas, del Estado y de las Comunidades Autónomas, en tanto sujetos distintos en los cuales pueden concurrir las**

circunstancias excepcionales previstas en el precepto comentado. Echamos en falta, empero, una concreción más precisa, no constitucional, sino en la citada ley orgánica de desarrollo, de los mecanismos a través de los cuales las Comunidades Autónomas podrían instar la activación del procedimiento previsto en el art. 135.4 de la CE. Y, por último, como mera observación gramatical, quizá hubiera sido conveniente hablar, simplemente, de mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, eliminando toda referencia a los miembros.

VII. EL CONTENIDO CONSTITUCIONAL DE LA LEY ORGÁNICA DE DESARROLLO DEL ARTÍCULO 135

El ap. 5 del art. 135 de la CE defiere al desarrollo por una ley orgánica de determinadas materias y **principios** (*sic*, aunque es dudoso que todo lo encuadrable en este precepto se subsuma en esta categoría) relativos a la estabilidad y al endeudamiento público. La técnica seguida no es, desde luego, la más correcta, porque el contenido constitucional de la citada ley orgánica no solo cabe extraerlo de este apartado, sino que hay que tener en cuenta, por un lado, la remisión del art. 135.2 a la fijación del déficit estructural del Estado y de las Comunidades Autónomas, y, por otro, la remisión de la disposición adicional única dos de la reforma constitucional a la fijación de los mecanismos que permitan el cumplimiento del **límite de deuda a que se refiere el art. 135.3 de la Constitución Española**. De tal manera que, si queremos determinar **el contenido constitucional mínimo** de la ley orgánica de desarrollo del art. 135, tenemos que acudir a tres preceptos distintos:

- a) El art. 135.2 de la CE.
- b) El art. 135.5 de la CE.
- c) La disposición adicional única de la reforma de la CE.

Junto a ello, hay que tener en cuenta que dicha ley orgánica tenía que estar aprobada antes del 30 de junio de 2012, plazo que se cumplió con creces en tanto que el 27 de abril se aprobó la LOEPSF, en cuyo examen solo entraremos tangencialmente, dadas las limitaciones espaciales impuestas por las editoriales. Dos hechos, *a priori*, **hemos de destacar: a) en primer lugar, que las Cámaras dedicaron más tiempo a debatir, enmendar y aprobar esta ley que a reformar la CE; b) en segundo lugar, que la citada ley ha sido parcialmente modificada por las Leyes Orgánicas 4/2012, de 28 de septiembre, 6/2013, de 14 de noviembre, 9/2013, de 20 de diciembre y 6/2015, de 12 de junio, amén de otras modificaciones, sobre prórrogas de determinados preceptos sobre destino de los superávits presupuestarios, llevadas a cabo mediante Leyes ordinarias e incluso mediante Decreto-Ley (en concreto, el Decreto Ley 17/2014, de 26 de diciembre).** Aunque no podemos entrar en detalle, llama la atención que se modifique mediante leyes ordinarias, si bien ello tiene una explicación no enteramente satisfactoria, y es que la disposición adicional sexta de la LOEPSF establece que «mediante Ley de Presupuestos Generales del Estado se podrá habilitar, atendiendo a la coyuntura económica, la prórroga del plazo de aplicación previsto en este artículo» (referido al destino, como hemos señalado de los superávits presupuestarios), algo que se cumplió en 2016 y en 2017, pero no en 2015, donde se recurrió al Decreto-Ley. **No vamos a entretenernos en esta habilitación a la Ley de Presupuestos, y ni siquiera discutir la constitucionalidad de utilizar un Decreto-Ley en el ejercicio de 2015, pero sí destacar que, al menos, el legislador de 2012 podría haber señalado qué preceptos de la ley no tienen la naturaleza de orgánicos, sino que son ordinarios y, por tanto, pueden ser modificados por una ley de esta naturaleza. En fin, otro defecto de técnica legislativa, en este caso de la LOEPSF.**

El contenido mínimo de la ley orgánica debe ser, *ex CE*, el siguiente (y agrupamos todas las habilitaciones contenidas en el art. 135 y no solo las que se deducen de su ap. 5):

a) **El déficit estructural máximo permitido al Estado y a las Comunidades Autónomas** (recordemos que las entidades locales tienen que presentar situación de equilibrio presupuestario). Pues bien, aunque ello pueda encuadrarse en el apartado siguiente, **resulta sorprendente que la LOEPSF no contenga referencia alguna a la distribución del límite de déficit entre el Estado y las Comunidades Autónomas.** Omisión consciente, como lo prueban las advertencias del Consejo de Estado en fase de tramitación del proyecto de ley orgánica (véase ESPARZA OROZ), que fueron ignoradas. En todo caso, no era necesaria, sino redundante, esta habilitación, puesto que el Estado tenía, *ex art. 149 de la CE*, títulos competenciales suficientes para regular esta materia, en especial teniendo en cuenta la doctrina del TC al respecto.

b) **La distribución de los límites de déficit y de deuda entre las distintas Administraciones Públicas, los supuestos excepcionales de superación de los mismos y la forma y plazo de corrección de las desviaciones que sobre uno y otro pudieran producirse.** Aquí la referencia a las Administraciones públicas es correcta, toda vez que las entidades locales no pueden incurrir en déficit, pero sí pueden emitir deuda pública, como hemos reiterado, y, de hecho, tienen un límite establecido en el art. 13.1 de la LOEPSF. El límite de deuda pública se distribuye de la siguiente manera (todos los porcentajes se toman por relación al PIB): Estado (44%), Comunidades Autónomas (13%) y Corporaciones locales (3%). El resultado es el 60% del PIB, que es el valor de referencia del endeudamiento establecido por el TFUE y por el Protocolo núm. 12. **Si bien se respeta la normativa europea, a la que reenvía el art. 135.3, la pregunta que cabe hacerse es cómo se ha calculado la distribución**

interna, toda vez que la exposición de motivos de la ley de desarrollo del art. 135 guarda un absoluto silencio sobre la cuestión. Lo razonable sería haber tenido en cuenta la distribución del gasto público entre los distintos niveles de gobierno, pero no es esta la solución elegida, sin que sea dable en un comentario de este tipo entrar en consideraciones económicas sobre el método que ha originado esta distribución. En todo caso, **lo relativo al endeudamiento público se engloba en el sinuoso concepto de sostenibilidad financiera. Aunque lo hemos citado en el epígrafe anterior, reiteramos que la LOEPSF no contiene ninguna mención a la distribución del déficit, solo al volumen de deuda, entre el Estado y las Comunidades Autónomas, lo cual puede constituir un incumplimiento formal del art. 135 CE,** como apuntan GARCÍA ROCA y MARTÍNEZ LAGO. Ignoramos la diferencia entre incumplimiento formal y material de la CE.

c) **La metodología y el procedimiento para el cálculo del déficit estructural.** Con independencia que no hacía falta subrayar este contenido mínimo de la ley orgánica, puesto que el mismo se desprende del primer apartado del art. 135.5 de la CE, hay que tener en cuenta que el cálculo del déficit estructural y la metodología del mismo han de hacerse por referencia a la normativa europea. **Con ello queremos significar que no es necesario que la LOEPSF se entretenga en definir el déficit estructural (art. 11.2) cuando, en el fondo, se remite a la normativa europea.** En todo caso, como apuntara temprana y magistralmente RODRÍGUEZ BERELJO, el concepto de déficit estructural es un **concepto de una discrecionalidad absoluta**, lo cual dificulta su control, en especial el de constitucionalidad. No obstante, esta **discrecionalidad no es solo imputable al legislador español, sino en buena parte al TEGC en que se basa**, como se desprende de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 2/2012. El art. 11.6 de la misma se limita a señalar que «Para el cálculo del déficit estructural se aplicará la metodología uti-

lizada por la Comisión Europea en el marco de la normativa de estabilidad presupuestaria». Para este viaje no se necesitaban alforjas, ya que la **instrumentación de estabilidad presupuestaria** podría haber sido aligerada notablemente en el art. 11, que, en muchas ocasiones, se limita a transponer preceptos constitucionales (repetir obviedades puede ser pedagógico, pero es antijurídico). Por último, cabe observar que el precepto no habilita a la ley orgánica para determinar la metodología y el procedimiento para el cálculo de la deuda pública de las distintas Administraciones públicas, algo que solventa el art. 13.1 de la LOEPSF por referencia al Protocolo sobre Procedimiento de Déficit Excesivo, cuestión que no era difícil deducir.

d) **La responsabilidad de cada Administración pública en caso de incumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria.** Aquí hay un error técnico de principio, que no se subsana enteramente con la disposición adicional única (a la que aludiremos) de la reforma, puesto que **no se habla de eventuales responsabilidades en caso de incumplimiento de los objetivos de endeudamiento, con lo cual, en una lectura apresurada, cabría pensar que no hay posibilidad de depurar responsabilidades, vía ley orgánica, en el caso de incumplimiento de los objetivos de sostenibilidad financiera (por seguir la bifurcación que hace la LOEPSF).** O, por decirlo de otra manera, que el art. 135 de la CE no constituye título competencial para imponer sanciones a Comunidades Autónomas o entidades locales, en caso de superar los límites de endeudamiento. Pero lo peor de este precepto está por llegar, al menos, a través del desarrollo de la ley orgánica, donde, de forma muy sintética, establece medidas preventivas, correctivas y coercitivas. Mientras que las dos primeras no ofrecen, en principio, problemas especiales, aunque la ley orgánica podía haber utilizado más títulos competenciales, tenemos muy serias dudas sobre la proyección del incumplimiento de las medidas coercitivas, que se traduce en las medidas de cumplimiento forzoso

(art. 26), donde expresamente se invoca el art. 155 de la CE, de tal manera que el Presidente del Gobierno requerirá al Presidente de la Comunidad Autónoma para que lleve a cabo las medidas coercitivas, que no vamos a enumerar. Si, en el plazo concedido, no se adoptaran las mismas, «el Gobierno, con la aprobación por mayoría absoluta del Senado, adoptará las medidas necesarias para obligar a la Comunidad Autónoma a su ejecución forzosa. Para la ejecución de las medidas el Gobierno podrá dar instrucciones a todas las autoridades de la Comunidad Autónoma». ¿Constituye el art. 135 un mecanismo habilitante para, a través de la LOEPSF intervenir financieramente una Comunidad Autónoma? ¿O, más bien, sobra el art. 26 en la parte comentada y se podría haber recurrido, directamente, al art. 155, sin la cobertura de la ley orgánica? La prudencia aconseja ser cautos en la utilización excesiva de este procedimiento por parte del Gobierno, de tal manera que debiera haberse ponderado, en virtud del principio de proporcionalidad, el grado de incumplimiento, las razones de este incumplimiento, el grado de desobediencia, etc. **Creemos que el art. 26 no sobra, pero, al mismo tiempo, debe ser urgentemente modificado, porque no deja margen alguno de actuación al Gobierno para modular la aplicación del art. 155 de la CE, ya que está redactado en términos imperativos y no potestativos. Una cosa es la intervención encubierta, que carece de base legal, pero se ha utilizado, y otra la activación automática del art. 155 de la CE, como parece desprenderse de la redacción literal del art. 26 de la LOEPSF.** Y aquí el problema no deriva de mala técnica constitucional, sino de los excesos de un Gobierno con mayoría absoluta en 2012, que debería reflexionar sobre las consecuencias de la activación del art. 155 de la CE. *De lege ferenda*, tal vez lo más conveniente, dado el actual sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común, hubiera sido constituir depósitos obligatorios con cargo a transferencias, retención de la recaudación de tributos cedidos parcialmente, y otras medidas menos inter-

vencionistas. O bien utilizar los mecanismos previstos para las Corporaciones locales, que, curiosamente, son más suaves que los establecidos para las Comunidades Autónomas (al menos sobre el papel) de tal manera que «el Gobierno, o en su caso la Comunidad Autónoma que tenga atribuida la tutela financiera, adoptará las medidas necesarias para obligar a la Corporación Local al cumplimiento forzoso de las medidas contenidas en el requerimiento». Aunque el resultado pueda parecer similar, ya que dicho cumplimiento forzoso se contiene en el mismo precepto de la LOEPSF, las medidas no serían tan drásticas, al menos formalmente. El problema, en el cual no podemos extendernos, es que el art. 155 de la CE solo está previsto, lógicamente, para las Comunidades Autónomas, no para las Corporaciones locales. Aunque quizá la mejor solución sería haber constitucionalizado las medidas forzosas (e incluso las coercitivas) en el texto constitucional, en vez de recurrir, en el caso de las primeras, al art. 155 de la CE por la puerta trasera de una ley orgánica. O, aunque no seamos expertos constitucionalistas, **dada la obsesión del legislador estatal por el incumplimiento autonómico** (cuando no se da cuenta que el problema del déficit es, primordialmente, suyo), ¿no cabría, sin el art. 26 de la LOEPSF, invocar el abiertamente discrecional art. 155 de la CE? En el caso de las Corporaciones locales, encontramos otro defecto de técnica legislativa en el art. 26 de la Ley Orgánica, ya que los órganos de las mismas pueden ser disueltos no solo cuando incumplan, «de forma persistente» (concepto abierto donde los haya) los objetivos de estabilidad presupuestaria, sino también cuando incumplan los objetivos de endeudamiento. Teniendo en cuenta que, salvo para operaciones de tesorería (y aun con reparos), **el Estado es quien, normalmente, concede la autorización, la pregunta básica sería determinar si el incumplidor es la Corporación local o el Estado al conceder la autorización.** Y, como cuestión adicional, la pregunta es por qué, en este caso, **el mecanismo no opera de forma automática**, sino que es potestativo para el Estado, en

un doble sentido: por un lado, es el quien aprecia por qué la persistencia en el cumplimiento «puede considerarse dañosa» para los intereses generales y, por otro lado, es también el Estado «quien puede (no está obligado)» proceder a la disolución de los órganos de la Corporación Local. ¿Alguien puede justificar la diferencia de trato entre Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales no solo en el ámbito objetivo (incumplimiento del límite de endeudamiento), sino subjetivo (ya que para unas se establece *ope legis* la aplicación del art. 155 de la CE, en tanto que para otras se establece la posibilidad de disolución de sus órganos)? No obstante, la cuestión ha quedado zanjada, en el caso de las Comunidades Autónomas, por la controvertida STC 215/2014, de 18 de diciembre, cuando señala que «el cumplimiento forzoso (...) no es consecuencia, como defiende el Gobierno recurrente, del incumplimiento de los actos aplicativos previstos en la Ley Orgánica 2/2012, sino fruto del incumplimiento de las obligaciones de estabilidad presupuestaria y endeudamiento y, más concretamente, de la obligación de adoptar las «decisiones» presupuestarias imprescindibles para la aplicación efectiva del principio de estabilidad dentro de los límites constitucionales (art. 135.6 CE). Es, pues, el incumplimiento de esas obligaciones constitucionales en materia de estabilidad presupuestaria el que provoca la aplicación del art. 155 CE y no el eventual desconocimiento de los actos de ejecución del art. 135 CE, actos que solo se dirigen a estimular o, en su caso, a compeler, el cumplimiento de las obligaciones que la Constitución impone a todas las Administraciones públicas, las cuales deben actuar, en todo caso, con responsabilidad y lealtad».

e) Por último, **la ley orgánica contemplará los mecanismos que permitan el cumplimiento del límite de deuda a que se refiere el artículo 135.3 CE, contenido que se desprende de la disposición adicional única de la reforma constitucional de 2011.** La contemplación (mejor sería decir regulación) ¿implica la posibilidad de establecer

responsabilidades? **O, por el contrario, si recurrimos al tenor literal del precepto y a la distinción con el art. 135.5, no cabe que la ley orgánica imponga medidas que supongan la asunción de responsabilidades y la imposición de medidas preventivas, correctivas o coercitivas.** La cuestión podría haber sido resuelta, con mejor técnica legislativa, si el precepto se hubiera llevado al art. 135.5 de la CE, eliminando la referencia a los mecanismos en la citada disposición adicional, **no teniendo, en consecuencia, sentido aparente la distinción aparente que se deduce de ambos preceptos de la reforma. ¿Puede una Administración cumplir con los objetivos de estabilidad presupuestaria, pero incumplir los límites de deuda? A la vista de la situación actual de endeudamiento autonómico y, en menor medida, local, la respuesta ha de ser afirmativa.** Aunque tengamos que recurrir a la casuística, dado el contenido de la LOEPSF, hay que señalar lo siguiente: un primer mecanismo consiste en autorizar únicamente operaciones de tesorería cuando el volumen de endeudamiento permitido a cada Administración supere el 95% del total previsto en la LOEPSF. Medida que se aplicará a todas las Administraciones públicas, incluido el Estado, aunque lógicamente la articulación sobre este solo podría llevarse a cabo a través de la ley autorizante de la emisión, de tal manera que (es una utopía), teóricamente, cabría impugnar ante el TC, dicha ley, si el endeudamiento no se destina a dichas operaciones de tesorería, lo cual a su vez plantea problemas de detección del destino del ingreso derivado de la emisión, en los que no vamos a entrar, dado el principio de no afectación. No obstante, como hemos dicho, **la imposición de la medida al Estado es utópica, porque el art. 19 solo advierte del riesgo de incumplimiento en el caso de Comunidades Autónomas y entidades locales.** De forma más clara, el art. 21 establece **unas confusas medidas de corrección automática**, en cuya virtud si el Gobierno advierte incumplimiento de los objetivos de endeudamiento (o de estabilidad presupuestaria), todas las operaciones

crediticias de las Comunidades Autónomas precisarán autorización del Estado (salvo determinados supuestos), mientras que, en el caso de las Corporaciones Locales, las operaciones de deuda pública a largo plazo de aquellas necesitarán autorización del Estado (o de la Comunidad Autónoma, en su caso). La distinción entre Comunidades Autónomas y entidades locales puede tener sentido por relación a su normativa específica, pero debemos recordar que, al hablar de la **instrumentación del principio de sostenibilidad financiera**, el art. 13 de la Ley Orgánica ya había previsto que los mecanismos de autorización a los entes infraordenados al Estado **habrían de tener presente el cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria y de deuda pública.** Por otro lado, tanto Comunidades Autónomas como entidades locales están obligadas a presentar planes económico-financieros **en caso de incumplimiento de los objetivos de estabilidad y de sostenibilidad y planes de reequilibrio en el supuesto de incumplimiento del primero de los objetivos.** Con lo cual, y puesto que no se trata de reproducir e introducirnos en la legislación de desarrollo del art. 135 de la CE, hay que sentar, *prima facie*, **que son de aplicación las medidas preventivas y correctivas en caso de incumplimiento de los objetivos de endeudamiento.** Pero debemos tener en cuenta que, en muchas ocasiones, **el Estado ha estado concediendo autorizaciones para emitir deuda pública a las Comunidades Autónomas, a sabiendas que incumplían el valor de referencia y las desviaciones contenidas en la propia LOEPSF**, con lo cual hay un curioso reparto de responsabilidades del cual escapa el propio Estado. En todo caso, la cuestión más peliaguda es la posibilidad de imposición o no de medidas coercitivas y si estas encuentran encaje en los «mecanismos» de cumplimiento de los límites de deuda. Pues bien, las medidas coercitivas son de aplicación, *ex art. 25* de la LOEPSF, «en caso de falta de presentación, de falta de aprobación o de incumplimiento del plan económico-financiero o del plan de reequilibrio, en cuyo caso, se impone, como

medida, la no autorización de ninguna operación de crédito, amén que la Administración correspondiente no tendrá acceso a los mecanismos de financiación previstos en esta Ley hasta que dichas medidas hayan sido implementadas». No obstante, las **medidas de cumplimiento forzoso**, que tanto debate han suscitado al hilo de los arts. 135.5 y 155 de la CE, en relación con el art. 26 de la LOEPSF, **no son parcialmente aplicables a los entes territoriales infraordenados al Estado en caso de incumplimiento de los objetivos de endeudamiento, si bien esta afirmación rotunda requiere, como casi todo en Derecho, alguna matización.** En el caso de las Comunidades Autónomas podemos defender, sin dudar, esta posición, porque la misma se deriva de la lectura *sensu contrario* del citado precepto de la LOEPSF (en contra de lo que opinan algunos autores —GARCÍA ROCA y MARTÍNEZ LAGO— la disposición adicional primera de la LOEPSF no parifica a ambos entes territoriales, ya que se refiere a un supuesto distinto, en el que no podemos profundizar, cuál es el acogimiento a **mecanismos adicionales y voluntarios** de financiación). En el caso de las Corporaciones locales, curiosamente, el asunto no queda tan claro, sino más bien lo contrario, ya que el art. 26.3, referido exclusivamente a estas, señala que «La persistencia en el incumplimiento de alguna de las obligaciones (...), cuando suponga un incumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria, **del objetivo de deuda pública**» (la negrita es nuestra), etc., habilita al Estado (**no le obliga**) para proceder a la disolución de los órganos de gobierno de la entidad local. **No entendemos, por tanto, el diferente trato que parece dispensarse, en materia de responsabilidades por incumplimiento de los objetivos de endeudamiento público, a Comunidades Autónomas y Corporaciones locales; mientras que en el caso de las primeras dicha conducta no permitirá habilitar el mecanismo del art. 155 de la CE, en el caso de las entidades locales sí puede procederse a la disolución de los órganos de gobierno.** A nuestro juicio, y para no

alargar en exceso nuestros comentarios, **la disposición adicional única de la reforma constitucional no permite la adopción de medidas de cumplimiento forzoso al Estado en caso de incumplimiento de los objetivos de endeudamiento público, ni siquiera en el supuesto de que estos se encuentren bajo el paraguas de la LOEPSF, que estimamos inconstitucional en este punto.** Pero ya hay dos cuestiones finales en las que debemos detenernos: a) no se entiende, como hemos dicho, la diferencia de trato entre Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales, siendo estas, en teoría, las más perjudicadas, ya que sobre las primeras no recaería ninguna responsabilidad; b) el asunto del incumplimiento de los objetivos de endeudamiento queda saldado, sin necesidad de recurrir a estos extremos, con los mecanismos de corrección automática, en cuya virtud el incumplimiento de la sostenibilidad financiera habilita al Estado para denegar autorizaciones de emisión de deuda pública a las Comunidades Autónomas y a las entidades locales, con lo cual el supuesto que trata de regular el art. 26 de la Ley Orgánica sería imposible que se produjera si el Estado cumpliera, *ex ante*, con los mecanismos que tiene para impedir la persistencia o reiteración en el incumplimiento. **Es la defectuosa reforma constitucional la que propicia esta confusión, cuando diferencia, a la hora de habilitar a la ley orgánica de desarrollo del art. 135, entre responsabilidad por incumplimiento de la estabilidad presupuestaria y responsabilidad por la no adopción de mecanismos que permitan cumplir el límite de deuda. Que la reforma constitucional adolezca de deficiencias técnicas no significa que sus defectos hayan de trasladarse a la Ley 2/2012, que tiene la innegable virtud de empeorar el ya de por sí defectuoso art. 135 de la CE en materia de deuda pública e instrumentos de control.**

Siendo este el contenido mínimo deducible de la CE, **mucho nos tememos que la LOEPSF se haya excedido en sus funciones, lo que,**

en principio, no sería inconstitucional, siempre y cuando, cosa que no hace, hubiera señalado qué preceptos no tienen la naturaleza de ley orgánica, por un lado, y hubiera señalado los títulos competenciales en que se basa, por otro, sin que sea suficiente, porque no constituye un título competencial, el propio art. 135, que es la única remisión que efectúa.

Y, cabe recordar que, conforme la jurisprudencia del TC, **la reserva de ley orgánica tiene un contenido estricto o restrictivo.** Este contenido, referido específicamente a la LOEPSF, ha sido perfilado por las SSTC 215/2014, de 18 de diciembre, y 41/2016, de 4 de marzo. Para el TC, «no cabe un entendimiento expansivo en cuya virtud cualesquiera medidas destinadas al ahorro en el gasto público, al manejo eficiente de los recursos públicos o a la racionalización de las estructuras administrativas queden reservadas a la ley orgánica por el solo dato de que sirvan en última instancia a fines de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. El sistema constitucional obliga a interpretar que todos los niveles de gobierno deben adoptar medidas de ese tipo en el marco de sus competencias respectivas, en general, y que el Estado puede utilizar al efecto la legislación ordinaria, en particular».

Así, por ejemplo, en la primera de las sentencias citadas, **el TC considera que, entre las materias reservadas a ley orgánica por el art. 135 de la CE, no se encuentra la determinación de la regla de gasto contenida en el art. 12 de la LOEPSF.** No obstante, el TC considera que al no ser la regla de gasto uno de los contenidos reservados a la ley orgánica por el art. 135 CE, la remisión a la metodología de la Comisión no produce ningún vaciamiento. Hubiera sido deseable que el TC, en su curiosa y discutida sentencia (véanse los votos particulares), hubiera, por lo menos, señalado qué preceptos impugnados no tienen naturaleza de ley orgánica y, por tanto, pueden modificarse mediante el procedimiento previsto para las leyes ordinarias.

Otro punto polémico es la inclusión de la denominada «deuda comercial» dentro del concepto de deuda pública, cosa que se llevó a cabo no en la primitiva redacción de la LOEPSF, sino en la modificación de la misma, operada mediante la Ley Orgánica 9/2013, de 20 de diciembre. La cuestión (amén de sus connotaciones europeas sobre el concepto de deuda a efectos del valor de referencia en el TFUE y en el Protocolo núm. 12, en las que no vamos a entrar, aunque creemos que la modificación incumple la normativa europea) se solventa en la STC 101/2016, de 25 de mayo. Esta, sin embargo, evita entrar en el fondo del asunto (la subsunción o no de esta materia en la ley orgánica del art. 135 de la CE, que es lo que reprocha el voto particular) y resuelve el tema afirmando que la regulación de esta materia está comprendida en la reserva de ley orgánica del art. 157.3 CE, en cuanto afecta a las relaciones financieras Estado-Comunidades Autónomas.

La perplejidad de la solución es evidente, pero no incidiremos en ella. Si las reservas de leyes orgánicas contempladas en la CE son individuales y no intercambiables o fungibles, cabe preguntarse, como en el caso que nos ocupa, si una materia puede regularse en la ley de desarrollo del art. 135 de la CE cuando el propio TC no encuentra en ella basamento (o lo silencia) y recurre a otro precepto habilitante de ley orgánica contenido en la CE.

VIII. LA APLICACIÓN DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL A LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

El último apartado del art. 135 de la CE es perfectamente superfluo, aunque esta afirmación apodíctica requiera, como es lógico, matizaciones. Aunque el debate parlamentario fuera muy parco, del mismo cabe extraer que, por ejemplo, el Senador Molás señalara que, tras la STC 134/2011, de 20 de julio, «la novedad consiste en que se incorpora a la Constitución algo que ya existe».

Incluso en el supuesto que se considerase necesario, está redactado de forma insuficiente, porque **deja fuera el principio de limitación al endeudamiento público o, por utilizar la expresión de la LOEPFS, el principio de sostenibilidad financiera.** En efecto, si lo que pretendía la reforma de la CE es que el principio de estabilidad presupuestaria se extendiese a todas las Administraciones públicas, dicha pretensión se desprende del art. 135.1, reforzado por el art. 1 de la Ley de desarrollo, que se integra en el bloque de la constitucionalidad financiera, siendo ambos de aplicación al sector público en su totalidad. En efecto, según se desprende de este último, el objeto de la ley es «el establecimiento de los principios rectores, que vinculan a todos los poderes públicos, a los que deberá adecuarse la política presupuestaria del sector público orientada a la estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad financiera». Con lo cual, si el bloque de la constitucionalidad vincula a todos los poderes públicos, incluidas las Comunidades Autónomas, no se entiende muy bien la admonición para que estas adopten unas medidas cuya omisión no supondría sino la aplicación directa de la normativa estatal. Por otro lado, si se quiere mantener el precepto constitucional, lo lógico **hubiera sido que se incorporase al mismo no solo el respeto al principio de estabilidad presupuestaria, sino el respeto a los valores de referencia de la deuda pública** (o principio de **sostenibilidad financiera**, el cual no es citado, con ese nombre, por la CE). Si lo que se pretende es que todas las Administraciones públicas actúen conforme a la estabilidad, bien podría haberse hecho referencia a las Corporaciones locales, sin que nos sirva de excusa (pensar sobre hipótesis es difícil toda vez que, como hemos reiterado, nada se desprende de la exposición de motivos de la reforma constitucional, sobre las razones del art. 135.6) el hecho de que la regulación legislativa de su normativa presupuestaria corresponda, básicamente, al Estado. Hay que tener en cuenta que el precepto en cuestión no solo se refiere a la normativa,

legal o reglamentaria, de las Comunidades Autónomas, sino también a los actos no normativos de contenido singular en materia presupuestaria, ya que, como cabe deducir de una lectura literal del precepto, la extensión del principio de estabilidad presupuestaria a las Comunidades Autónomas se extiende no solo a sus normas, sino también a sus **decisiones presupuestarias.** Pues bien, si queremos reiterar y solemnizar una obviedad, **el precepto no constituye sino un mero adorno carente de relevancia normativa** (y no es un oxímoron), cuyo mandato podría obtenerse mediante una lectura sistemática del art. 135 en su totalidad. **Hasta donde alcanza nuestro conocimiento, ninguna Comunidad Autónoma ha sido llevada ante el TC por no adaptar su normativa (otra cosa son sus decisiones presupuestarias) a las previsiones del ap. 6 de dicho precepto.**

Y si se quiere incidir no en las normas sino también las decisiones, no hubiera sobrado alguna referencia a las Corporaciones Locales (el efecto práctico hubiera sido el mismo).

Como todo el comentario sobre este precepto ha de partir de especulaciones sobre el motivo de su inclusión en la reforma del art. 135 de la CE, quizá se haya partido de una posible impugnación, en caso de omisión, de los principios contenidos en el citado precepto por parte de las Comunidades Autónomas, o quizá se haya partido de una *vexata quaestio*, derivada de la inicial jurisprudencia del TC sobre el art. 134.7 de la CE. Pero en todo caso, se trata de prejuicios o prevenções absolutamente descartables, en un caso, por la rotundidad, reiteramos, del art. 135.1 de la CE y, en otro, porque el TC tenía suficiente doctrina como para sentar que los principios sobre estabilidad presupuestaria de la vetusta legislación de 2001 y, ahora la de 2012, eran aplicables a las Comunidades Autónomas, sin que la CE nos lo recuerde. ¿Existe, y quiere salvarse, una contradicción constitucional entre la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas y la estabili-

dad presupuestaria? Creemos que la respuesta ha de ser negativa, como demuestra la jurisprudencia del TC *ex post* la reforma constitucional. Pero es que, además, y perdón por la reiteración, **si se quiere mantener el precepto, habría de reformarse para señalar que dichas Comunidades no solo han de ajustar su política presupuestaria a la estabilidad, sino también al cumplimiento de los objetivos de endeudamiento**, en especial si tenemos en cuenta que, salvo excepciones, la estabilidad —impuesta por el Estado— se viene cumpliendo por estas, cosa que no sucede con los objetivos de endeudamiento. Posiblemente, la inclusión del precepto se deba a una mala lectura del art. 109 de la Ley Fundamental de Bonn, donde sí tiene sentido porque el principio opera conjuntamente para el Estado federal y los *Länder*, pero **en nuestro sistema, o se completa, o se reforma o se suprime**. Y una prueba de la inocuidad del precepto, en relación con sus destinatarios, es el hecho de que la mayoría de las Comunidades Autónomas no hayan reformado sus normas básicas en materia presupuestaria (Leyes de Hacienda pública o similares denominaciones) para incluir preceptos que, en su mayoría, no hubieran hecho sino reproducir lo dispuesto en la CE y/o en la LOEPSF. De hecho, y no lo vamos a hacer en esta sede, habría que comprobar la pluralidad de soluciones que ofrecen las Comunidades Autónomas, por ejemplo, en orden a los acuerdos de no disponibilidad presupuestaria cuando estos son necesarios para cumplir la estabilidad. Solo en contadas ocasiones esta cuestión se ha incorporado a la norma codificadora básica de Derecho presupuestario, y aun en aquellos supuestos en que así se ha producido el resultado es obvio: la réplica de los principios estatales. Sirva de ejemplo, el reformado (en 2014) art. 36 de la Ley de la Hacienda Pública Canaria, que se limita a señalar que «Los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias se presentarán y aprobarán atendiendo al cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria, en los términos

establecidos en la legislación estatal». En el caso del precepto autonómico, modificado tras la reforma constitucional, la cuestión consiste en determinar cuál es la novedad aportada, que no se deduzca de la CE y de la LOEPSF. Y la misma norma canaria, en materia de deuda pública, igualmente modificada en 2014, se limita a señalar en su art. 90 que «La Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias, **de acuerdo con la normativa aplicable en materia de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera** [la negrita es nuestra], establecerá para cada ejercicio presupuestario el importe máximo autorizado de las operaciones financieras que impliquen creación de deuda». Si los preceptos autonómicos, elegidos al azar, no aportan nada que no supiéramos y que se deduce de la CE y de la ley de desarrollo, lo mejor es, como han hecho la mayoría de las Comunidades, dejar intacta su legislación presupuestaria **o introducir preceptos de este calado que nada aportan como novedad** (y hemos elegido conscientemente uno en materia de estabilidad y otro en materia de deuda pública) y que no suponen sino reconocen la sumisión de su autonomía presupuestaria (no confundir con autonomía de gasto) a las disposiciones constitucionales.

IX. LA REFORMA DEL ARTÍCULO 135: ¿ALTERACIÓN DE LAS COMPETENCIAS FINANCIERAS DE LOS ENTES TERRITORIALES Y CREACIÓN DE UN NUEVO TÍTULO COMPETENCIAL A FAVOR DEL ESTADO?

Si bien el tema con el cual cerramos este comentario podría haber sido insertado al tratar de determinados apartados del art. 135 de la CE, hemos querido dedicar un epígrafe independiente a la posible incidencia del art. 135 de la CE en la alteración de las competencias de las Comunidades Autónomas y en la posibilidad de que, bajo su manto, se haya creado un nuevo título competencial a favor del Esta-

do (cosa que hemos negado sobre la base de la doctrina del TC), con incidencia en aquellas. Quizá la sistemática pueda ser errada, pero, por razones de claridad, hemos optado por la misma, sin perjuicio de que algún comentario haya sido deslizado o avanzado en otros apartados.

Bajo estas perspectivas, no faltan quienes opinen que, en relación con las Comunidades Autónomas, el art. 135 ha introducido un «momento represivo» (MEDINA GUERRERO), **de tal manera que no se trata de reconocer un nuevo título competencial al Estado, sino que la reforma constitucional ha tratado de suplir omisiones constitucionales que impedían que el Estado impusiera su poder coercitivo en materia de estabilidad presupuestaria a las Comunidades Autónomas.** Aunque considera que, incluso el art. 26 de la LOEPSF, es plenamente constitucional, hay que hacer referencia al dictamen del Consejo de Garantías Estatutarias de Catalunya núm. 8/2012, de 2 de julio, si bien considera que el **art. 135.5 de la CE otorga el Estado un plus de actuación que antes no existía, cosa de la que discrepamos.**

En todo caso, priman las opiniones contrarias. Por todos, ALBERTI ROVIRA, quien considera que el **art. 135 supone, simplemente, la constitucionalización de una regla que, antes, no se recogía en la norma suprema, pero que ello no ha supuesto variación alguna en el modelo de distribución del poder territorial en España,** es decir, no reconoce al Estado nuevas competencias que no tuviera y que le fueron reconocidas por la STC 134/2011, de 20 de julio. No obstante, antes de la reforma, el TC había reconocido al Estado capacidad para establecer la estabilidad presupuestaria de las Comunidades Autónomas en base a los arts. 149.1.11.^a, 13.^a, 14.^a y 18.^a, con un límite. Sin embargo, la citada STC impuso claramente un límite al Estado, en cuya virtud este no podría sustituir a la Comunidad Autónoma en la adopción de las medidas necesarias para el cumpli-

miento del principio de estabilidad, de tal manera que **la autonomía financiera no queda vulnerada por el citado principio, pero sí por el hecho de que el Estado estableciese las medidas, en defecto de actuación autonómica, para el cumplimiento de los objetivos.**

Cabe citar, sin profundizar en el mismo, el Dictamen del Consejo de Estado núm. 164/2012, sobre el Anteproyecto de LOEPSF, que sostenía que el art. 135 de la CE fundamentaría la competencia del Estado para dictar la citada Ley, **lo cual es una obviedad innecesaria, amén de ostentar competencias ex art. 149.1 de la CE.** Sin embargo, la discutible STC 215/2014, de 18 de diciembre señaló que «aun siendo cierto que **la reserva de ley orgánica prevista en el art. 135 CE en materia de estabilidad presupuestaria no puede entenderse, en puridad como un título competencial habilitante a favor del Estado,** aunque solo es el Estado quien puede dictar esta forma de leyes, también lo es que la fijación del alcance de la reserva de ley orgánica ‘debe cohererarse con el contenido de los preceptos del llamado bloque de la constitucionalidad que distribuyen las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas’. De esta manera, el Estado **es el competente para regular la materia relativa a la estabilidad presupuestaria ex art. 149.1, aps. 11, 13, 14 y 18, CE,** salvo en aquellos aspectos cuyo conocimiento le ha sido atribuido a las instituciones de la Unión Europea con fundamento en el art. 93 CE» (las negritas son nuestras). En consecuencia, **el art. 135 no constituye un nuevo título habilitante a favor del Estado para dictar normas sobre estabilidad presupuestaria, ni una ampliación de los que se desprenden del art. 149.** Aunque ya había sido atisbado en doctrina previa (STC 173/1998, de 23 de julio, por ejemplo), podemos afirmar con DE LA QUADRA SALCEDO JANINI que «la reserva general a la ley orgánica del art. 81.1 CE, o la reserva más específica a la ley orgánica del art. 135 CE, y las reglas de atribución competencial

tienen una naturaleza distinta, pues las reservas establecidas por los primeros preceptos son, en rigor, normas del sistema de fuentes y es posible entender que las cláusulas competenciales de la Constitución han de predeterminar el contenido de la ley orgánica y no a la inversa, pues, de lo contrario, se estaría afectando a la unidad sistemática del orden constitucional». **Ello implica que el título competencial invocado por la LOEPSF sería incorrecto, al confundir reserva de ley orgánica y título competencial, si bien en este punto se siguió el erróneo dictamen del Consejo de Estado.**

El hecho de que el art. 135 no suponga un nuevo título competencial **implica que no pueden, en aras de la estabilidad presupuestaria, alterarse las competencias de las Comunidades Autónomas (ni de las Corporaciones locales, aunque en el caso de estas la legislación básica corresponde al Estado)**, es decir, que **una medida cuya adopción no corresponde al Estado no puede ser impuesta a los entes territoriales bajo el manto protector del cumplimiento de la estabilidad presupuestaria.** En este sentido, «las medidas estatales que hayan de adoptarse para conseguir la finalidad de contención del gasto público deberán ser encuadradas en función, no de su finalidad, sino de su concreto contenido material» (STC 26/2016, de 18 de febrero).

La reforma del art. 135 CE no supone, por tanto, una presunta ampliación de las competencias estatales anteriores a la reforma constitucional de 2011, algo sostenible si se observa el mantenimiento en la doctrina posterior del TC en torno a la interpretación de los límites que pesan sobre la capacidad estatal a la hora de condicionar las decisiones y las actuaciones de las Comunidades Autónomas. En la ya citada STC 215/2014, el TC, a la hora de enjuiciar el art. 25.2 de la LOEPSF (presentación de medidas por una comisión de expertos que «serán de obliga-

do cumplimiento para la Comunidad Autónoma) señala que el precepto es constitucional, pero en una interpretación distinta de la literal, ya que la facultad de proponer solo puede ser entendida a fin de que [la Comunidad Autónoma] remedie el incumplimiento detectado mediante el ejercicio de las competencias que le son propias, sin que genere, en caso de no ser atendido por la Comunidad Autónoma, una actuación subsidiaria del Estado, pues ello implicaría una forma de control sobre la actuación de la Administración autonómica, además de no prevista constitucionalmente, incompatible con el principio de autonomía y con la esfera competencial de esta». El citado art. 25.2, en fin, «no significa (DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI), para la Comunidad incumplidora, que, por la sola autoridad de la Comisión de Expertos actuando en nombre del Gobierno se puedan ejecutar tales medidas, pues ello sería inconstitucional. Para el Tribunal, las medidas propuestas por la Comisión de Expertos a la Comunidad Autónoma no le impiden a esta, en ningún momento, adoptar las medidas de reducción del gasto que considere oportunas en el ejercicio de las competencias que le son propias. Se trataría, por tanto, de una propuesta de medidas que, a pesar de que el precepto establezca que son de obligado cumplimiento para la administración incumplidora, no serían vinculantes para ella que puede adoptar las medidas de reducción que considere oportunas».

Por razones de extensión, no podemos entrar en los votos particulares, cuya lectura, sin embargo, recomendamos. La única sustitución posible de la competencia de una Comunidad Autónoma por incumplimiento de sus obligaciones (el objetivo de estabilidad) sería, tal y como dispone el art. 26 LOEPSF, la prevista en el propio art. 155 CE, de forma que la interpretación que, muy discutida, realiza el TC de los principios de autonomía política y financiera parece que excluiría «los “sucedáneos” de sustitución como el aparentemente previsto en el art. 25.2 LOEPSF» (DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI).

BIBLIOGRAFÍA

ALBERTI ROVIRA, E., «La reforma del artículo 135 de la CE», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 69, 2011.

CANO BUESO, J., «Dudas y certezas de la reforma constitucional española de 2011», *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 15, 2011.

CORDERO, E., «La reforma de la Constitución financiera alemana. En particular, el nuevo límite al endeudamiento de la Federación y los Länder», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 26, 2012.

DE LA HUCHA CELADOR, F., «El principio de inclusión presupuestaria automática: acotaciones al art. 135.2 de la Constitución», *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 63, 1989.

- «La nueva era de la deuda pública en España: aspectos jurídicos», *Perspectivas del Sistema Financiero Español*, núm. 46, 1994.
- «La Deuda Pública: un análisis jurídico de su evolución desde la Constitución de 1978», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 25, 2005.
- «La deuda pública en la Ley General Presupuestaria», *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 134, 2007.
- «La reforma del artículo 135 de la Constitución: estabilidad presupuestaria y deuda pública», *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 153, 2012.
- «La deuda pública como recurso financiero en los distintos niveles de gobierno y sus limitaciones. El control del endeudamiento de las Administraciones públicas», *Crónica Presupuestaria*, núm. 1, 2013.

DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T., «La incidencia de la reforma del artículo 135 de la Constitución sobre el Estado Autonómico», en *Informe Comunidades Autónomas*, 2017.

ESPARZA OROZ, M., «El nuevo marco de la estabilidad presupuestaria en España», *Asamblea. Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 26, 2012.

GARCÍA ANDRADE, J., «La reforma del artículo 135 CE», *Revista de Administración Pública*, núm. 187, 2012.

GARCÍA ROCA, J., «El principio de estabilidad presupuestaria y la consagración constitucional del freno al endeudamiento», *Crónica Presupuestaria*, núm. 1, 2013.

GARCÍA ROCA, J. y MARTÍNEZ LAGO, M. A., *Estabilidad presupuestaria y consagración del freno constitucional al endeudamiento*, Civitas, 2013.

- «La repentina constitucionalidad de la Ley de Estabilidad Presupuestaria según la STC 215/2014, de 18 de diciembre», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 54, 2015.

MARTÍN QUERALT, J. *et alii*, *Curso de Derecho Financiero*, Tecnos, 2017.

MARTÍNEZ LAGO, M. A., «La Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera; Naturaleza, función y principios generales. Instrumentación de las reglas numéricas», *Crónica Presupuestaria*, núm. 1, 2013.

MEDINA GUERRERO, M., «El Estado autonómico en tiempos de disciplina fiscal», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 98, 2013.

— «La constitucionalización de la regla del equilibrio presupuestario: integración europea, centralización estatal», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 165, 2014.

ORÓN MORATAL, G., «El control del equilibrio presupuestario en los distintos niveles de gobierno», *Crónica Presupuestaria*, núm. 1, 2013.

RODRÍGUEZ BERELJO, A., «La reforma constitucional del artículo 135 CE y la crisis financiera del Estado», *Otrosí*, núm. 11, 2012.

RUIZ ALMENDRAL, V., «Estabilidad presupuestaria y reforma constitucional», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 41, 2012.

Artículo 136

1. El Tribunal de Cuentas es el supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica de Estado, así como del sector público.

Dependerá directamente de las Cortes Generales y ejercerá sus funciones por delegación de ellas en el examen y comprobación de la Cuenta General del Estado.

2. Las cuentas del Estado y del sector público estatal se rendirán al Tribunal de Cuentas y serán censuradas por este.

El Tribunal de Cuentas, sin perjuicio de su propia jurisdicción, remitirá a las Cortes Generales un informe anual en el que, cuando proceda, comunicará las infracciones o responsabilidades en que, a su juicio, se hubiere incurrido.

3. Los miembros del Tribunal de Cuentas gozarán de la misma independencia e inamovilidad y estarán sometidos a las mismas incompatibilidades que los Jueces.

4. Una ley orgánica regulará la composición, organización y funciones del Tribunal de Cuentas.

Sumario: I. Introducción. II. Referencias constitucionales al Tribunal de Cuentas. III. Funciones del Tribunal de Cuentas. IV. Ámbito de actuación del Tribunal de Cuentas. V. La creación de los órganos de control externo de las Comunidades Autónomas. VI. Síntesis de la actividad desarrollada por el Tribunal de Cuentas. VII. Actuaciones del Tribunal de Cuentas en el ámbito internacional. VIII. El cumplimiento del principio de transparencia. IX. Consideraciones finales.

MANUEL NÚÑEZ PÉREZ
DIPUTADO CONSTITUYENTE
PRESIDENTE EMÉRITO DEL TRIBUNAL DE CUENTAS

I. INTRODUCCIÓN

La invitación que he recibido para participar en la conmemoración del 40 Aniversario de la Constitución Española reaviva la memoria de una apasionante tarea que tuve el privilegio de compartir —como diputado por León— con todos los parlamentarios constituyentes. Aquellos parlamentarios y los que hoy nos representan en las Cortes y en todas las instituciones democráticas son herederos de los que en nuestra larga Historia Constitucional nos precedieron y que supieron servir a España dando prestigio, progreso y honor a esta tierra.

Historia constitucional que empieza pocos años después que el Alcalde de Móstoles leyera la famosísima y **ejemplar proclama** que dictó Juan PÉREZ VILLAMIL Y PAREDES, licenciado y Doctor en Derecho por la Universidad de Oviedo.

Estamos en 1808, faltaban solo cuatro años para que se aprobase la Constitución de 1812 y en esa proclama latían ya ideas germinales del constitucionalismo hispánico, como son la soberanía popular, nación y representación.

Y estas ideas se reflejan en todos los discursos pronunciados durante los debates de la Constitución de 1812, entre los que destaca el pronunciado por el diputado ARGÜELLES. De este discurso interesa destacar dos ideas centrales que tienen que ver con dos principios fundamentales que latén y dar vida a la Constitución: la libertad individual y la división de poderes de MONTESQUIEU.

Respecto al primero, ARGÜELLES afirmó que «El verdadero fomento consiste en proteger la libertad individual en el ejercicio de las facultades físicas y morales de cada particular según sus necesidades o inclinaciones».

Y respecto del segundo, hace derivar, entre otras, la institución del **control externo** al que ARGÜELLES se refiere, con palabras a las que más tarde aludiré.

Pero, dando saltos vertiginosos en la Historia de España, citando solamente, pero sin desmerecerlas, a las distintas Constituciones que España ha tenido, las de 1837, 1845, 1869 y 1931, llegamos a la Constitución de 1978, la llamada «Constitución de la Concordia», que bebe, insisto, de las mismas fuentes fundamentales: la libertad y la división de poderes para alumbrar preceptos como los que a continuación comentaremos, que conservan toda su vigencia y utilidad.

II. REFERENCIAS CONSTITUCIONALES AL TRIBUNAL DE CUENTAS

La inclusión de la institución del Tribunal de Cuentas en la Constitución de 1978 supuso, pues, salir al encuentro de las esencias del moderno constitucionalismo. En el núcleo de toda Constitución latén dos ideas básicas: la del reconocimiento de una carta de derechos fundamentales a los ciudadanos y la de establecer un sistema de limitación del ejercicio de los poderes públicos. El art. 16 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789 proclamó «Toda sociedad en la cual no esté asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de poderes no tiene Constitución». No basta con reconocer derechos y proclamar la limitación de los poderes públicos para atribuir a un determinado Estado el atributo de constitucional, sino que resulta necesario arbitrar los medios necesarios para garantizar la efectividad de esas aspiraciones. Al servicio de dicha garantía aparece la «función de control». Así, la creación de Tribunales de Justicia independientes sirve al propósito de controlar la efectividad de los derechos de los ciudadanos y la realidad del sometimiento de los poderes públicos a la Ley y al Derecho.

Nuestro vigente texto constitucional recoge en su Título Primero los derechos y deberes fundamentales y, dentro del mismo, la Sección Segunda del Capítulo II, bajo la rúbrica «De los derechos y deberes de los ciudadanos», el art. 31 establece el deber de estos de

contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, al tiempo que proclama que «El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía». Ello supone que, recíprocamente a dicho deber, existe el derecho del ciudadano a que su esfuerzo final se gestione de una manera equitativa y eficiente. Al servicio de la garantía de este derecho aparecen inevitablemente instituciones como el Tribunal de Cuentas, con la función de controlar la efectividad del mencionado derecho, configurado en el art. 136 del texto constitucional como el supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado, así como del sector público.

Dado el contenido de la actividad objeto de control por el Tribunal de Cuentas, constituido por decisiones de naturaleza económica y financiera en las que con mucha frecuencia se halla presente la incertidumbre y lo impredecible de los resultados, el legislador constitucional no podía atribuir exclusiva naturaleza judicial a la función de control de dicho Tribunal, pues la certeza en la declaración del derecho es consustancial a la seguridad jurídica que ha de reinar en un Estado constitucional; tampoco podía configurarlo como un control político, para evitar que planteamientos ideológicos pudieran distorsionar una prudente y deseable objetiva valoración de las mencionadas decisiones económico-financieras. Por ello, **el legislador constituyente optó por configurar al control ejercido por el Tribunal de Cuentas como un control «técnico»**, encajando dicho Tribunal en el conjunto de las instituciones del Estado como el órgano experto en la valoración de la gestión de los fondos públicos y capaz, en su condición de especialista, de ofrecer un informe pericial sobre las decisiones sobre el ingreso y el gasto público.

La importancia de esta atribución competencial en el propio texto constitucional es que permite reconocer al Tribunal autonomía en su ejercicio, sin necesidad de impulsos ni con-

dicionantes externos, con independencia de su remisión a su normativa específica para precisar en la misma la organización y los procedimientos para el desarrollo de las funciones asignadas, como en el mismo art. 136 de la Constitución se efectúa. De hecho, en el art. 5 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, se establece que este desarrollará sus funciones con plena autonomía y sometimiento al ordenamiento jurídico.

La verdadera **relevancia del Tribunal de Cuentas** como Órgano garante de la adecuada utilización de los recursos públicos viene reconocida, como antes hemos señalado, con el advenimiento del Estado constitucional. Todos los **antecedentes** que los estudiosos de la historia de esta Institución tienen en cuenta, se remontan al reinado de Sancho IV el Bravo, Rey de Castilla y León, y a las Ordenanzas dictadas en 1436 y 1442 por el Rey Juan II de Castilla (la primera, de 2 de julio, no solo organiza la Contaduría Mayor de Cuentas, sino que también enjuicia la legalidad de los ingresos y pagos y declara las responsabilidades que de tales pudieran derivarse; la segunda, de 30 de septiembre de 1442, va encaminada a la contención del gasto público y apunta a una moralización de la gestión de la Hacienda Real), por las que creó y reguló la Contaduría Mayor de Cuentas, precedente histórico-normativo generalmente aceptado como origen del Tribunal de Cuentas. Estas Ordenanzas fueron ampliadas por los Reyes Católicos y más tarde por Carlos I en 1554 y por Felipe II, durante cuyo reinado la Contaduría Mayor de Cuentas queda integrada en el Consejo de Hacienda, cuyo Tribunal de Oidores tienen competencia para resolver los asuntos contenciosos y judiciales. Todos estos antecedentes y los que siguieron a lo largo de la Historia, no son sino manifestaciones de la importante raigambre histórica de las instituciones de control en España y del notable papel que desarrollaron, como cabe deducir de su regulación normativa y de las funciones atribuidas, si bien dentro del marco propio de ese momento histórico, restringido a la Administración Real.

La primera referencia constitucional al control externo se encuentra en la Constitución de Cádiz de 1812. Esta referencia constitucional, expresa al Tribunal de Cuentas, permite recordar de nuevo la relevancia atribuida al control externo en nuestra primera Constitución, en cuya elaboración intervinieron de forma definitiva Agustín ARGÜELLES, al que debo citar de nuevo para señalar que de la división de poderes de MONTESQUIEU hace derivar la institución del control externo, a la cual se refiere ARGÜELLES con estas palabras «La tesorería mayor por su parte, intervenida con las cuentas generales por las contadurías de valores y de distribución, las presentará para su examen a la Contaduría Mayor de Cuentas, sin cuya formalidad no merecerán fe alguna en las Cortes. Aprobada por las Cortes la cuenta general de tesorería mayor, en que han de comprenderse el rendimiento anual de todas las contribuciones y su inversión, se imprimirá y publicará para que la Nación se entere por sí misma del mérito y extensión de sus sacrificios, de su utilidad y necesidad».

Esa Contaduría Mayor de Cuentas la recoge el art. 350 de la Constitución de 1812, cuya regulación posterior se caracterizó por establecer su sometimiento y dependencia del Poder Ejecutivo. Sin embargo, las Constituciones de 1837 y de 1845 no incluyeron referencia expresa alguna a esta institución, siendo la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas de 1851 la que otorgaría a la Institución la denominación actualmente utilizada, definiendo al Tribunal de Cuentas como la más importante de las jurisdicciones administrativas y especiales. Por su parte, la Constitución de 1869 reservó a las Cortes la facultad de nombrar y separar a los ministros del Tribunal, línea que mantuvo la Ley Orgánica de 1870. Con la Restauración, la Ley de 1877 supuso una vuelta a la dependencia del Ejecutivo, que perduraría hasta la Constitución republicana de 1931. Durante la Dictadura, una Ley de 1953 sobre Organización, Funciones y Procedimientos del Tribunal de Cuentas del Reino supuso una vuelta a la situación anterior, reservando al Jefe del

Estado el nombramiento de su Presidente, tras la propuesta de una terna designada por el Consejo del Reino; y al Ministro de Hacienda de los Ministros que, junto con el Presidente, conformaban el Pleno.

Por su parte, la vigente Constitución Española de 1978 completa las ya citadas alusiones al Tribunal en su art. 136, indicando que **dependerá directamente de las Cortes Generales y ejercerá sus funciones por delegación de ellas** en el examen y comprobación de la Cuenta General del Estado. Asimismo, se dispone que el Tribunal de Cuentas, sin perjuicio de su propia jurisdicción, ha de remitir a las Cortes Generales un informe anual en el que, cuando proceda, se comunicarán las infracciones o responsabilidades en que, a su juicio, se hubiere incurrido. En cuanto a los miembros del Tribunal, se establece que gozarán de la misma independencia e inamovilidad y estarán sometidos a las mismas incompatibilidades que los jueces. Por lo que se refiere al ámbito de actuaciones del Tribunal, aun cuando ya en este artículo se extienden a todo el sector público, cuyas cuentas habrán de serle remitidas, el art. 153 de la Constitución dispone que el control económico y presupuestario de la actividad de los órganos de las Comunidades Autónomas se ejercerá por el Tribunal de Cuentas.

Estas previsiones constitucionales del Tribunal de Cuentas se han visto desarrolladas en su Ley Orgánica, ya citada, y en la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del mismo. En esta normativa específica se establece que los doce Consejeros de Cuentas serán elegidos, seis por el Congreso y seis por el Senado, mediante mayoría de tres quintos de cada Cámara, entre personas de reconocida competencia y por un periodo de nueve años. Asimismo, se dispone que los resultados obtenidos en el ejercicio de la función fiscalizadora se recogerán en informes, memorias, mociones o notas que se remitirán a las Cortes Generales y se publicarán en el *Boletín Oficial del Estado* y, en su caso, de las Comunidades Autónomas.

Esta configuración constitucional del Tribunal de Cuentas como Institución situada en la órbita del Poder Legislativo, en lógica correspondencia con la clásica división de poderes del Estado democrático, implica ubicar la actividad fiscalizadora del Tribunal de Cuentas fuera del ámbito de responsabilidades que la propia gestión pública obliga a asumir, quedando sometidas al mismo las distintas formas de control interno que los responsables de dicha gestión pudieran haber implantado como guía y garantía de su propia actividad. En consecuencia, en la arquitectura de controles diseñada para una adecuada gestión pública, el Tribunal de Cuentas aparece resaltado como el control de los controles, que, tras la pertinente evaluación de los distintos sistemas de control interno, podrá utilizar los resultados por ellos ofrecidos, sin que dicho funcionamiento pueda incluirse en el concepto genérico de *auditoría única*, ya que ambos controles, el interno y el externo, responden a finalidades distintas, y tienen diferentes destinatarios.

En la primavera de 2008 se celebró en Berlín un seminario sobre Gestión de Entidades Fiscalizadoras Superiores, al que asistimos los Presidentes de los Tribunales de Cuentas de Europa. Al hacer un balance de experiencias y resultados de todos y cada uno de los Tribunales, la idea central, el denominador común en el que coincidíamos todos, para poder diseñar la mejora y el futuro de nuestras Instituciones, era entender el **control externo** como esqueleto del reparto de poderes democráticos.

Por otra parte, la referida dependencia del Tribunal de Cuentas de las Cortes Generales ha de interpretarse en el contexto histórico de su formulación, en la pretensión de **separar definitivamente dicha Institución del Poder Ejecutivo**, tal como la normativa precedente establecía. No se trata, por lo tanto, de una estricta dependencia orgánica o funcional del Parlamento, ya que el Tribunal de Cuentas tiene reconocida plena autonomía en el ejercicio de sus funciones, sino de proclamar su natural relación con las Cortes Generales, que eligen a los Consejeros de Cuentas

y son las destinatarias inmediatas, a través de la Comisión Congreso-Senado nombrada a tales efectos, del Programa anual de fiscalizaciones, y de todos los resultados obtenidos en su ejecución y recogidos en los correspondientes informes, así como de cuantas cuestiones pudieran surgir en el desarrollo de sus funciones. De este modo, el Tribunal de Cuentas asume la función de Órgano técnico del Parlamento que, en relación con el extenso y complejo campo de la actividad económico-financiera pública, aporta su apoyo, propiciando el control político que aquel ha de ejercer sobre el Poder Ejecutivo.

La Constitución Española de 1978 quiso romper con el régimen anterior y desligar absolutamente al Tribunal de Cuentas del Poder Ejecutivo, pero, al no estar establecido en la Constitución como órgano constitucional, sino como un órgano de relevancia constitucional, buscó su anclaje en las Cortes Generales, símbolo de la soberanía popular. Este encaje no era tanto para configurar al Tribunal como un órgano perteneciente a las Cortes, sino precisamente, para dotarle de una independencia de la que carecía antes de la Constitución.

Por ello, la Constitución encaja al Tribunal en la órbita de las Cortes Generales para desligarlo de la dependencia del Gobierno, pero no pretende una dependencia real del Poder Legislativo. Solo así cabe una interpretación coherente del art. 136 de la Constitución Española y adquiere sentido la configuración del Tribunal como un órgano calificado de «supremo».

Estas ideas de independencia y supremacía del Tribunal de Cuentas vienen avaladas por el propio contenido del art. 136 de la Constitución Española, que especifica además que «los miembros del Tribunal de Cuentas gozarán de la misma independencia e inamovilidad y estarán sometidos a las mismas incompatibilidades que los jueces». Esta independencia proclamada constitucionalmente y su asimilación al estatuto jurídico de los jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial confirma

que la dependencia de las Cortes es más simbólica que real, que se circunscribe a la interrelación, a la intercomunicación pero, en ningún caso, a la subordinación.

Una interpretación lógica del precepto constitucional señalado supone que, proclamada constitucionalmente la independencia de los miembros de un órgano de relevancia constitucional, la independencia del órgano debe ser igualmente reconocida; una interpretación distinta llevaría al absurdo de entender que los miembros de un órgano son independientes pero no el propio órgano. No cabe otro entendimiento razonable del precepto.

Pero, además, la independencia del Tribunal de Cuentas se constata desde la forma de nombramiento de sus miembros, hasta las garantías dispuestas legalmente para asegurar tal independencia en el ejercicio de sus funciones. Para poder acceder al cargo de Consejero del Tribunal de Cuentas se requiere, en primer lugar, estar fuera de las causas de inelegibilidad establecidas en el art. 33.3 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas. Además, los elegidos, al igual que para acceder a otros cargos dotados de la independencia que ahora se defiende, deben pertenecer a un grupo de profesionales con al menos 15 años de experiencia y un reconocido prestigio o competencia en su profesión. Por último, se exige la superación en las Cortes Generales de un examen previo de su idoneidad para el cargo para poder ser finalmente nombrados, necesitando una amplia mayoría de 3/5 de la Cámara. Esta rigurosidad en los requisitos y procedimiento para el acceso al cargo garantiza la inamovilidad e independencia de la que gozarán en el ejercicio de su cargo, como dispone el tan citado art. 136 de la Constitución Española.

III. FUNCIONES DEL TRIBUNAL DE CUENTAS

La Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, en lógica concordancia con las previsiones constitucionales, atribuye a esta Institución, como

funciones propias, la fiscalización externa, permanente y consuntiva de la actividad económico-financiera del sector público, en cuanto a su sometimiento a los principios de legalidad, eficiencia y economía (a los que se han añadido, tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2015, de 30 de marzo, los de transparencia, sostenibilidad ambiental e igualdad de género), así como el enjuiciamiento de la responsabilidad contable en que pudieran haber incurrido quienes tienen a su cargo el manejo de caudales o fondos públicos.

En efecto, una línea jurisprudencial que se inicia con la STS de 13 de diciembre de 1999 (cas. 329/1994) y continúa con la sentencia de 28 de marzo de 2006 (cas. 5580/2003) ha considerado que «el art. 136 CE alude, al referirse al Tribunal de Cuentas, a las dos funciones de este órgano de relevancia constitucional: la fiscalizadora y la jurisdiccional. Y, utilizando términos del Tribunal Constitucional, mientras en aquella el Tribunal de Cuentas es supremo pero no único, en esta es único pero no supremo (STC 187/1988, de 17 de octubre), ya que sus resoluciones son susceptibles de los recursos de casación y revisión ante este Alto Tribunal en los términos establecidos en su legislación específica (arts. 49 Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, LO 2/1982, de 12 de mayo y 80 y ss. de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, Ley 7/1988, de 5 de abril)».

Asimismo, la disposición adicional undécima de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, tras la reforma operada por la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, atribuye al Tribunal de Cuentas una función consultiva limitada consistente en someter a informe de esta Institución los anteproyectos de ley y los proyectos de disposiciones reglamentarias que versen sobre su régimen jurídico o sobre el ejercicio de sus funciones fiscalizadora o jurisdiccional.

Para el ejercicio de sus funciones, **la organización del Tribunal de Cuentas se divide en dos Secciones, la de Fiscalización y la**

de Enjuiciamiento, integradas por diferentes Departamentos, dirigido cada uno de ellos por un Consejero de Cuentas.

Las características de externa, permanente y consuntiva predicadas de la función fiscalizadora, obliga a situar al Tribunal de Cuentas, como antes hemos señalado, en la órbita del Poder Legislativo y, por tanto, fuera del ámbito de responsabilidad que la propia gestión pública obliga a asumir, por lo cual el control externo ha de ejercerse una vez consumada la actuación gerencial que se ha previsto examinar.

Por otra parte, **el carácter permanente de la función fiscalizadora viene a significar que su ejercicio no está sometido a plazo**, con independencia del plazo previsto para la exigencia de responsabilidades contables, pudiéndose llevar a cabo en cualquier momento la actuación fiscalizadora que se hubiera programado, sin que la emisión del pertinente informe de fiscalización pueda interpretarse como una descarga de responsabilidad del gestor sobre la actividad analizada, superando el proceso de judicialización de las cuentas que en la anterior normativa y funcionamiento del Tribunal se plasmaba en la denominada censura de las cuentas. En consecuencia, la función fiscalizadora ha asumido el correspondiente protagonismo, abandonando su anterior subordinación y conexión con la función jurisdiccional.

Por otro lado, **la extensión de la función fiscalizadora a la verificación del cumplimiento de los principios de legalidad, eficiencia, economía, transparencia, sostenibilidad ambiental e igualdad de género implica completar el control formal de las cuentas con el examen riguroso de la gestión, evaluando no solo su acomodación a la normativa aplicable, sino también el grado de consecución de los objetivos exigibles al sector público y si en dicha consecución los recursos utilizados se han aplicado racionalmente, verificando, en suma, lo establecido en el citado**

art. 31.2 del texto constitucional. Esta nueva concepción del control también guarda relación con los planteamientos de la corriente que se denominó *Nueva gestión pública*, preocupada por la implantación de los valores éticos en la gestión pública y la eliminación de ámbitos de riesgo caracterizados por no disponer de una regulación precisa y una adecuada atribución de responsabilidades, e implicada en dotar a la gestión pública de una organización caracterizada por la agilidad y la búsqueda de la eficacia económica y social en sus resultados. En consecuencia, la función fiscalizadora aparece perfectamente imbricada con la regulación, la organización y gestión pública, dejando constancia de las deficiencias observadas y contribuyendo a su mejora, a través de las oportunas recomendaciones, lo que supone impulsar un proceso de retroalimentación encaminado a potenciar la buena gestión pública en todas sus fases.

Por lo que se refiere a la función de enjuiciamiento, la jurisdicción contable conoce de las pretensiones de responsabilidad desprendidas de las cuentas que deben rendir quienes tienen a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, y que se deduzcan contra los mismos cuando hubieren originado **menoscabo en dichos caudales o efectos**. La responsabilidad contable es una **responsabilidad subjetiva**, para cuya declaración se exige la concurrencia del dolo, culpa o negligencia graves y que precisa de la vulneración de la normativa presupuestaria o contable. Se trata de una **responsabilidad patrimonial, subespecie de la responsabilidad civil en cuanto tiene una finalidad reparatoria de daños patrimoniales**.

La jurisdicción contable, compatible respecto de los mismos hechos con la jurisdicción penal, tiene como auténtico reto, como no podía ser de otro modo, la impartición de la justicia en los asuntos atribuidos; justicia que se obtiene cuando se resuelven los asuntos sometidos a su conocimiento, declarando las responsabilidades y condenando al pago de las sumas en que se cifre el quebranto originado,

incluyendo los intereses, o bien desestimando las demandas interpuestas (la jurisdicción propia del Tribunal de Cuentas está expresamente mencionada en el art. 136.2 de la Constitución Española, reconocida como tal por el Tribunal Constitucional, entre otras, en la STC 215/2000, de 18 de septiembre, y categóricamente avalada por el Derecho positivo estatal, concretamente en la Ley Orgánica de 1982 y en la de Funcionamiento de 1988, y referendada por las leyes reguladoras de los Órganos de Control Externo de las Comunidades Autónomas).

La jurisdicción contable, en cuanto jurisdicción especializada en la depuración de las responsabilidades de dicha naturaleza, se ejerce, **en primera instancia**, por los Consejeros de Cuentas de la Sección de Enjuiciamiento y, **en recurso de apelación**, por la Sala de Justicia del Tribunal, integrada por el Presidente de dicha Sección y dos Consejeros de Cuentas. Las resoluciones del Tribunal de Cuentas son susceptibles del recurso de casación y apelación ante el Tribunal Supremo, en los términos previstos en la normativa del propio Tribunal de Cuentas.

En definitiva, lo que corresponde al Tribunal de Cuentas es la exigencia de la responsabilidad contable a través de los procedimientos de reintegro por alcance y de juicio de cuentas que no se articulan como procesos impugnatorios de una decisión administrativa previa, sino que se ejerce directamente sobre las cuentas, alcances y cancelaciones de fianzas (art. 15 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas). En modo alguno, ejerce una jurisdicción revisora de la conformidad a Derecho de disposiciones y actos de las Administraciones públicas que corresponde a los órganos de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (arts. 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 1.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

Como síntesis, cabe reiterar las marcadas diferencias entre el modelo de control existente previamente y el configurado en la Consti-

tución de 1978. En aquel, los controles internos y externos se confundían, no se diferenciaban las diferentes responsabilidades, contables, de gestión y políticas, y el control de legalidad era residual y su organización, centralizada y burocrática. Por el contrario, en el vigente modelo constitucional los controles internos y externos aparecen nítidamente diferenciados; se distinguen las responsabilidades contables de las de gestión y de las políticas; la función fiscalizadora goza de identidad y características propias, separada de la función jurisdiccional; y el control de legalidad se convierte en un control capaz de impulsar el cambio de la organización y del modelo de gestión.

IV. ÁMBITO DE ACTUACIÓN DEL TRIBUNAL DE CUENTAS

La actuación fiscalizadora y jurisdiccional del Tribunal de Cuentas gira alrededor del sector público, definido a tales efectos en el art. 4.º de su Ley Orgánica. Con independencia de las cuestiones que pudieran suscitarse en cuanto a la exhaustividad y precisión de la relación subjetiva incorporada en el primer apartado de dicho artículo de las partes integrantes del sector público, ha de destacarse que en su ap. 2.º quedan solventadas dichas dificultades al incluirse en el mismo a toda persona física o jurídica que hubiera percibido subvenciones o cualquier tipo de ayuda del sector público.

Tras la reforma operada por la Ley Orgánica 3/2015, de 30 de marzo, el ap. 3.º del citado artículo amplía el ámbito de actividad fiscalizadora del Tribunal a la actividad económico-financiera de los partidos políticos, sus fundaciones y demás entidades vinculadas o dependientes de ellos. Igualmente, la Ley Orgánica de Financiación de Partidos Políticos, también reformada por la citada Ley Orgánica 3/2015, concreta en su art. 17 bis la potestad sancionadora del Tribunal en relación con las infracciones en que incurrieren, en la citada materia, los partidos políticos.

Por lo que se refiere a la identificación del **sector público**, ha de destacarse su permanente evolución, así como el elevado número de variables y factores que influyen en su organización y gestión, lo que permite identificarle como **una realidad dinámica y compleja**. Su evolución ha quedado plasmada en el paso del Estado abstencionista al intervencionista, con la consiguiente detracción de recursos al sistema privado y el correspondiente protagonismo del sector público hasta desembocar en la denominada crisis fiscal del Estado de bienestar, que dio lugar a un importante proceso de privatizaciones, a la adopción de nuevas medidas de estabilidad presupuestaria y a la potenciación de nuevas formas de colaboración público-privadas; así como a un proceso de integración en estructuras supranacionales, como la Unión Europea, acompañada simultáneamente de una acusada descentralización regional y local. Por su parte, la singular regulación del sector público, las propias características de su organización, las diferentes motivaciones que impulsan la demanda de los bienes y servicios públicos, así como el carácter fundamentalmente social de la actividad pública, son circunstancias, entre otras muchas, que afectan a la gestión pública y que han de tenerse en cuenta para su adecuada evaluación.

En consecuencia, el control sobre la actividad económico-financiera pública ha de participar necesariamente de esta misma evolución y atender a las múltiples características que definen la organización y la naturaleza de la actividad pública, lo que viene a resaltar el carácter técnico de las funciones asignadas al Tribunal de Cuentas.

V. LA CREACIÓN DE LOS ÓRGANOS DE CONTROL EXTERNO DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Ha de señalarse que la Constitución Española no contempla expresamente la posibilidad de creación de Órganos de Control Externo por parte de las Comunidades Autónomas, ni tam-

poco exige que el Tribunal de Cuentas sea el único órgano de fiscalización de la actividad financiera pública, aunque sí que sea el «supremo». La propia evolución político-administrativa del sector público ha conducido a la creación de dichos Órganos por la mayor parte de las Comunidades Autónomas, con apoyo en la potestad genérica de organización de sus instituciones de autogobierno conferida por el artículo 148.1.1.ª de la Constitución Española, y en sus propios Estatutos de Autonomía. En la actualidad solo cuatro comunidades autónomas no han llegado a crear Órgano de Control Externo, siendo las mismas La Rioja, Cantabria, Extremadura y Murcia. Por su parte la Sindicatura de Cuentas de Castilla-La Mancha creada en el año 1993 fue suprimida mediante Ley 1/2014, de 24 de abril, por razones de austeridad económica.

Como ha señalado el Tribunal Constitucional en las SSTC 187/1988, de 17 de octubre, 18/1991, de 31 de enero, y 215/2000, de 18 de septiembre, el bloque de la constitucionalidad en materia de control externo económico-financiero y presupuestario del sector público está integrado por los arts. 136 y 153.d) de la Constitución Española, antes aludidos, por la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, así como por las disposiciones estatutarias mediante las que se crean y regulan los correspondientes Órganos autonómicos. En estas sentencias del Tribunal Constitucional se señala, además, que **las competencias fiscalizadoras de los Órganos autonómicos son jurídicamente concurrentes y compatibles con las competencias fiscalizadoras del Tribunal de Cuentas sobre los sectores públicos autonómico y local**. Ambos controles pueden y deben coexistir, sin perjuicio de la supremacía proclamada constitucionalmente a favor de la función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas, y expresivamente recogida en la formulación acuñada por la doctrina constitucional, al señalar que «El Tribunal de Cuentas es supremo, pero no único, cuando fiscaliza, y único, pero no supremo, cuando enjuicia la responsabilidad contable».

En cuanto al aspecto concreto de las relaciones del Tribunal de Cuentas con los Órganos de las Comunidades Autónomas, hay que significar que el art. 29.1 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas establece la obligación de coordinar la respectiva actividad fiscalizadora mediante el establecimiento de criterios y técnicas comunes de fiscalización que garanticen la mayor eficacia en los resultados y eviten la duplicidad en las actuaciones. Con independencia de la remisión de los Informes o Memorias por parte de los Órganos autonómicos al Tribunal de Cuentas, se vienen adoptando medidas de coordinación y colaboración entre las distintas Instituciones, a través de la celebración de reuniones de Presidentes, el mantenimiento de diferentes Comisiones técnicas y el continuo intercambio de información, respetando el principio de supremacía del Tribunal y el de autonomía de los Órganos autonómicos, en consonancia con la doctrina del Tribunal Constitucional en la aplicación de los principios de coordinación y colaboración en las relaciones entre diferentes Administraciones públicas.

Por lo que se refiere a la **jurisdicción contable, su ejercicio es competencia exclusiva del Tribunal de Cuentas**, como ha quedado sintetizado en la referida expresión del Tribunal Constitucional, limitándose, en su caso, la actuación de los Órganos de Control Externo autonómicos a la cumplimentación de la fase instructora de los procedimientos jurisdiccionales previstos en la vigente normativa.

VI. SÍNTESIS DE LA ACTIVIDAD DESARROLLADA POR EL TRIBUNAL DE CUENTAS

Un repaso a las actuaciones del Tribunal durante los cuarenta años de vigencia de la actual Constitución Española permite constatar que se han remitido al Parlamento más de 1.300 informes de fiscalización, que dan testimonio de la **contribución de esta Institución a la transparencia y mejora de la**

gestión pública, a los que podrían agregarse miles de resoluciones judiciales.

De la mera lectura de los títulos de dichos informes se deduce que han resultado analizados, además de las cuentas anuales y las contabilidades electorales de las formaciones políticas, los diferentes sectores en los que se concreta la actuación del sector público y las actuaciones más importantes que han marcado su devenir en el tiempo, poniendo de manifiesto no solo las deficiencias observadas en los sistemas de control implantados y en la gestión analizada, sino también las insuficiencias normativas u organizativas, lo que ha dado lugar a que en la mayor parte de los informes se incluya un último apartado con recomendaciones dirigidas a dotar a la actividad analizada de una regulación y organización más precisa.

Una sistematización de estas recomendaciones se encuentra en las Mociones elevadas por el Tribunal a las Cortes Generales en las que se recogen las principales insuficiencias normativas u organizativas que afectan a un determinado subsector o conjunto de entidades públicas, y algunas de las cuales han dado lugar a importantes modificaciones de la legislación aplicable, como la relativa a desarrollar un marco legal para el empleo de las encomiendas de gestión por las Administraciones Públicas, la configuración y estructura de la Cuenta General del Estado o la Ley de subvenciones, entre otras; o, más recientemente, sobre reducción de los plazos de rendición de cuentas.

Ha de resaltarse, a este respecto, que la Constitución Española, además de asegurar la unidad del ordenamiento jurídico esencialmente sobre la base de un orden de valores materiales expreso en ella, junto con las reglas formales de producción de normas, ha configurado un modelo de control externo que tiene una vertiente más amplia que la de mera fiscalización en cuanto detección de deficiencias en la gestión pública, propiciando también una dimensión orientadora o dinámica en la

asignación de recursos. Desde el momento que el Tribunal de Cuentas, en las recomendaciones que figuran en sus Informes, establece pautas para la mejora de la gestión pública, de conformidad con lo previsto en su propia normativa, está actuando en esta nueva orientación del control. De este modo, la elaboración de Mociones, donde se recogen medidas conducentes a la mejora de la gestión económico-financiera del sector público, constituye otra actuación que tiende a la traslación a la realidad del orden constitucionalmente aprobado de valores y principios.

VII. ACTUACIONES DEL TRIBUNAL DE CUENTAS EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

El Tribunal de Cuentas de España tiene asumido desde hace tiempo un sólido compromiso con el ámbito internacional, como un acto de lealtad hacia sí mismo, hacia el Parlamento, los ciudadanos y el propio Estado, en aras de hacer plenamente efectiva su responsabilidad y cumplir en su sentido más amplio y profundo, la función de control que tiene constitucionalmente encomendada; pero, también, como un acto de lealtad hacia la comunidad internacional de las Entidades Fiscalizadoras Superiores, contribuyendo así a fortalecer el control a nivel global.

En este ámbito, el Tribunal de Cuentas de España ostenta desde 1990 y con carácter permanente la Secretaría general de EUROSAL, organización creada con el fin de favorecer la colaboración y fortalecer las relaciones entre las distintas Entidades Fiscalizadoras Superiores de los países de Europa.

EUROSAL ha asumido como elemento central de su actuación la cooperación con la Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras (INTOSAI), constituida por las EFS de 190 países miembros de Naciones Unidas y con sus grupos regionales, habiéndose materializado dicha colaboración en actuaciones concretas con las EFS de las regiones de Lati-

noamérica y Caribe (OLACEFS), de los países árabes (ARABOSAI), de Asia (ASOSAI) y de África (AFROSAL).

Entre los numerosos proyectos en los que el Tribunal de Cuentas ha venido participando, hay que destacar:

— La Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 22 de diciembre de 2011, reforzando la independencia de los Tribunales de Cuentas.

— Los Twinning Projects con países candidatos a entrar en la Unión Europea o con acuerdos preferenciales con esta (en 2015 el Proyecto de Hermanamiento con el Reino Hachemita de Jordania y en 2016 con el de la República de Moldavia).

— Por último, el Tribunal de Cuentas ha actuado y actúa como auditor externo de numerosos Organismos Internacionales como la Organización Panamericana de la Salud y la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa, entre otras, y para citar sus últimas intervenciones.

Los citados Proyectos impulsan y promocionan la imagen y reputación de España, tanto dentro como fuera de nuestras fronteras, fortaleciendo el posicionamiento y el prestigio de nuestro país.

VIII. EL CUMPLIMIENTO DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA

La referencia a la potenciación de la ética en la gestión pública conduce necesariamente a otro de los principios básicos del funcionamiento democrático, como es el de la transparencia, incorporado en todos los códigos de buena administración. La transparencia y la democracia han devenido en dos conceptos imbricados y relacionados, resultando imposible imaginar un régimen no democrático que sea transparente ni defender el ejercicio democrático sin transparencia.

Este principio ha traspasado el umbral de los planteamientos éticos para incorporarse al Derecho positivo: la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, acceso a la Información Pública y Buen Gobierno así lo demuestra, facultando a los ciudadanos a reclamar una actuación sin reservas informativas, salvo las auspiciadas por la seguridad de funcionamiento del Estado democrático. Pero creemos necesario y conveniente precisar que la transparencia administrativa, al margen de que esta expresión aparezca reiteradamente recogida en los textos normativos, no es en sí misma un instituto jurídico, sino una conjunción de normas, que vienen a definir los perfiles y la forma de ser y actuar de una Administración asentada en los valores democráticos y en el interés general.

La transparencia debe extenderse a toda la gestión pública, si bien la nueva normativa presupuestaria, a partir de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria, ha remarcado su exigencia, mencionando de forma expresa este principio que ha de estar presente **tanto en la elaboración de los Presupuestos Generales del Estado**, como en su ejecución y liquidación; lo que viene a significar su presencia en toda la actividad pública, ya que el ciclo presupuestario es la materialización anual de dicha actividad.

Finalmente, debe resaltar que el ejercicio de la transparencia no solo es exigible en el ámbito presupuestario, sino que ha de ser una constante en todas las manifestaciones de la gestión pública, como se proclama en múltiples y muy recientes referencias normativas.

IX. CONSIDERACIONES FINALES

El repaso de las actuaciones realizadas obliga, asimismo, a examinar el proceso seguido y a plantearse **nuevos retos para el futuro**. Entre otros, cabe señalar la necesidad de potenciar el seguimiento de las conclusiones y recomendaciones formuladas por el Tribunal de Cuentas, así como de las resoluciones

adoptadas por el Parlamento a raíz de sus informes o mociones, en aras de una mayor eficacia de la función fiscalizadora. Aun cuando el ejercicio de la función fiscalizadora no goza de la prerrogativa de ejecución o vinculación inmediata de sus resultados, el **seguimiento de sus conclusiones y recomendaciones**, verificando su grado de cumplimiento y las mejoras incorporadas en la organización y en la gestión, al igual que el **seguimiento de las resoluciones parlamentarias**, es una manifestación del uso racional de los recursos públicos dirigida a que las Instituciones de control asuman el protagonismo responsable que les corresponde en un Estado democrático.

Asimismo, se considera objetivo prioritario del Tribunal la **potenciación de los comportamientos éticos en la gestión pública**, en los términos anteriormente señalados, **propiando la creación de la norma** cuando se haya detectado la insuficiencia de la regulación existente para evitar el surgimiento de zonas de impunidad, que favorezcan actuaciones poco respetuosas con el interés general, ya que si la normativa ampara conductas no sometidas a la ética social, todos los planteamientos de racionalidad económica que puedan efectuarse desde los modelos de la economía material resultarían insuficientes.

La evolución del sector público orientada hacia el afianzamiento de su organización territorial ha estado acompañada de una legislación básica garantizadora de unos derechos y obligaciones comunes en áreas de gran sensibilidad social como atención sanitaria, educativa, infraestructuras, estabilidad presupuestaria, financiación, entre otras. Esta situación abre nuevas perspectivas para la actuación del Tribunal con competencias fiscalizadoras en todo el sector público, y que, a la luz de lo previsto en el citado art. 153 de la vigente Constitución, le permite ofrecer análisis y resultados comparativos sobre la gestión desarrollada por las distintas Administraciones públicas e impulsar, a partir de los mismos, la adopción de las pertinentes medidas encaminadas a la **potenciación de la cohesión territorial**.

Por otra parte, si bien **la publicidad de los informes del Tribunal está garantizada por la vigente normativa**, se considera necesario aplicar **nuevas vías de difusión y divulgación de los resultados** alcanzados en el desarrollo de las funciones atribuidas al Tribunal de Cuentas, propiciando de este modo **la intensificación del control social de la gestión pública**. Así, el control técnico ejercido sobre la gestión pública contribuirá a potenciar la transparencia de la misma y a que cada ciudadano pueda evaluar cómo se ven afectados sus propios derechos en una materia tan significativa como es la relacionada con la actividad económico-financiera pública, dando satisfacción a los objetivos pretendidos con la promulgación de la vigente Constitución.

Pero el ejercicio de las funciones que el Tribunal tiene asignadas no permite quedarse en las valoraciones positivas o críticas que pudiera derivarse de un periodo ya consumido, sino que han de atender al continuo devenir de la organización y gestión pública.

Los poderes públicos ya no pueden actuar bajo esquemas que eran válidos entonces, sino que necesitan evolucionar con flexibilidad y reflejos suficientes para adaptarse a los cambios: ya que, como decía ARISTÓTELES, «la única verdad es, precisamente la realidad». Resulta clave adelantarse a los acontecimientos, identificando de antemano los puntos débiles del sistema para contrarrestarlos.

Por eso, el principal y más inmediato reto del control externo es el que plantean las medidas financieras y económicas adoptadas por el Gobierno para hacer frente a la actual y gravísima crisis, así como las decisiones y

normas que restauren la confianza perdida. Este reto es compartido por todas las entidades fiscalizadoras de Europa y América, y así se ha puesto de relieve en varias reuniones celebradas en Viena, Luxemburgo y París, convocadas por INTOSAI y EUROSAI, en las que el Tribunal de Cuentas ha tenido una participación muy activa.

La principal conclusión de estas reuniones es que, en estos tiempos, la actuación de las entidades de control no puede limitarse a evaluar lo ya hecho, a los meros controles *ex post*, sino que debe sincronizarse con la realidad, haciendo algo más que fiscalizaciones consuntivas.

Parece legítimo, y sobre todo necesario para evitar males aún mayores, que los Estados puedan asumir parcialmente las consecuencias de estos terremotos económicos y tomen las medidas necesarias por duras y sacrificadas que resulten. Pero la adopción de estas medidas exige aún mayor rigor a la hora de controlar la gestión de las políticas puestas en práctica. No se puede olvidar, como señalaba Thomas JEFFERSON, que «el precio de la libertad es la eterna vigilancia».

¿Está en condiciones el Tribunal de Cuentas de España para responder a estos retos? Cuarenta años después de la promulgación de la Constitución de 1978, nuestro Tribunal es un órgano de control externo plenamente equiparable, en el sentido más positivo del término, a los órganos de control externo de los países más avanzados de nuestro entorno. Ello no significa que no se deba continuar trabajando en las líneas de mejora, con las competencias y medios que sean necesarios, del funcionamiento del Tribunal tal y como el mundo de hoy exige.

BIBLIOGRAFÍA

ALBIÑANA GARCÍA QUINTANA, C., «La función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas», en *El Tribunal de Cuentas en España*, Madrid, 1982.

— *Decretos y Diario de Sesiones de las Cortes de Cádiz*, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes.

FANLO LORAS, A., «Relaciones del Tribunal de Cuentas con las Cortes Generales: La Comisión Mixta Congreso-Senado para las relaciones con el Tribunal de Cuentas», *RAP*, núm. 108, 1985.

FERNÁNDEZ CARNICERO, C. y ARAUJO DÍAZ TERÁN, M., «Artículo 136. Tribunal de Cuentas», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, t. X, Madrid, 1998.

FERNÁNDEZ PIRLA, J. M., «El Tribunal de Cuentas en el Estado social de Derecho», en *Función de los Tribunales de Cuentas en la Sociedad Democrática*, Madrid, 1985.

GARRIDO FALLA, F., *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1980.

MANTECA VALDELANDE, V., *Formación del control externo del sector público en la España contemporánea: el Tribunal de Cuentas. Origen y evolución*, Sindicatura de Comptes, Valencia, 2002.

MENDIZÁBAL ALLENDE, R., «El Tribunal de Cuentas y la Constitución», en *Control del Sector Público*, Madrid, 1981.

— «Fiscalización económica del sector público y jurisdicción contable en la doctrina del Tribunal Constitucional», *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y legislación*, núm. 34, 2004.

NIETO DE ALBA, U., *Efecto Mariposa y crisis financiera: fallos regulatorios*, Ediciones 2010, Madrid, 2008.

SALA SÁNCHEZ, P., «La Constitución, la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas y su ley de funcionamiento», *RAP*, núm. 122, 1990.

SALA SÁNCHEZ, P. y MARTÍN NOVAL, L. (Dirs.), *El Tribunal de Cuentas: fiscalización y enjuiciamiento*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004.

VALLÉS VIVES, F., *El control externo del gasto público: configuración y garantía constitucional*, Madrid, 2003.

TÍTULO VIII

**DE LA ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DEL ESTADO
[ARTS. 137 A 158]**

PRINCIPIOS GENERALES [ARTS. 137 A 139]

DE LA ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DEL ESTADO

Sumario: I. Líneas generales del Título VIII. II. El principio de autonomía. III. El principio de unidad. IV. Ámbitos (aún) abiertos al desarrollo constitucional.

LUIS LÓPEZ GUERRA

CATEDRÁTICO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
UNIVERSIDAD CARLOS III

I. LÍNEAS GENERALES DEL TÍTULO VIII

El Título VIII de la Constitución, «De la organización territorial del Estado», se enfrenta con un problema tradicional en la vida política española, muy anterior incluso al período constitucional: la distribución del poder público entre instancias territoriales. La cuestión no se refiere, obviamente, solo a la mera división geográfica del territorio en áreas o circunscripciones para configurar los ámbitos competenciales de los diversos órganos del poder público, sino a algo más complejo: la atribución de esferas propias de poder a entidades territoriales de carácter infraestatal: Municipios, Provincias, y, señaladamente, regiones y nacionalidades dotadas de una identidad cultural, lingüística y política. El art. 2 de la Constitución se enfrenta con esta cuestión, al reconocer y garantizar el derecho a la autonomía de nacionalidades y regiones. El Título VIII viene a representar, sobre todo, aunque no solo, un desarrollo en el mismo texto constitucional de ese derecho.

Valga comenzar señalando que el diseño de la distribución territorial del poder establecido en el Título VIII CE no responde a ninguna de las fórmulas clásicas de organización presentes en el constitucionalismo comparado, ni a las empleadas en el constitucionalismo histórico español. No representa, desde luego, la adopción de un modelo centralista, pero tampoco responde a los esquemas comunes del

modelo federal. Y tampoco se ajusta a los moldes de lo que podría llamarse «fórmula regional», si bien no cabe negar la presencia, en los constituyentes, de alguna inspiración en la Constitución republicana de 1931 o en la experiencia regional italiana. Así y todo, tanto el mismo texto constitucional como su efectiva aplicación y desarrollo revisten una evidente originalidad en comparación con experiencias propias o extranjeras.

Si se ha hecho referencia a la efectiva aplicación y desarrollo del texto constitucional se debe a que solo es posible el cabal conocimiento de su significado si se parte del análisis de cómo se han llevado a la práctica en concreto sus disposiciones. Como se señaló muy tempranamente (Pedro CRUZ VILLALÓN, «La estructura del Estado o la curiosidad del jurista persa», *RFDUC*, núm. 4, 1981, págs. 53-63), la mera lectura del texto constitucional no permite en forma alguna llegar a un conocimiento ni siquiera aproximado de cuál sea el modelo de organización territorial efectivamente vigente; ello solo será posible si se tiene en cuenta, además de ese texto, el desarrollo legislativo, y, muy señaladamente, la jurisprudencia constitucional. Quizá más que en otros ámbitos, el Derecho constitucional de la organización territorial debe considerarse como un auténtico «Derecho vivo».

Ello se debe a un dato concreto y que resulta de la simple lectura del texto del Título que se

comenta: las disposiciones constitucionales no establecen ni mucho menos un diseño preciso —ni siquiera aproximado— de la distribución territorial del poder. Si bien el Título VIII establece los tipos de unidades territoriales titulares de poderes públicos (Estado, entidades locales, Comunidades Autónomas) se remite a un desarrollo posterior, tanto respecto a su delimitación como a sus competencias. El Título VIII establece así un marco general de organización, dotado de una serie de principios básicos, dentro del cual serían posibles fórmulas diversas de desarrollo. En ocasiones se ha denominado a este diseño como «modelo abierto», «modelo indefinido» o «modelo inacabado» (Manuel ARAGÓN, «El Estado Autonómico: ¿modelo indefinido o modelo inacabado?», *Autonomías*, núm. 20, 1995, págs. 187-198).

Ahora bien, la evolución del ordenamiento a partir de la aprobación de la Constitución ha dado lugar a que ese carácter «abierto» se haya ido reduciendo paulatinamente. El desarrollo legislativo y jurisprudencial ha ido cerrando progresivamente el abanico de posibilidades ofrecido inicialmente por el Título VIII, de forma que, tras una larga fase de desarrollo constitucional, puede hablarse ya de un modelo en gran parte consolidado de organización territorial, sin perjuicio de que, como ha mostrado la experiencia, queden aún considerables aspectos por perfilar y precisar.

Ese proceso de desarrollo ha tenido profundas consecuencias en cuanto al significado y vigencia de las disposiciones del Título VIII. Algunas de tales disposiciones han perdido toda eficacia en la práctica al haberse agotado todas sus previsiones; tal sería el caso de los arts. 143, 144, 146 o 151, relativos a la forma de constitución de las Comunidades Autónomas. Otras han quedado obsoletas por el cumplimiento de los plazos y utilización de las habilitaciones en ellas contenidas (así el art. 148 CE). Otras, finalmente, han cobrado nuevo sentido (quizá imprevisto por los constituyentes) en virtud de los cambios legislativos, señaladamente las reformas de los Est-

tutos de Autonomía. Tal sería el caso de los artículos (centrales en el modelo resultante) 147 y 149.1 CE. Por ello, la «organización territorial del Estado» a que se refiere el epígrafe del Título VIII es solo comprensible si, junto a los mandatos constitucionales, se tienen debidamente en cuenta los integrados en las disposiciones que los desarrollan (el denominado «bloque de la constitucionalidad») y la jurisprudencia constitucional.

Así y todo, y como se apuntó, dentro de ese Derecho vivo resultado de una evolución, es posible destacar la presencia, como elementos eje del Título VIII, de varios principios básicos, que en todo caso deben presidir el proceso de construcción del «Estado de las Autonomías». Dos de ellos cobran especial relevancia: por una parte, el principio de autonomía; por otra, el principio de unidad. A ellos se hará, en las líneas que siguen, breve referencia.

II. EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA

El art. 137 CE, inicial del Título VIII, dispone, refiriéndose a Municipios, Provincias y Comunidades Autónomas, que «todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses». Anunciado en el art. 2 CE en relación con nacionalidades y regiones, el concepto de autonomía se configura en el Título VIII como eje general de la organización territorial. No obstante, y a pesar de esa proyección general, se desprende del texto constitucional, y, más claramente, de su aplicación, que dentro de la autonomía hay que diferenciar la autonomía local, en cuanto autonomía administrativa, de la autonomía política, que corresponde a las Comunidades Autónomas. En cuanto a la primera, someramente tratada en la Constitución, su condición de autonomía administrativa deriva, no de que carezca de una dimensión política entendida como capacidad de dirección y actuación dentro de un margen de oportunidad, sino de que la constitución, composición y actuación de las entidades locales se enmar-

can dentro de los dispuesto en normas de origen externo y supraordinadas a ellas; la autonomía local se configura así como un ámbito garantizado de autogobierno, lo que se ha denominado, en la jurisprudencia y en la literatura constitucional, como garantía institucional (STC 32/1981, caso *Diputaciones catalanas*, FJ 2; Luciano PAREJO, *Garantía institucional y autonomías locales*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1981) dentro de una normativa legal, estatal y autonómica, sin englobar por tanto la potestad legislativa.

Otro es el caso de la autonomía política de las Comunidades Autónomas. Si bien fue posible alguna polémica al respecto en los momentos originarios de la etapa constitucional, pronto quedó meridianamente claro que la capacidad dispositiva de las Comunidades Autónomas incluía la potestad de elaboración de normas legislativas, esto es, de normas con el más alto nivel bajo la Constitución, y por ende, no sometidas a mandatos ni controles externos (salvo el específico de la jurisdicción constitucional). La autonomía política significa pues la capacidad de autodisposición, en las propias áreas competenciales, directamente subordinada a la Constitución y, en los términos que se dirá, al Estatuto de Autonomía.

Debe reiterarse que el alcance y contenido de la autonomía política es resultado de las disposiciones constitucionales, y al tiempo, de la específica forma (entre las varias posibles dentro del texto constitucional) en que han sido desarrolladas en la práctica. La Constitución integra un principio dispositivo referido a dos aspectos: por una parte, a la misma creación de las Comunidades Autónomas; por otra, al alcance de las autonomías así creadas. En cuanto al primer aspecto, el principio dispositivo se encuentra recogido explícitamente en el 143.1 CE («las provincias limítrofes con características históricas, culturales y económicas comunes, los territorios insulares y las provincias con entidad regional histórica podrán acceder a su autogo-

bierno y constituirse en Comunidades Autónomas») que establece la posibilidad de acogerse voluntariamente al régimen de autonomía; en cuanto al segundo, ese principio se refleja en la encomienda abierta del art. 147.2.d) a los Estatutos de Autonomía para que incluyan las competencias que se vayan a asumir, de las listas ofrecidas por los arts. 148 y, a contrario, 149 de la Constitución, así como en la disposición del ap. 3 de este último, en el sentido de que «la competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado». De estas disposiciones básicas, y de la serie de mandatos constitucionales que las complementan, se derivaría, aparentemente, un modelo caracterizado por la posibilidad de coexistencia de territorios autónomos y no autónomos, así como de una variedad entre territorios en cuanto al nivel de autonomía, y por la existencia de una cláusula residual en favor del Estado, que dispondría así de una competencia general con las excepciones resultantes de las asunciones competenciales de los Estatutos de Autonomía.

Como es evidente, y a pesar de que estas notas se proponen a veces como definitorias del modelo español de organización territorial, tales apariencias difieren radicalmente de lo que supone en la realidad el Título VIII de la Constitución como «Derecho vivo».

En cuanto al principio dispositivo (*vid.* Enric FOSSAS ESPALADER, *El principio dispositivo en el Estado Autonomico*, IVAP-Marcial Pons, Madrid, 2007) reflejado en el texto constitucional como la posibilidad, tanto de la creación como de la no creación de Comunidades Autónomas en las diversas áreas del territorio español, su proyección práctica ha desaparecido, y hasta cabría dudar que fuera en algún momento existente, habida cuenta de que sin excepción todo el territorio se encuentra integrado en Comunidades o Ciudades Autónomas. No ha cobrado pues cuerpo, ni parece que hubiera habido intención de ello, una fórmula del tipo del «Estado integral» recogido en la Constitución republicana de 1931.

Por lo que se refiere a las consecuencias posibles del principio dispositivo en lo que atañe a la asunción de competencias, esto es, la disparidad entre Comunidades Autónomas al respecto, o la existencia de varios niveles de autonomía (lo que en ocasiones se ha denominado «asimetría competencial»), el desarrollo constitucional, a partir de los sucesivos Pactos Autonómicos y las posteriores reformas estatutarias, ha conducido en la práctica a que este principio revista una relevancia muy reducida. Debe señalarse que la diferencia conceptual entre nacionalidades y regiones contenida en el art. 2 de la Constitución no ha tenido reflejo específico a la hora de llevar a cabo el reparto competencial. Las sucesivas reformas estatutarias, en efecto, han dado lugar (en un proceso aún abierto a la hora de escribir este comentario) a una cada vez más destacada igualación competencial, y en algún caso ello se ha traducido en un cláusula estatutaria expresa en el sentido de una vinculante «maximización igualitaria de competencias»; así, la disposición adicional segunda del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana (reformado por LO 1/2006, de 10 de abril), en su ap. 1 establece que «Cualquier modificación de la legislación del Estado que, con carácter general y en el ámbito nacional, implique una ampliación de las competencias de las Comunidades Autónomas será de aplicación en la Comunidad Valenciana, considerándose ampliadas en los mismos términos sus competencias». Es cierto que aún se mantienen diferencias competenciales entre Comunidades Autónomas, pero tales diferencias en gran parte no derivan generalmente de la aplicación del principio dispositivo, esto es, de la renuncia a asumir competencias constitucionalmente disponibles (con pocas excepciones, como la relativa a la asunción de competencias en materia de fuerzas de seguridad, o instituciones penitenciarias) sino bien de mandatos constitucionales específicos (como la disposición adicional primera, sobre todo en materia financiera) o bien de la presencia de características propias de la Co-

munidad Autónoma o «hechos diferenciales» (tal sería el caso de la existencia de una lengua propia) que requieren un tratamiento competencial particularizado; y, aparte de los casos señalados, también se mantienen diferencias competenciales, como resultado de situaciones provisionales de hecho, como pudiera ser el retraso de los procesos de transferencia de funciones y servicios (STC 209/1990, FJ 2). Ahora bien, la experiencia constitucional muestra que progresivamente se han ido convirtiendo en excepciones respecto de una tendencia general a la homogeneización competencial. Ello se ha debido también a que la jurisprudencia constitucional ha ido precisando el contenido de los mandatos constitucionales en esta materia, determinado su sentido y estableciendo interpretaciones homogeneizadoras que tienden a «cerrar» el inicial modelo «abierto» constitucional, señaladamente a partir de la STC 31/2010. A la hora de leer, pues, las disposiciones del Título VIII es oportuno recordar que la «asimetría», lejos de representar hoy una característica definitoria del sistema, aparentemente derivada de la literalidad del art. 2 de la Constitución, y de su Título VIII, ha cobrado en la práctica un significado cada vez más secundario.

Una reflexión similar, conducente a una cabal comprensión de las reglas referidas a la distribución competencial, a la vista del Derecho vivo, debe efectuarse en relación con la *cláusula residual* del art. 149.1.3. Si bien, formalmente según la literalidad del precepto, las competencias autonómicas representarían una lista cerrada, contenida en el Estatuto de Autonomía respectivo, mientras que el Estado ostentaría todas aquellas competencias no asumidas por las Comunidades Autónomas, el proceso de desarrollo constitucional ha ido conduciendo a una realidad distinta (*vid.* Enoch ALBERTÍ ROVIRA, «Las reformas territoriales en Alemania y España y la sostenibilidad del paradigma autonómico español», *REDC*, núm. 78, 2006, págs. 9-42). Las sucesivas reformas estatutarias han supuesto que los Estatutos de Autonomía se hayan ido con-

virtiendo progresivamente en un exhaustivo «negativo» o copia inversa de la lista de competencias reservadas al Estado por el art. 149.1, de manera que es esta lista de materias la que se convierte, como consecuencia de las cada vez más incluyentes reformas estatutarias, en una lista cerrada de competencias estatales. Las fórmulas seguidas para ello son diversas, pero coinciden en la tendencia a la asunción por los Estatutos de competencias sobre un elenco cada vez más amplio de materias, dejando únicamente a salvo aquellas expresamente atribuidas por la Constitución al Estado (Joaquín TORROS, «Balance de la distribución de competencias tras la reforma de los Estatutos de Autonomía», *Informe Comunidades Autónomas 2006*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2007, págs. 879-893). Mediante diversos procedimientos, es el Estado quien ve reducidas sus competencias a la enumeración tasada, *nominatim*, en el art. 149.1 o en otras disposiciones complementarias. El proceso se hizo más evidente en algunos Estatutos (así, en el Estatuto de Cataluña tras la reforma de 2006) y lo ha sido menos en otros; pero las técnicas seguidas, como la minuciosa definición del contenido de las materias sobre las que la Comunidad Autónoma asume competencias, dan como resultado en la práctica una definición reductora con alcance general del ámbito de competencia estatal, en cuanto tal minuciosa definición, que redundando en un acotamiento del ámbito competencial del Estado, se establece en leyes estatales con categoría de Ley Orgánica, como son los Estatutos, que difícilmente permitiría una interpretación de las materias contenidas en el art. 149.1 y disposiciones complementarias, que variase de Comunidad Autónoma a Comunidad Autónoma.

III. EL PRINCIPIO DE UNIDAD

El marco normativo del Título VIII, pues, ha conducido a un modelo general que por un lado supone la extensión del régimen autonómico a todo el territorio, y que por otro ha tendido tanto a la igualación competencial como a la asun-

ción por las Comunidades Autónomas de todas aquellas competencias no expresamente reservadas al Estado. Ahora bien, las disposiciones constitucionales que establecen las bases de este régimen, cada vez más perfilado, se encuadran, como es evidente, en el conjunto del texto constitucional, de manera que el principio de autonomía ha de cohonestarse con el resto de los principios presentes en ese texto. De entre ellos, y en lo que se refiere al Título VIII, el principio de unidad resulta especialmente relevante, como obligado desarrollo del art. 2 de la Constitución, que proclama al tiempo la indisoluble unidad de la Nación española y el derecho a la autonomía de nacionalidades y regiones. El Título VIII, al tiempo que establece la base normativa de este derecho a la autonomía, contiene también las consecuencias que se derivan de principio de unidad.

Desde luego, este principio va más allá de la mera proclamación de la integridad e indisolubilidad de la comunidad política española. Pues afirmar la unidad de una comunidad política estatal supone no solo afirmar tales características, referidas a la configuración del Estado, sino también reconocer que la unidad se va a traducir también en una dimensión dinámica, esto es, en un actuar conjunto y coordinado de sus partes componentes, sin el cual la unidad no tendría significado real. Lo que comporta, por una parte, que, en un núcleo esencial de materias, haya de existir una dirección política común; por otra, que los integrantes de esa comunidad política estatal dispongan de un estatus básico compartido en términos tanto formales como materiales; y finalmente, que habrá unos mecanismos de control que aseguren el sometimiento al común orden constitucional de los diversos niveles de poder y que aseguren el equilibrio constitucionalmente querido entre las diversas instancias territoriales, estatal y autonómicas. Y cabe afirmar que si bien el Título VIII, en lo que se refiere al desarrollo del principio de autonomía, contiene solo unas líneas generales, en lo que se refiere al principio de unidad contiene disposiciones más precisas, que van más allá de la fijación de meras líneas marco.

El elemento central en la expresión del principio de unidad es sin duda la atribución de una serie de competencias en exclusiva a los órganos comunes del Estado, en el art. 149.1 CE. Mediante esta reserva, como se indicó, el principio de unidad cobra una dimensión dinámica, en cuanto que atribuye tareas al Estado, entendido en ese precepto en la acepción estricta de «poderes comunes». Esta dimensión dinámica tiene además una proyección integradora, por cuanto las competencias listadas en ese precepto se refieren, no solo a tareas de regulación, gestión o enjuiciamiento sobre materias concretas, sino también a tareas de coordinación y de fijación de bases a desarrollar por las Comunidades Autónomas. Esta última atribución al Estado, que viene a reintroducir en el sistema un elemento de supraordenación de la normativa estatal sobre la autonómica, no ha dejado de dar lugar a una amplia polémica sobre si las bases reservadas al Estado han de ser únicamente de naturaleza principal, o si, por el contrario, aparte de directrices y principios pueden contener regulaciones concretas y aun disposiciones de inmediata ejecución. La jurisprudencia constitucional ha mantenido una concepción amplia del concepto de bases (por todas, STC 1/1982, de 28 de enero, caso *Coeficientes de Cajas de Ahorro*, FJ 1); pero como se ha insistido, los perfiles del sistema autonómico son resultado de un proceso de desarrollo, y las sucesivas reformas de los Estatutos de Autonomía, en cuanto alteran el reparto de competencias, no dejan de plantear la cuestión relativa a su incidencia sobre la jurisprudencia constitucional también en cuanto al alcance de la legislación básica (José Antonio MONTILLA MARTOS, «La legislación básica tras las reformas estatutarias», *REDC*, núm. 78, 2006, págs. 105-150). En todo caso, valga señalar la respuesta negativa del Tribunal Constitucional a la tendencia estatutaria a destacar el aspecto principal de las bases. El art. 111 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, tras la reforma efectuada por LO 6/2006, de 19 de julio, se refería a las competencias de la Generalidad «[...] en el marco de las bases que fije el Estado como principios o

mínimo común normativo». Pues bien, en su STC 31/2010, FJ 62, el Tribunal Constitucional vino a declarar inconstitucional y nulo el citado inciso del art. 111, puesto que, en palabras del Tribunal, «termina por definir el ámbito competencial del Estado».

Una segunda, pero no menos importante, manifestación de principio de unidad sería la referida a la igualdad de las posiciones (o estatus) básicas de los ciudadanos; y ello tanto en lo que se refiere a su dimensión formal (derechos y deberes) como material (bienestar económico y social). Con respecto a lo primero, el art. 139.1 (complementado por el art. 149.1.1) establece que «todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado», norma esta que se ha preocupado de perfilar la jurisprudencia constitucional (STC 37/1981, de 16 de noviembre, caso *Centro de Contratación de cargas*, FJ 2). En cuanto a lo segundo, la preocupación del constituyente por evitar que el derecho a la autonomía se traduzca en diferenciaciones económicas territoriales, se refleja en la proclamación del principio de solidaridad, íntimamente vinculado con el de unidad (art. 138.1 en relación con el art. 2 CE), así como en la prohibición de privilegios económicos y sociales derivados de los Estatutos de Autonomía (art. 138.2) y en la previsión de técnicas e instituciones concretas destinadas a asegurar un nivel mínimo homogéneo de bienestar [así, el Fondo de Compensación Territorial previsto en el art. 157.1.c) o los mecanismos incluidos en el art. 158, aps. 1 y 2]. Sin duda, las previsiones constitucionales relativas a la unidad de mercado (como la del art. 139.2) deben incluirse dentro de estas garantías del principio de unidad, que se proyectan sobre las posiciones jurídicas de los ciudadanos.

Como manifestación añadida del principio de unidad deben también considerarse las previsiones relativas al mantenimiento de la estabilidad financiera del todo el sistema económico español, afectando a todas las Administraciones Públicas, incluyendo desde luego las Co-

municipalidades Autónomas, previsiones introducidas por la reforma del art. 135 de la Constitución, e instrumentadas por la Ley Orgánica 2/2012, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, por cuanto vienen a suponer una considerable limitación a la potestad de gasto de las Comunidades Autónomas, obligándolas a adecuar el ejercicio de esa potestad a las necesidades derivadas de los compromisos internacionales de España en la materia (Eliseo AJA, *Estado Autonómico y Reforma Federal*, Alianza Editorial, Madrid, 2014, págs. 262-267).

La expresión definitiva del principio de unidad se encontraría en la garantía de la supremacía de la Constitución, como reflejo del poder constituyente del pueblo español en cuanto titular de la soberanía nacional (art. 1.2 CE). Expresivamente, el Tribunal Constitucional ha recalcado que «autonomía no es soberanía» (STC 4/1981, de 2 de febrero, caso *Ley de Bases del Régimen Local*, FJ 3), y que cualquier reparto competencial debe realizarse en el marco de la Constitución. El art. 153, en su ap. a), viene a referirse específicamente al control de las Comunidades Autónomas por el Tribunal Constitucional, respecto a la «constitucionalidad de sus disposiciones normativas con fuerza de ley». La distribución territorial del poder, y el consecuente reparto de atribuciones entre entes territoriales de ámbito diverso no obsta a la unidad del ordenamiento constitucional y a su garantía última por el Tribunal Constitucional. Por ende, tanto la adjudicación, por las diversas vías constitucionalmente abiertas, de poderes a las Comunidades Autónomas, como el ejercicio de tales poderes por parte de estas, se encuentran sometidos al control de Tribunal Constitucional. Si bien debe añadirse desde luego que ese control se ejercerá también respecto de la actuación de los órganos comunes del Estado, la particular relevancia que otorga el texto constitucional a la protección del principio de unidad se traduce en la concesión a los órganos centrales del Estado de una posición de ventaja procesal en los procedimientos ante el Tribunal Constitucio-

nal en relación con las Comunidades Autónomas. El art. 161.2 de la Constitución prevé que la impugnación por el Gobierno de las disposiciones y resoluciones adoptados por los órganos de las Comunidades Autónomas «producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida»; la Ley Orgánica del Tribunal (arts. 30 y 64.2) por su parte dispone que el planteamiento por el Gobierno de recursos de inconstitucionalidad o conflictos de competencia frente a actuaciones de las Comunidades Autónomas dará lugar a esa suspensión si el Gobierno invoca el citado precepto constitucional. Y sin embargo, y significativamente, tal suspensión, se configura como potestativa por parte del Tribunal cuando se trata de conflictos de competencia promovidos por las Comunidades Autónomas.

Finalmente, valga señalar como garantía extrema del principio de unidad, lo dispuesto en el art. 155 de la Constitución, que permite al Gobierno (con los requisitos contenidos en ese artículo) adoptar las medidas necesarias para obligar a una Comunidad Autónoma el cumplimiento forzoso de sus obligaciones derivadas de la Constitución y las leyes. Esta previsión (inicialmente considerada como de improbable aplicación) por una parte, se ha trasladado a las garantías de la mencionada Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, y por otra, y en una interpretación extensiva de su contenido, ha dado lugar a la aprobación de cinco Reales Decretos de 27 de octubre de 2017 por los que se cesaba a los miembros del Gobierno de la Generalitat, se asumían por el Estado las competencias de esta, se disolvía el Parlament de Catalunya y se convocaban nuevas elecciones.

IV. ÁMBITOS (AÚN) ABIERTOS AL DESARROLLO CONSTITUCIONAL

El proceso por el cual se ha ido perfilando y consolidando progresivamente el Estado de las Autonomías en su versión actual, en el marco descrito del Título VIII de la Constitu-

ción, si bien ha ido conduciendo a un modelo cada vez más definido (en la líneas apuntadas), no ha dado lugar, en todo caso, a un sistema de reparto competencial definitivamente cerrado. Por cuanto la Constitución como tal no establece un reparto taxativo de competencias, pueden los poderes constituidos, en el marco del Título VIII, utilizar el margen de actuación al respecto que no ha quedado agotado por la acción del legislador. Destacadamente, el carácter (aún) abierto del modelo se manifestaría en diversos ámbitos:

a) En primer lugar, no cabe excluir ampliaciones competenciales mediante reformas sucesivas de los Estatutos de Autonomía, incorporando a estos nuevas materias, dentro de los límites constitucionales y, particularmente, de los establecidos por el art. 149.1. Ahora bien, esta vía, que supondría una reinterpretación de los preceptos constitucionales favorable a la extensión de las competencias autonómicas, y que fue la seguida por la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña del año 2006, aparece hoy como escasamente factible, a la vista de la jurisprudencia sentada por el Tribunal Constitucional en su citada STC 31/2010, que viene en gran manera a cerrar las posibilidades de desarrollo autonómico en ese aspecto.

b) Por otro lado, una vía de desarrollo se manifestaría en las posibilidades que ofrece el art. 150 CE, en sus aps. 1 y (sobre todo) 2, en cuanto a la atribución, transferencia o delegación de facultades a las Comunidades Autónomas en materias de competencia estatal, esto es, en materias en principio reservadas al Estado por el art. 149.1 o cualquier otra disposición constitucional. Estas posibilidades

no son ciertamente ilimitadas, como resulta de la misma literalidad del art. 150 CE (que se refiere, en su ap. 2, a «facultades correspondientes a materia de titularidad estatal que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación»), pero suponen una eventual apertura del reparto competencial (José Antonio MONTILLA MARTOS, «Las leyes orgánicas de transferencia en el proceso de homogeneización competencial», *RAP*, núm. 140, 1995, págs. 281-312).

c) En tercer lugar, y en lo que se refiere a los límites a las competencias de las Comunidades Autónomas que resultan del art. 149.1, debe tenerse en cuenta que las reservas al Estado efectuadas por este artículo dejan un margen a la interpretación del legislador en cuanto a la extensión y significado de determinadas competencias estatales, sobre todo, como ya se apuntó, las referidas al establecimiento de bases y la emisión de legislación básica. Cabe por ello que se lleven a cabo redefiniciones competenciales, mediante la reformulación por el legislador básico estatal de los ámbitos correspondientes respectivamente a las bases estatales y al desarrollo autonómico.

d) Finalmente, valga una referencia a la cláusula contenida en la disposición adicional primera en cuanto contiene una referencia genérica a los derechos históricos de los territorios forales, cuya actualización se inserta en lo establecido por la Constitución y los Estatutos de Autonomía, abriéndose así una vía para una eventual redefinición de esos derechos, por la vía de la reforma estatutaria, dentro de las previsiones constitucionales.

Artículo 137

El Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyan. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses.

LA DIVISIÓN TERRITORIAL DEL PODER DEL ESTADO Y LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE LA AUTONOMÍA LOCAL

Sumario: I. Introducción. Dos incisos y sucintas disposiciones para una diversidad de complejos principios. II. El principio de división territorial del poder en un Estado compuesto. III. El principio de territorialidad de las competencias de las Comunidades Autónomas. IV. El autogobierno por diversos entes de sus intereses respectivos. V. La imprecisa garantía constitucional de la autonomía local.

JAVIER GARCÍA ROCA

CATEDRÁTICO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
LETRADO EXCEDENTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

IGNACIO GARCÍA VITORIA

PROFESOR CONTRATADO DOCTOR DE DERECHO CONSTITUCIONAL
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

I. INTRODUCCIÓN

Dos incisos y sucintas disposiciones para una diversidad de complejos principios. El enunciado del art. 137 CE sorprende por su simplicidad, tan solo treinta palabras, frente a la complejidad del objeto que afronta. Dos sucintas disposiciones normativas, una por cada inciso en los que se estructura el precepto. El primero se refiere a la organización territorial del Estado en su conjunto, descentralizado en tres tipos de entes territoriales necesarios, mencionados en el siguiente orden: Municipios, Provincias y Comunidades Autónomas. En palabras del Tribunal Constitucional, la Constitución «prefigura (...) una distribución vertical del poder público entre entidades de distinto nivel» (STC 32/1981, de 28 de julio). El segundo inciso reconoce un

principio de autonomía de estos entes, condicionada por la enigmática expresión final: «para la gestión de sus respectivos intereses». Se ha entendido, sobre todo, como un principio de autonomía local, dada la parquedad de la regulación constitucional de esta materia en el Capítulo II. En cambio, la autonomía de las Comunidades Autónomas puede asirse en otros preceptos constitucionales y estatutarios dotados de mayor concreción.

Pilar de la división territorial del poder. El tono declarativo del art. 137 CE, junto con su ubicación sistemática, encabezando el Capítulo I del Título VIII, donde se recogen los principios generales de la forma territorial del Estado, le confieren un destacado valor simbólico. El precepto sintetiza una comprensión general de la distribución territorial del

poder. El Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto esta relevancia del art. 137 CE afirmando, por ejemplo, que «preside la organización territorial del Estado» y que «configura uno de los pilares básicos del ordenamiento constitucional» (STC 104/2000, de 13 de abril, citando de forma muy libre la ya referida STC 32/1981, FJ 3). Aunque debemos advertir de que la orientación adoptada para resolver los conflictos planteados no siempre ha sido coherente con esta valoración. Esta posición central dentro de la Constitución, en el zaguán de la forma territorial del Estado, convierte al art. 137 CE en una pieza destacada del debate sobre la reforma constitucional, como bien refleja el «Informe sobre modificaciones de la Constitución española», emitido por el Consejo de Estado en 2006. Al mismo tiempo que realza el significado político, y no meramente técnico, que necesariamente tiene cualquier propuesta de reformar este precepto.

II. EL PRINCIPIO DE DIVISIÓN TERRITORIAL DEL PODER EN UN ESTADO COMPUESTO

Descentralización sin modelo. La ausencia de denominación es un primer rasgo de la fórmula elegida por la Constitución para presentar la organización territorial del Estado. La Constitución no califica, ni aquí ni en cualquier otro lugar, con conceptos jurídicos habituales —federal, regional, federorregional...—, la forma territorial del Estado. La doctrina suele llamarlo «Estado de las autonomías» o «Estado autonómico», y el Tribunal Constitucional, normalmente, «Estado compuesto», usando una cláusula muy elástica. La ambigüedad de la regulación constitucional, una aproximación pragmática, repleta de compromisos dilatorios, fue el coste pagado por el consenso entre los padres constituyentes; el éxito político del nuevo Estado descentralizado no impide reconocer las inseguridades jurídicas. Tan es así que el propio Gobierno en la solicitud de Dictamen, formulada en 2005 al Consejo de Estado, so-

bre modificaciones de la Constitución, afirmó que «la Constitución de 1978, más que un punto de llegada, quiso ser un punto de partida». Una calificación insólita dada la naturaleza de las normas constitucionales que, por definición, y dada su fundamentalidad en un ordenamiento, tienden ser permanentes y estables.

Transitoriedad. Recordemos que el art. 137 CE se refiere a «las Comunidades Autónomas que se constituyan», lo que evidencia una típica transitoriedad impropia, encaminada a facilitar la erección del nuevo Estado descentralizado, impulsando la creación de aquellas, pero no incorpora un mapa regional ni, subsiguientemente, unos mecanismos de fusión y agregación. La cuestión se soslayó entonces por polémica y no pudo ser cerrada hasta los Acuerdos Autonómicos de 1981 tras las sugerencias realizadas en el Informe Enterría. El territorio de cada Comunidad fue delimitado jurídicamente con la aprobación de todos los Estatutos en 1983. La recepción de la referencia que hacía el art. 8 de la Constitución de la II República a «las regiones —hoy las Comunidades Autónomas— que se constituyan» es patente y es consecuencia del principio dispositivo, pues tanto en 1931 como en 1978 se ignoraba en el momento constituyente el mapa regional final, e incluso se discutía sobre la artificialidad histórica de algunas entidades y su delimitación territorial frente a otras tradicionales y asentadas. Pero, a diferencia del interrumpido modelo republicano, de desconocidos resultados, el mapa actual en diecisiete Comunidades Autónomas, y dos Ciudades Autónomas, se encuentra consolidado después de varias décadas, así como la opción por la generalización del sistema de descentralización, que fue una de las incógnitas del llamado «Estado integral». La expresión «que se constituyan» ha quedado obsoleta.

La propuesta de inclusión de la denominación de las Comunidades Autónomas según el Consejo de Estado. La inclusión en la Constitución de la denominación de las Comuni-

dades Autónomas fue uno de los puntos de la solicitud de dictamen del Gobierno al Consejo de Estado. Pero bajo, en apariencia, tan inocua y sencilla pregunta, el Gobierno argüía que «designar por su nombre a todas y cada una de las Comunidades Autónomas que integran España no es un innecesario ejercicio de estilo. Por el contrario significa superar la apertura inicial del modelo de descentralización política establecido por el constituyente. Las Comunidades Autónomas ya no serán una posibilidad constitucional sino sujetos políticos pertenecientes a una Constitución misma». El Consejo ofreció tres soluciones posibles al interrogante gubernamental, que etiquetó como A, B y C, tras constatar que el Derecho comparado no ofrecía idénticas soluciones. La denominada solución A, la más sencilla, consistía en la supresión del sintagma «que se constituyan» y aprovechar el cascarón vacío del art. 143 CE para incluir la denominación de las Comunidades. Las otras dos soluciones alternativas adoptaban la misma posición respecto al problema de la denominación de las Comunidades Autónomas, pero llevaban más lejos la reforma constitucional con otras finalidades. La solución B implicaba una modificación más profunda del art. 137 CE para «destacar la profunda diferencia existente» entre las Comunidades y los entes locales, mientras que la solución C añadía la modificación del art. 2 CE, central en la arquitectura diseñada por los constituyentes y cuya discusión recabó la mayor parte de su atención reflejada en el diario de sesiones.

El orden de los factores. El art. 137 menciona en primer lugar a los municipios y a las Comunidades Autónomas al final. En cambio, el Informe del Consejo de Estado sugería que se mencionara en primer lugar las Comunidades Autónomas, como un elemento de la ya mencionada solución B, basándose en la superior calidad de la autonomía de nacionalidades y regiones. No se trataría sino de llevar al texto algo que está muy consolidado en la jurisprudencia constitucional. La **STC 32/1981**, previamente citada, sobre la transferencia de las Diputaciones catala-

nas a la Generalidad, sostuvo que «La primera y más alta de las entidades a que se refiere el art. 137 de la Constitución es, por supuesto, la Comunidad autónoma, cuya creación incide no solo sobre las competencias de los órganos generales del Estado (los arts. 148 y 149 de la Constitución son expresivos al respecto), sino también sobre las atribuidas a las provincias en la medida en que responden al interés general de la Comunidad» (FJ 3). Sin embargo, el Derecho comparado arroja algunas dudas sobre la conveniencia de tal cambio. La propuesta del Consejo de Estado apunta justo al camino opuesto al recorrido por el art. 114 de la Constitución italiana. Mientras en la versión original de 1948 mencionaba primero a las Regiones y después a las Provincias y a los Municipios, la vigente, que data de 2001, invierte el orden para mencionar primero a los Municipios. Esta misma reforma de 2001 introdujo en el art. 118 el principio de subsidiariedad como garantía de las competencias de los entes locales. Del anterior ejemplo puede deducirse que, desde la perspectiva del principio de subsidiariedad, tiene sentido mencionar primero el escalón territorial más pequeño y próximo a los ciudadanos. Tal vez, la lógica que lleva a priorizar la posición constitucional de las Comunidades Autónomas, algo ya asentado con la actual redacción, pudiera tener como efecto secundario lanzar un mensaje negativo respecto de la subsidiariedad. Una subsidiariedad que forma parte de las reclamaciones del municipalismo y que no ha sido configurada como un principio jurídico por el Tribunal Constitucional, ni por el legislador básico estatal. Únicamente aparece reconocido, aunque de manera bastante desdibujada, en algunos Estatutos de Autonomía. El art. 86 del Estatuto de Cataluña alude al principio de subsidiariedad como criterio de distribución de las responsabilidades entre las distintas administraciones locales y no como un límite al ejercicio de las competencias autonómicas.

Las Ciudades Autónomas. El Informe del Consejo de Estado también proponía añadir

una referencia a las Ciudades Autónomas de Cautá y Melilla, que no fueron aprobados hasta 1995. Se abandonó la opción de la disposición transitoria quinta de la Constitución, que hubiera permitido su constitución en Comunidades Autónomas, y se eligió el mecanismo del art. 144.b), autorizando las Cortes un Estatuto para territorios no integrados en la organización provincial. Los **AATC 201 y 202/2000**, de 25 de julio, aclararon que los Estatutos de Autonomía de **Ceuta y Melilla** las configuran con la condición de «**ciudades autónomas**», pero no como unas de las Comunidades Autónomas en las que se organiza territorialmente el Estado conforme a lo establecido en el art. 137 CE. Eso supuso que se negara a ambas Ciudades Autónomas la legitimación para interponer un recurso de inconstitucionalidad. En cambio, se les ha reconocido la posibilidad de defender sus competencias a través del conflicto en defensa de la autonomía local (**STC 240/2006**, de 20 de julio).

El lugar de las Provincias. El Tribunal Constitucional ha considerado que los arts. 137 y 141 CE garantizan la existencia de la provincia como entidad local. Así lo afirmó, muy tempranamente, la ya citada **STC 32/1981**, en el caso de las Diputaciones catalanas. Es curioso comparar el art. 137 CE, que parece situar en el mismo nivel, los municipios y las provincias, con el ya citado art. 8 de la Constitución de 1931. Obsérvese que la Constitución republicana acertaba al identificar la naturaleza de las Provincias y calificarlas como una mancomunidad de Municipios, no tanto en esa calificación técnica como mancomunidad, como por la afirmación de su supramunicipalidad o intermunicipalidad. El papel protagonista del mundo local debe corresponder al Municipio por su carácter representativo fundado en la elección ciudadana, pero puede venir asistido, especialmente los pequeños Municipios, de las Provincias, que deben limitarse a ejercer una función de suplencia y no de competencia con las Comunidades Autónomas ni de sustitución de los Gobiernos municipales.

III. EL PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD DE LAS COMPETENCIAS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

La territorialidad de las competencias autonómicas: fundamento constitucional. La jurisprudencia inicial se construyó respecto al art. 20.6 del Estatuto del País Vasco, que dispone: «Salvo disposición expresa en contrario, todas las competencias mencionadas en los artículos anteriores y otros del presente Estatuto se entienden referidas al ámbito territorial del País Vasco». El Tribunal Constitucional ha precisado que la territorialidad de las competencias autonómicas no depende del Estatuto, sino que deriva de la propia Constitución: «viene impuesta por la organización territorial del Estado en Comunidades Autónomas (art. 137 de la Constitución) y responde a la necesidad de hacer compatible el ejercicio simultáneo de las competencias asumidas por las distintas Comunidades» (**STC 44/1984**, de 27 de marzo, FJ 2).

Las excepciones a la territorialidad deben estar contenidas en el bloque de la constitucionalidad. El Tribunal Constitucional también interpretó que la expresión «salvo disposición expresa en contrario» recogida en el art. 20.6 del Estatuto Vasco significa que las excepciones al principio de territorialidad deben estar contempladas en una norma que integre el bloque de la constitucionalidad. Así lo afirmó en la **STC 72/1983**, de 29 de julio, donde aclaró además que esto significa que la norma que determine de otra forma el ámbito de la competencia asumida ha de estar contenida «en la Constitución, el Estatuto o en las Leyes determinadoras de las competencias, en el marco de la Constitución» (FJ 4). Como ejemplo de título competencial estatutario que atribuye al País Vasco la competencia con un alcance extraterritorial, la Sentencia señaló el art. 10.13 del mismo Estatuto del País Vasco, en materia de «Fundaciones y Asociaciones de carácter docente, cultural, artístico, benéfico, asistencial y similares, en tanto desarrollen principalmente sus funciones en el

País Vasco». Por el contrario, la Sentencia sostuvo que la competencia autonómica sobre cooperativas debía ajustarse al principio de territorialidad. En consecuencia, declaró contraria al principio de territorialidad la disposición final primera de la Ley Vasca de Cooperativa, que decía así: «La presente Ley se aplicará a todas las cooperativas con domicilio en la Comunidad Autónoma del País Vasco, con independencia de su ámbito territorial de actuación». La Sentencia incluyó un matiz: la territorialidad de la competencia sobre cooperativas no afecta a las relaciones jurídicas externas con terceros de carácter instrumental. Por ejemplo, en la compra de los productos por parte de una cooperativa de consumo que posteriormente venderá a sus socios, la función típica es la venta a los socios y la actividad instrumental es la compra a los proveedores. Siguiendo el mismo razonamiento, en el que se afirma la aplicación del principio de territorialidad y se rechaza la utilización del criterio del domicilio social para configurar la competencia autonómica sobre cooperativas, la antes mencionada **STC 44/1984** atribuyó al Estado la potestad para registrar la modificación parcial de los estatutos de Caja Laboral Popular. Se negó la existencia de una excepción al principio de territorialidad basándose en la ausencia de referencia expresa en el Estatuto al criterio del domicilio social y la adopción por parte de la legislador estatal sobre cooperativas del punto de conexión del ámbito de actuación de la entidad.

Territorialidad de las competencias y de los actos producidos en el ejercicio de tales competencias. Para comprender el alcance de este principio de territorialidad resulta interesante leer el voto particular de los Magistrados Díez-Picazo y Rubio Llorente a la citada **STC 72/1983**. Como hemos visto en el párrafo anterior, la Sentencia había considerado que era contraria al principio de territorialidad la disposición que declaraba aplicable la Ley Vasca de Cooperativa a las cooperativas con domicilio en la referida Comunidad Autónoma, independientemente del ámbito de ac-

tuación. El voto particular, por el contrario, distinguió entre la territorialidad como límite de la competencia y el ámbito de aplicación territorial de la Ley. Exactamente el voto particular otorgó relevancia a la «diferencia entre las competencias, entendidas como conjuntos concretos de poderes y de funciones cuya titularidad ostenta la Comunidad Autónoma y los actos producidos en el ejercicio de tales competencias». De acuerdo con el voto particular, «así como las competencias y su ejercicio tienen una referencia territorial expresa, no puede ocurrir lo mismo en modo alguno con el derecho y con las normas emanadas de tales competencias». Se consideró «un error pensar que las normas emanadas de las Comunidades Autónomas son normas de efectos en el espacio estrictamente territoriales». En consecuencia, se afirmó que la disposición final de la Ley vasca no era una «norma de competencia», sino una «norma de colisión» o de conflicto de leyes, por lo que no podía ser contraria al art. 137 CE o al art. 20.6 del Estatuto del País Vasco, sino que debía examinarse su posible contradicción con la competencia del Estado para dictar las normas de resolución de los conflictos que se puedan plantear entre las normas de distintas Comunidades Autónomas.

Su flexible aplicación como límite: efectos extraterritoriales de las actuaciones autonómicas. El Tribunal Constitucional ha declarado que el principio de territorialidad de las competencias autonómicas debe interpretarse con la flexibilidad suficiente para no vaciar de contenido las competencias asumidas. La **STC 37/1981**, de 16 de noviembre, tras señalar que la competencia autonómica sobre centros de contratación de carga está sujeta al principio de territorialidad, sostuvo que esta limitación territorial «no puede significar, en modo alguno, que les esté vedado por ello a esos órganos (autonómicos), en uso de sus competencias, adoptar decisiones que puedan producir consecuencias de hecho en otros lugares del territorio nacional». Se argumentó que la unidad de España «impide su división en compartimentos estancos» y que

la imposibilidad de las Comunidades Autónomas para actuar cuando sus actos pudieran originar consecuencias más allá de sus límites territoriales equivaldría a privarles de toda capacidad de actuación (FJ 1).

Excepciones puntuales a la territorialidad.

La jurisprudencia posterior ha ido completando los perfiles del principio de territorialidad. Por ejemplo, la **STC 103/1988**, de 8 de junio, apreció una excepción a la regla general. Admitió que la ley andaluza incidiera sobre el régimen de los archivos de titularidad no estatal que pertenezcan a entidades de ámbito territorial superior al de la Comunidad. Consideró que esta situación era el resultado de las disposiciones constitucionales y estatutarias. La proyección de la competencia autonómica sobre los archivos de titularidad no estatal, pero que pertenecen a entidades de ámbito territorial superior al de la Comunidad resulta de la conjunción de que la Constitución solo reserva al Estado los «museos, bibliotecas y archivos de titularidad estatal» (art. 149.1.28.^a CE), mientras que el art. 13.28 del Estatuto de Autonomía en aquel momento vigente atribuía competencia exclusiva a la Comunidad Autónoma en materia de «archivos, museos, bibliotecas y demás colecciones de naturaleza análoga que no sean de titularidad estatal».

¿Qué debe entenderse por territorio autónomo?

El Tribunal asimismo ha concretado qué espacios forman parte del territorio. La **STC 77/1984**, de 3 de julio, aclaró que las competencias autonómicas, en materia por ejemplo de ordenación del territorio, pueden proyectarse sobre los puertos y la zona marítima-terrestre, porque forman parte de la división del territorio nacional en Comunidades Autónomas (FJ 3). En esta misma Sentencia, el Tribunal afirmó que el concepto de dominio público estatal no sirve para aislar una porción del territorio de su entorno. Más complicado es el caso del mar territorial. En la **STC 38/2002**, de 14 de febrero, en el caso del plan de ordenación del parque natural Cabo de Gata-Níjar, el Tribunal Constitucional sostuvo

que el mar territorial no forma parte del territorio autonómico. Sin embargo, admitió que excepcionalmente pueden llegar a ejercerse competencias autonómicas sobre este espacio. De acuerdo con el Tribunal Constitucional, esta eventual extraterritorialidad de la competencia autonómica dependerá de la redacción del título competencial estatutario o de «la naturaleza de la competencia tal como resulta de la interpretación del bloque de la constitucionalidad».

La dimensión supracomunitaria de un problema no permite alterar la titularidad primaria de la competencia.

Otra decisión relevante es la **STC 175/1999**, de 30 de septiembre, donde se enjuiciaba qué cuerpo policial era competente para hacer el seguimiento de los libros-registros que deben existir en determinados establecimientos para detectar la reventa de objetos robados. De la redacción del Estatuto de Autonomía del País Vasco se deducía que correspondía a la Policía Autónoma el control de los libros de los establecimientos situados en la Comunidad Autónoma. El Estado argumentaba que el control debía responder a la Policía Nacional o a la Guardia Civil para prevenir la posibilidad de que los objetos revendidos en la Comunidad Autónoma vasca procedieran de la comisión de delitos en otra Comunidad Autónoma. El Tribunal negó este desplazamiento de la competencia, argumentando que «esa dimensión supracomunitaria carece de la relevancia necesaria para producir el desplazamiento de la competencia autonómica a favor del Estado, pues lo determinante para precisar la Administración competente es el control que debe ejercerse sobre la actividad de unos establecimientos que están situados en el ámbito territorial del País Vasco» (FJ 6). Lo que puede hacer el Estado es establecer mecanismos de colaboración y coordinación entre las distintas Policías.

La concreción por el legislador estatal de los puntos de conexión territorial. En el caso de las competencias autonómicas sujetas al principio de territorialidad, en virtud de lo dis-

puesto en la Constitución y el respectivo Estatuto, puede ser necesaria la intervención del legislador para determinar con precisión la norma —estatal o autonómica— aplicable a cada situación. La complejidad que ha adquirido la ordenación de algunas actividades económicas hace que en ocasiones no sea evidente cómo aplicar el principio de territorialidad para identificar cuál es la administración competente. El ejemplo más claro es el de las entidades de seguros. Se explica con claridad en la **STC 86/1989**, de 11 de mayo, sobre la Ley de Ordenación del Seguro Privado. Tras afirmar que la eficacia de las competencias autonómicas en esta materia «se encuentra, por su propia naturaleza, limitada a su propio territorio», el Tribunal Constitucional añadió que «resulta evidente que, en materias como la del seguro privado, en la que las entidades a ella dedicada pueden extender su actividad más allá del territorio de una Comunidad Autónoma, la plasmación de la eficacia territorial de las competencias autonómicas requiere determinar con precisión qué entidades quedan sometidas a las competencias de cada Comunidad Autónoma y cuáles a las del Estado» (FJ 9). El Tribunal Constitucional sostuvo que la facultad de determinar cuál es la norma válida aplicable en cada caso a las diversas entidades de seguros es una competencia reservada al Estado por el art. 149.1.8 CE, que le atribuye la facultad para dictar «las normas para resolver los conflictos de leyes». Respecto del concreto punto de conexión fijado en este caso, puede añadirse que el Tribunal Constitucional validó, con algunas correcciones interpretativas, el triple punto de conexión fijado por el legislador estatal para establecer el ámbito de competencia autonómica: entidad aseguradora con domicilio social en una Comunidad Autónoma y cuyo ámbito total de operaciones y localización de riesgos asegurados tenga lugar en el territorio de la misma. Dio la razón al Estado a pesar de que el Decreto de traspaso de servicios tan solo había empleado el criterio del domicilio social como delimitador del ámbito de aplicación de la competencia de la Comunidad Autónoma. La Sentencia reiteró que los Decre-

tos de traspaso de servicios, «si bien constituyen un elemento interpretativo, no atribuyen por sí mismos competencia alguna y que el reparto competencial deriva en exclusiva del bloque de la constitucionalidad» (FJ 10). Esta doctrina ha sido reiterada en Sentencias posteriores, en materia de seguros (**SSTC 330/1994**, de 15 de diciembre, y **173/2005**, de 23 de junio) y también de defensa de la competencia (**STC 208/1999**, de 11 de noviembre).

La competencia estatal para fijar los puntos de conexión como medio para evitar el desplazamiento de la competencia sustantiva. La capacidad del legislador estatal para establecer los puntos de conexión se contempla en alguna Sentencias como una alternativa menos gravosa que el desplazamiento de la titularidad de la competencia al Estado, ante supuestos en los que la actuación del poder público puede producir efectos extraterritoriales. La **STC 243/1994**, de 21 de julio, sobre un Real Decreto en el que se regulaban las entidades privadas que colaboran con las Administraciones públicas en el ejercicio de las funciones de inspección y control de la normativa de seguridad industrial repitió que el Estado puede establecer «los puntos de conexión territorial que estime oportunos para determinar la Comunidad Autónoma a la que corresponde otorgar la autorización de esas Entidades que pretenden desarrollar una actuación de alcance superior al territorio de una Comunidad Autónoma». Por el contrario, el alcance supraterritorial de la actividad no permite «desplazar, sin más, la titularidad de la competencia controvertida al Estado» (FJ 6). Solo puede haber tal desplazamiento en los supuestos excepcionales previstos en la **STC 329/1993**, de 12 de noviembre.

El impacto de los Estatutos de Autonomía de segunda generación en el principio de territorialidad. La reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña planteaba nuevas preguntas sobre la territorialidad de las competencias autonómicas. Por una parte, el art. 14.1 del Estatuto mantenía la continuidad con la juris-

prudencia constitucional respecto de la eficacia territorial de las normas: «Las normas y disposiciones de la Generalitat y el Derecho civil de Cataluña tienen eficacia territorial, sin perjuicio de las excepciones que puedan establecerse en cada materia y de las situaciones que deban regirse por el estatuto personal u otras normas de extraterritorialidad». En cambio, el art. 115 del Estatuto parecía introducir cambios significativos en la consideración del principio de territorialidad y de sus límites. El primer apartado establece que el ámbito material de las competencias de la Generalidad está referido al territorio de Cataluña, excepto los supuestos a que hace referencia expresamente el mismo Estatuto «y otras disposiciones legales que establecen la eficacia extraterritorial». Había dudas sobre si el precepto permitía al legislador autonómico establecer los puntos de conexión. Mientras, el segundo apartado añade que, en los casos en que el objeto de las competencias de la Generalidad tenga un alcance superior al de su territorio, ejercerá sus facultades sobre la parte de su objeto situada en su territorio, sin perjuicio del establecimiento de instrumentos bien de colaboración entre las Comunidades Autónomas afectadas, o bien de coordinación e impuestos por el Estado. Por otra parte, los nuevos títulos competenciales precisaban los puntos de conexión en materias que anteriormente habían sido controvertidas. Por ejemplo, se especificaba que la competencia autonómica tenía como objeto las cajas de ahorro «con domicilio en Cataluña» (art. 120).

La Sentencia sobre el Estatuto: mantenimiento de la jurisprudencia previa. La **STC 31/2010**, de 28 de junio, reconduce la interpretación de estos preceptos del Estatuto a la jurisprudencia constitucional previa. De esta manera, sostuvo que el inciso «y otras disposiciones legales», que forma parte del art. 115.1 del Estatuto, no incluye necesariamente entre tales disposiciones a las de origen autonómico. La Sentencia advirtió de que el precepto puede ser interpretado en el sentido de que las disposiciones invocadas son las esta-

tales. Del mismo modo, la Sentencia consideró que el inciso segundo se ciñe a las competencias autonómicas, descartando que tuviera como propósito fragmentar el objeto de aquellas competencias que han sido reservadas al Estado. El Tribunal Constitucional sostuvo que el art. 115.2 EAC «se refiere de manera inequívoca al «objeto de sus competencias», lo que supone, obviamente, la exclusión de los casos que son «objeto» de competencia del Estado, en particular aquellas competencias que, como las invocadas por los recurrentes, le han sido atribuidas por la Constitución al Estado en razón del alcance supraautonómico del objeto sobre el que las mismas se proyectan» (FJ 63). Igualmente, se concluyó que el art. 120 del Estatuto «no cierra el paso a que la normativa estatal básica ex art. 149.1.11 y 13 CE enuncie con plena libertad de configuración los puntos de conexión» que hayan de ordenar el alcance supraterritorial de la competencia autonómica sobre cajas de ahorro (FJ 67).

El principio de eficacia nacional como excepción al principio de territorialidad. Entre los pronunciamientos sobre el principio de territorialidad de las competencias autonómicas en la jurisprudencia posterior a la Sentencia sobre el Estatuto, cabe destacar la **STC 79/2017**, de 22 de junio (en el muy extenso FJ 13). La Sentencia declara la inconstitucionalidad de dos preceptos claves de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado. El art. 19, que proclamaba el principio de libre iniciativa económica en todo el territorio nacional, permitía a un operador económico que estuviera legalmente establecido en un lugar del territorio español ejercer su actividad económica en todo el territorio. Bastaba con que cumpliera los requisitos de acceso a la actividad del lugar de origen, incluso cuando la actividad económica no estuviera sometida a requisitos en dicho lugar. Mientras, el art. 20 establecía la plena eficacia en todo el territorio nacional de todas las autorizaciones y declaraciones responsables que condicionan el acceso a una actividad económica. La Sentencia sostiene

que el denominado principio de eficacia nacional, que comprende ambos preceptos, «supone excepcionar el principio de territorialidad de las competencias» en el que se funda nuestro modelo constitucional de distribución de competencia. Explica que mientras la normativa de la Comunidad Autónoma de origen del operador pasa a tener efectos supraterritoriales, las normativas autonómicas donde posteriormente este decide trasladarse para ejercer su actividad dejan de tener efecto dentro del propio territorio autonómico. La Sentencia recalca que el principio de eficacia nacional «supone sustituir, como fundamento del ámbito espacial de aplicación de las competencias autonómicas, el criterio del territorio por el criterio de la procedencia del operador económico».

Su inconstitucionalidad cuando obliga a reconocer una normativa autonómica no equivalente. La **STC 79/2017** reitera la doctrina previa cuando destaca que la territorialidad de las competencias autonómicas está consagrada por la Constitución y los Estatutos de Autonomía. Recuerda también que la jurisprudencia previa ya había derivado directamente este principio de la organización territorial del Estado en Comunidades Autónomas (art. 137 CE). Esto le permite concluir, como principio general, que «no es una cuestión que sea disponible para el legislador estatal». El Tribunal Constitucional da un paso más cuando fija un límite absoluto al reconocimiento por parte del legislador estatal de efectos supraautonómicos a las actuaciones autonómicas: la imposibilidad de reconocer tales efectos cuando no existe una equivalencia en las normativas aplicables. Aquí estaría la divisoria entre el principio de reconocimiento mutuo, constitucionalmente admisible, y el principio de la Comunidad de origen, que no puede ser impuesto por el legislador estatal. Esta es la aportación principal de la Sentencia, que considera que la aplicación del principio de eficacia nacional en situaciones donde no existe una equivalencia entre las normativas de origen y de destino supone un vaciamiento de la autonomía de la Comuni-

dad de destino. Razona la Sentencia que otorgar eficacia extraterritorial a las disposiciones normativas autonómicas del lugar de origen, cuando establecen un estándar distinto al que fija la normativa autonómica del lugar de destino significa obligar a esta última Comunidad Autónoma a tener que aceptar dentro de su territorio una pluralidad de políticas ajenas. Puede concluirse que solo mediante una reforma constitucional podría vertebrarse un sistema de acceso al ejercicio de la actividad empresarial en todo el territorio basado en el cumplimiento de los requisitos de la Comunidad de origen, como parte integrante de la garantía constitucional de la unidad de mercado.

IV. EL AUTOGOBIERNO POR DIVERSOS ENTES DE SUS INTERESES RESPECTIVOS

Los defectos del art. 137 CE según el Consejo de Estado (I): la nivelación de tres autonomías territoriales muy distintas entre sí. El segundo inciso del art. 137 CE está redactado de una forma aparentemente niveladora: «Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses». Según el Informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional, esta norma constitucional adolecería de dos «defectos patentes». El primero consistiría en situar a todas las entidades territoriales en el mismo plano, sin destacar la «profunda diferencia» entre las Comunidades Autónomas y los entes locales. Para destacar adecuadamente la posición de las Comunidades Autónomas, el Informe sugería añadir un apartado segundo al art. 137 CE con la siguiente redacción: «Las Comunidades y Ciudades Autónomas gozan de autonomía en los términos previstos por la Constitución y los respectivos Estatutos. La ley asegurará la autonomía de municipios y provincias para la gestión de sus respectivos intereses».

La autonomía política y financiera de las Comunidades en la jurisprudencia consti-

tucional. Podría no ser ocioso, siguiendo la recomendación del Consejo de Estado, aclarar brevemente en el art. 137 CE los tres tipos de autonomía diferentes que se reconocen (autonómica, provincial y municipal), así como aprovechar la ocasión para mencionar las ciudades autónomas que son también entes necesarios en la organización del Estado. No obstante, puede relativizarse la necesidad de la reforma recordando que la actual redacción no ha supuesto un obstáculo para que la jurisprudencia constitucional mantenga claramente la posición prioritaria de las Comunidades Autónomas. En una de sus primeras sentencias, la **STC 4/1981**, de 2 de febrero, ya sostuvo que las entidades territoriales mencionadas en el art. 137 CE tienen «distinto rango», al tiempo que señalaba que el precepto refleja «una concepción amplia y compleja del Estado» (FJ 3). Asimismo hemos mencionado anteriormente que la **STC 32/1981** afirmó que la Comunidad Autónoma es «la primera y más alta de las entidades a que se refiere el art. 137 de la Constitución». En otra de sus sentencias más tempranas, la **STC 25/1981**, de 14 de julio, el Tribunal Constitucional destacó la naturaleza política de la autonomía de las Comunidades Autónomas. Posteriormente ha especificado en la **STC 13/1992**, de 6 de febrero, que «la autonomía política y su capacidad de autogobierno se manifiesta, sobre todo, en la capacidad para elaborar sus propias políticas públicas en materias de su competencia» (FJ 7). Autonomía política que la misma Sentencia vincula a la autonomía financiera, reconocida a las Comunidades Autónomas en el art. 156.1 CE.

Los defectos del art. 137 CE según el Consejo de Estado (y 2): la disociación con el derecho a la autonomía de nacionalidades y regiones. La segunda deficiencia, la de mayor peso a juicio del Consejo de Estado, radicaría en disociar la existencia de las Comunidades Autónomas del reconocimiento del derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones proclamada en el art. 2 CE. La respuesta que dio el Consejo de Estado consistió en anteponer una referencia al derecho de

nacionalidades y regiones a gozar de autonomía a la enumeración de las diferentes Comunidades Autónomas que se incluía en el remozado art. 143 CE. Sin menoscabo de la posición defendida por el Consejo de Estado, nos parece que la vinculación entre los arts. 2 y 137 CE se deduce también claramente de la actual sistemática constitucional. El art. 137 CE conecta el art. 2 CE, ubicado en el frontispicio del Título Preliminar, con los principios contenidos en el Capítulo III del Título VIII y con las competencias asumidas en los Estatutos. En la realidad, los arts. 2 y 137 CE se entrecruzan constantemente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Si volvemos a la ya citada **STC 4/1981**, podemos ver cómo el Tribunal Constitucional, a partir de la interpretación conjunta de ambos preceptos, defiende la integración entre los principios de autonomía y unidad, para posteriormente distinguir entre autonomía, como poder limitado, y soberanía.

La supresión de la mención a los «respectivos intereses» en el Informe del Consejo de Estado. La reforma sugerida con el Consejo de Estado también prescindía de la compleja y ambigua referencia a los «respectivos intereses» para calificar la autonomía. Se trataba de un cambio doblemente limitado. Primero, porque solo era para las Comunidades Autónomas y no para los entes locales. Volveremos más tarde sobre este punto. Y segundo porque la propuesta sustituía la mención a los intereses respectivos por la fórmula «en los términos previstos por la Constitución y los respectivos Estatutos». El Consejo de Estado explicaba: «La definición de la autonomía de las Comunidades Autónomas puede hacerse mediante una simple remisión a la Constitución y los Estatutos, puesto que, como ha afirmado el Tribunal Constitucional de modo reiterado, son estas normas las que definen los «intereses respectivos» de nacionalidades y regiones que adquieren personalidad jurídica en ellas».

La configuración legal de los «intereses respectivos». En efecto, la reforma codificaba la

jurisprudencia constitucional. El Tribunal Constitucional optó desde el primer momento por interpretar la noción de «intereses respectivos» mediante el reenvío a la ley. Ante una polémica entre demandante y demandado acerca de la expresión «intereses respectivos», la previamente citada **STC 37/1981** (FJ 1) resolvió que: «Es el legislador [...] el que dentro del marco de la Constitución determina libremente cuáles son estos intereses, los define y precisa su alcance, atribuyendo a la entidad las competencias que requiere su gestión». La referencia a los «intereses respectivos», que la Sentencia califica como un concepto jurídico indeterminado o abierto, cumple «la función de orientar al legislador para dotar a estas entidades territoriales de los poderes o competencias precisos para gestionarlos». Juega, en consecuencia, prioritariamente en las consideraciones de *lege ferenda*. En el nivel de la interpretación constitucional de *lege data*, la noción del interés respectivo solo operará «cuando la propia definición legal lo exija» (por ejemplo, la distinción entre obras públicas de interés general o autonómico). El propósito de la Sentencia fue evitar que la alusión a los intereses legítimos fuera una vía para el vaciamiento de los títulos competenciales contenidos en los Estatutos. La Sentencia explicó que el Tribunal Constitucional no puede reducir las competencias autonómicas mediante una interpretación de los «intereses propios» de las Comunidades basada en «la naturaleza de las cosas». La argumentación del Tribunal Constitucional rebatió la posición del Gobierno, para quien la vinculación a esos «intereses propios» de la Comunidad Autónoma incapacitaba a esta para adoptar medidas que tuvieran efectos más allá de su propio ámbito territorial. Recordemos que el objeto del recurso era una ley vasca sobre transporte terrestre por carretera.

La posición restrictiva inicial sobre la legitimación de los órganos autonómicos en el recurso de inconstitucionalidad. En el mismo sentido de desactivar la virtualidad restrictiva del concepto de interés propio, pode-

mos citar la conocida evolución de la jurisprudencia constitucional sobre la legitimación para recurrir las leyes estatales por parte de los ejecutivos y las Asambleas de las Comunidades Autónomas. Recordemos que el art. 32.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional habilita a los órganos autonómicos para ejercer el recurso de inconstitucionalidad contra leyes del Estado «que puedan afectar a su propio ámbito de autonomía». La anteriormente citada **STC 25/1981** interpretó de forma restrictiva este requisito, inadmitiendo el recurso del Parlamento Vasco contra la Ley Orgánica 11/1980, de 1 de diciembre, «Sobre los supuestos previstos en el art. 55.2 de la Constitución». Mediante una interpretación en la que se conectaba el requisito de la legitimación con la noción de intereses respectivos del art. 137 CE, la Sentencia sostuvo «que las Comunidades Autónomas, como corporaciones públicas de base territorial y de naturaleza política, tienen como esfera y límite de su actividad en cuanto tales los intereses que les son propios, mientras que la tutela de los intereses públicos generales compete por definición a los órganos estatales». Se excluía —estimamos que de manera incorrecta— a las Comunidades Autónomas de la elaboración y defensa del interés general, y no solo del interés propio, mediante la vía de la impugnación de las normas ante la jurisdicción constitucional. El ejercicio de acciones constitucionales debe comprenderse como una vía leal de participación en el Estado y de solución pacífica de conflictos constitucionales. Las relaciones entre entes territoriales no son solo de competencia, y de coordinación y cooperación recíproca, sino también de conflicto. El conflicto de intereses y competencias es consustancial a un Estado compuesto. No solo el Estado, como institución o en sentido estricto, debe defender el interés general, también las Comunidades Autónomas, cuando ejercen su derecho a la autonomía, y otros entes territoriales.

La variación de la jurisprudencia en favor de la legitimación. La rectificación posterior de esta doctrina culminó en la **STC 199/1987**,

de 16 de diciembre (FJ 1), donde se admitió el recurso de los Parlamentos de Cataluña y del País Vasco frente a la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, «contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del art. 55.2 de la Constitución». El cambio de criterio es muy evidente, porque se recurría precisamente del mismo tipo de ley que seis años antes se había inadmitido. En esta segunda ocasión, el Tribunal Constitucional desvinculó la legitimación del concepto de intereses propios derivado del art. 137 CE e interpretó la conexión material entre la Ley estatal y el ámbito competencial autonómico «en favor del reconocimiento de la legitimación». A diferencia de la posición restrictiva inicial, la Sentencia afirmó que «la legitimación de las Comunidades Autónomas para interponer el recurso de inconstitucionalidad no está al servicio de la reivindicación de una competencia violada, sino de la depuración del ordenamiento jurídico». De manera aún más explícita, el Tribunal Constitucional dijo que «la Comunidad Autónoma que recurre contra una Ley del Estado, está legitimada para actuar no solo en defensa de su propia competencia en la materia, sino también para la depuración objetiva del orden jurídico» que aplica.

La proporcionalidad y la subsidiariedad como criterio para examinar la determinación de los intereses respectivos que realiza el legislador. ¿Qué decir sobre todos este complejo asunto de los «intereses respectivos» en solo unas líneas? ¿Es conveniente suprimir la referencia a los «intereses respectivos», como hacía la propuesta del Consejo de Estado? ¿Solo para las Comunidades Autónomas o también para los entes locales? En primer lugar, la idea de unos «intereses respectivos», supuestamente naturales, era ya muy criticada en Italia cuando se recibió en España. Se censuraba que el interés nacional normalmente solo había servido para vaciar de contenido el interés regional, y, a su vez, el interés regional para producir la ablación del interés local (A. BARBERA). Es claro que ello es la consecuencia de interpretar estas relacio-

nes entre entes de forma centralista, siempre de arriba abajo y no, en sentido contrario, de abajo arriba como reclama la lógica del principio de subsidiariedad, que está ínsito en la naturaleza de cualquier sistema descentralizado al modo federal. Por otra parte, el deslinde de esos intereses no es absoluto, ni siquiera nítido o estático y muchas veces dista de ser natural en vez de contingente o histórico, y solo puede practicarse una división ponderando la prevalencia del interés predominante, que está en permanente transformación. Es, sin embargo, cierto que los genéricos intereses de unos entes deben concretarse en competencias por la Constitución, los Estatutos y las leyes, y, en este sentido, es correcto que la cláusula orienta la labor del legislador como suele decir el Tribunal Constitucional. Pero ello no debería impedir ante concretos supuestos de hecho enjuiciados que el intérprete supremo de la Constitución acantone un interés en un espacio de la división territorial de poderes incluso frente a la ley o los Estatutos. El Tribunal debería ayudar a delimitar esa división con prudencia, especialmente en el incierto universo local. En efecto, ni la Constitución, ni realmente la Ley de Bases de Régimen Local (Ley 7/1985, de 2 de abril, en adelante LBRL), delimitan suficientemente el interés local que sigue en las manos de lo que con eufemismo llamamos «legislador sectorial». No estamos seguros sobre si tiene sentido que permanezca todavía la referencia a los intereses respectivos en una hipotética modificación del art. 137, pero sí creemos que debería mencionarse la necesidad de revisar la concreción legal de los mismos conforme a los principios de proporcionalidad, diferenciación y subsidiariedad.

V. LA IMPRECISA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE LA AUTONOMÍA LOCAL

La necesidad de explicar el autogobierno municipal como una autonomía política. Un Estado de tres términos. Continuar explicando la autonomía local como una autono-

mía meramente administrativa y no como una autonomía política, como hizo la **STC 32/1981** (FJ 3), supone magnificar la relevancia de la potestad legislativa y orillar la eficacia transformadora que ha tenido el principio democrático representativo (entre otros, García Roca, III). Insistir en el carácter político de la autonomía local permite reconocer la importancia que tienen las políticas locales propias y potencialmente divergentes de las emanadas del Estado y las Comunidades Autónomas. No podemos seguir olvidando que la distribución territorial del poder incluye un tercer escalón, el Municipio, al que debe reservarse un espacio propio. En algunas ocasiones se ha calificado este fenómeno como «Estado de tres términos» (GARCÍA ROCA, II; DE LA VEGA, 85) para llamar la atención sobre el Municipio como poder del Estado y no como un ente menor necesitado de tutela y desprovisto del ejercicio de soberanía. No en un sentido estricto como hicieron KELSEN o NAWIASKY, sino con un simple afán descriptivo y gráfico, con voluntad de corroborar la existencia de tres niveles de intereses, autogobiernos, competencias y finanzas y comenzar a tomarnos en serio las relaciones entre tres tipos de entes territoriales en vez de continuar distribuyendo especialmente competencias y finanzas a dos bandas, manteniendo a menudo al Municipio en una simple situación fáctica. Los Municipios, *v. gr.*, ante las nuevas necesidades de los vecinos, realizan políticas de acogida e integración social de los inmigrantes, pero carecen de una cobertura competencial y financiera específica para estas tareas. La Constitución no es explícita en este punto y concede escasa atención a los Municipios, preocupada como estuvo casi en exclusiva por las Comunidades Autónomas, aunque el tenor de los arts. 137 y 140 CE ofrece pie a una interpretación evolutiva al tiempo garantista y sociológica o realista.

El principio democrático como fundamento de la autonomía local. La naturaleza política de la autonomía local es coherente con la exigencia de que la organización del gobierno local responda al principio democrático. La

conexión entre la autonomía local y el principio democrático se manifestó tempranamente en la extensión a los concejales de los derechos inherentes a la representación política y de la prohibición del mandato imperativo (**STC 10/1983**, de 21 de febrero). Más recientemente, puede citarse la **STC 103/2013**, de 25 de abril, que declaró la inconstitucionalidad del precepto de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, que reconocía al alcalde la facultad de nombrar como miembros de la Junta de Gobierno a personas que no ostenten la condición de concejales (FJ 6). De nuevo volvió a pronunciarse sobre el carácter democrático del gobierno local en relación con la misma Ley de modernización en la **STC 161/2013**, de 26 de septiembre, esta vez para exigir que la regla que establece que las sesiones de las juntas de gobierno local no son públicas no es aplicable a las decisiones relativas a las atribuciones delegadas por el pleno (FJ 9). Tiene una especial relevancia la **STC 111/2016**, de 9 de junio, en la que se declaró la inconstitucionalidad de una disposición introducida en la LBRL por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, de acuerdo con la cual excepcionalmente la junta de gobierno podía aprobar el presupuesto y otros planes financieros cuando no existiera acuerdo en el pleno en una primera votación. La Sentencia consideró que se había producido un grave sacrificio del principio democrático, pero relativizó este principio al someter la medida a un detallado juicio de ponderación, para examinar si la restricción estaba justificada por la necesidad de preservar el principio de estabilidad presupuestaria (art. 135 CE).

La autonomía política y el carácter democrático de los Municipios ayudan a entender el alcance de la potestad normativa local, como fuente primaria, por más que no se llamen leyes. En la **STC 233/1999**, de 16 de diciembre, sobre la Ley de Haciendas Locales, el Tribunal Constitucional flexibilizó la reserva de Ley en materia tributaria en

lación con las tasas y los precios públicos locales, reconociendo un amplio ámbito de regulación para las Ordenanzas dictadas por los Ayuntamientos. La Sentencia afirmó que la autonomía local y el carácter representativo del Pleno de la Corporación municipal justifican que la Ley estatal atribuya a los acuerdos municipales un ámbito de libre decisión mayor que el que pudiera reconocerse a la normativa reglamentaria estatal. Sin embargo, esta mayor flexibilidad no se ha extendido al principio de legalidad sancionadora (art. 25.1 CE), debido a la necesidad de mantener una posición más estricta respecto al poder punitivo del Estado (**STC 132/2001**, de 8 de junio).

Las garantías constitucionales: el conflicto en defensa de la autonomía local. La LO 7/1999, de 21 de abril, atribuyó a los entes locales la facultad de impugnar ante el Tribunal Constitucional las leyes del Estado o de las Comunidades Autónomas que pudieran no respetar su ámbito de autonomía. Hasta entonces, el Tribunal Constitucional había examinado la adecuación de las leyes al art. 137 CE únicamente mediante el recurso o la cuestión de inconstitucionalidad. En consecuencia, los entes locales carecían de legitimación para acceder al Tribunal Constitucional frente a la ley. Sobre la naturaleza del nuevo proceso tiene interés la **STC 27/2016**, de 18 de febrero, en la que se inadmite un conflicto en defensa de la autonomía local formulado por cuatro diputaciones provinciales andaluzas contra un Decreto-ley del Gobierno de su Comunidad Autónoma por vulneración de las competencias municipales. La Sentencia sostuvo que las diputaciones provinciales no están legitimadas para promover el conflicto cuando no acuden al Tribunal Constitucional en la condición de sujetos directamente afectados por la norma discutida, sino que promueven el proceso constitucional para defender una competencia ajena (la municipal). El Tribunal Constitucional fundamentó su decisión en la naturaleza competencial del conflicto en defensa de la autonomía local, frente a la alternativa de considerarlo un mecanis-

mo de control abstracto de la constitucionalidad de las leyes (FF. JJ. 4 y 5).

La competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa de la competencia para velar por el respeto a la autonomía local de las normas y actos sin valor de ley. Mientras, la competencia para conocer de las lesiones a la autonomía local que tuvieran su origen en normas o actos sin valor de ley correspondía en exclusiva a la jurisdicción contencioso-administrativa. El **ATC 21/1980**, de 30 de septiembre, había concluido que la autonomía local es un principio que no forma parte de los derechos y libertades públicas susceptibles de amparo según el art. 53 CE (FJ 2). La posición estimamos es muy correcta, las relaciones entre entes territoriales no constituyen derechos fundamentales, los cuales deben atribuirse a las personas, ya que emanan de su dignidad, pese a que existe una tradición en sentido contrario en varios países europeos.

La insuficiencia de la jurisprudencia sobre la garantía institucional. La Constitución no establece un haz de competencias de los municipios y provincias. La jurisprudencia del Tribunal acerca de la existencia de un «contenido esencial» o «mínimo» de la autonomía local, garantizado directamente por el art. 137 CE, no ha compensado ese vacío. El argumento de la existencia de un reducto indisponible para el legislador pudo ser suficiente para que la **STC 32/1981** frenara el vaciamiento de las competencias de las diputaciones catalanas. La Sentencia aplicó a la autonomía local la categoría de la «garantía institucional», siguiendo elaboraciones doctrinales previas (L. PAREJO las trasplanta entre nosotros de Alemania). Esta caracterización del art. 137 CE ha sido reproducida en numerosas Sentencias posteriores, puesta en conexión, bien con el art. 140 para los Municipios, o bien con el art. 141 para las Provincias. Por ejemplo, la **STC 159/2001**, de 5 de julio, afirmó que la autonomía local «se traduce en una garantía de los elementos esenciales o del núcleo primario del autogobierno de los entes

locales que debe ser respetado por el legislador, tanto estatal como autonómico, para que dichas Administraciones sean reconocibles en tanto que entes dotados de autogobierno» (FJ 4). La doctrina ha destacado que la noción de garantía institucional resulta insuficiente (ESTEVE, FONT, GARCÍA MORILLO, GARCÍA ROCA, SOSA WAGNER...). Esta vieja técnica no ha servido para impedir «el silencioso vaciamiento de la autonomía local». Apenas tiene otras virtualidades que las defensivas de la misma supervivencia de la entidad. Pero no coadyuva a delimitar sus contenidos en positivo, que es donde residen actualmente los problemas.

Los controles sobre la actividad local. Solo adquiere un nivel aceptable de concreción respecto a los controles sobre la actividad de los entes locales. Esta línea jurisprudencial se inicia por la **STC 4/1981** (FJ 3), varias veces citadas a lo largo del trabajo, que sostuvo que el principio de autonomía es compatible con la existencia de un control de legalidad sobre el ejercicio de las competencias, pero no puede ser objeto de un control de oportunidad, «salvo excepción que pueda fundamentarse en la Constitución». La Sentencia también fijó los requisitos que deben cumplir los controles administrativos: estar previstos en normas legales, no pueden ser controles «genéricos e indeterminados que sitúen a las entidades locales en una posición de subordinación o dependencia cuasi-jerárquica» de otras entidades territoriales y «los controles de carácter puntual habrán de referirse normalmente a supuestos en que el ejercicio de las competencias de la entidad local incida en intereses generales concurrentes con los propios de la entidad». A continuación, la **STC 14/1981**, de 29 de abril, precisó que la suspensión gubernativa de acuerdos municipales no puede responder a la defensa genérica de la legalidad respecto de materias que sean de competencia exclusiva de las entidades locales, siendo aceptable en cambio cuando el control sirva a la defensa de las competencias de la Administración del Estado (FJ 6). Esta línea jurisprudencial sobre los controles adminis-

trativos está resumida en la **STC 154/2015**, de 9 de julio (FJ 6).

La participación en los asuntos de interés local. Tampoco ha ofrecido una protección efectiva de la autonomía local la tesis, también acuñada por la **STC 32/1981**, de que el art. 137 CE ampara el «derecho de la comunidad local a participar, a través de los órganos propios, en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen, graduándose la intensidad de esta participación en función de la relación entre intereses locales y supralocales dentro de tales asuntos o materias» (FJ 4). Una definición que posteriormente fue recibida en el art. 2 de la LBRL. Haber creído en 1985, al aprobarse la LBRL, que el interés local estaba en participar en todo en vez de tener una precisa esfera de competencia reservada —una posición que ha sido muy criticada doctrinalmente— no hizo sino acrecentar los problemas. La exigencia de graduación que se mencionaba en la citada Sentencia se ha traducido ocasionalmente en un control de proporcionalidad. Por ejemplo, la anteriormente citada **STC 154/2015** examinó la proporcionalidad de la ley autonómica que exigía informe favorable de la Consejería competente en materia de vivienda en relación con la fijación de los plazos para la iniciación y terminación de viviendas de protección oficial dentro de los diferentes instrumentos de planeamiento urbanístico [FJ 7.d)].

La competencia estatal sobre bases de régimen local como garantía de la autonomía. Otro elemento que ha perdurado de la omnipresente **STC 32/1981** es la interpretación de que el art. 149.1.18.^a CE incluye como submateria el régimen local. El Tribunal Constitucional derivó esta competencia del Estado precisamente de la garantía constitucional de la autonomía local. La Sentencia sostuvo que «Como titulares de un derecho a la autonomía constitucionalmente garantizada, las comunidades locales no pueden ser dejadas en lo que toca a la definición de sus competencias y la configuración de sus órganos de gobierno a la interpretación que cada Comunidad Autónoma

pueda hacer de ese derecho». Utilizaba como argumento complementario que esta legislación estatal básica era especialmente necesaria por cuanto el art. 137 CE no iba acompañada «de un derecho de carácter reaccional» que, eventualmente, les abriera a los entes locales una vía ante la jurisdicción constitucional frente a normas con rango de Ley. La LBRL avanza o completa la garantía constitucional. Por ejemplo, el art. 25.2 de la LBRL ampliaba el contenido del art. 137 CE estableciendo un listado de materias sobre las que los municipios ejercían competencia «en todo caso», aunque «en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas».

Constitucionalidad indirecta de la legislación autonómica de desarrollo. La consecuencia del carácter básico de la legislación estatal sobre régimen local es que sus previsiones se convierten en parámetro de control de la legislación autonómica. En este sentido, por ejemplo, las **SSTC 27/1987**, de 27 de febrero; y **259/1988**, de 22 de diciembre, declararon que la legislación autonómica debe ajustarse al régimen de impugnación de los actos y acuerdos locales previsto en los arts. 65 y 66 de la LBRL, donde se establece que únicamente los Tribunales podrán declarar la suspensión de los mismos, quedando suprimida toda potestad administrativa de suspensión de acuerdos por parte de las autoridades gubernativas (salvo la del art. 67 LBRL). La opción del legislador estatal por este régimen legal que excluye el control administrativo de los actos y acuerdos locales amplía el ámbito de la autonomía local en materia de suspensión de acuerdos respecto al contenido de la «garantía institucional» del art. 137 CE. La **STC 259/1988** subrayaba al declarar la inconstitucionalidad del Decreto impugnado «la singular y específica naturaleza y posición» en el ordenamiento jurídico de la LBRL. Mientras la **STC 27/1987** llegaba a instalarla dentro del mismo bloque de la constitucionalidad. De este modo, la legislación autonómica que concreta las competencias locales se ve sometida a un doble límite: la garantía constitucional y la que establece legislación estatal básica. El Tribunal ha sostenido que junto al

«contenido esencial» de la autonomía local, garantizado directamente por la Constitución, existe otro «contenido básico» establecido por la ley estatal de régimen local (por ejemplo en la **STC 148/1991**, de 4 de julio, FJ 3).

La ley de bases de régimen local es canon del conflicto en defensa de la autonomía local solo en aquellos aspectos enraizables directamente en los arts. 137, 140 y 141 CE. Resulta controvertida la jurisprudencia emanada sobre el canon del conflicto en defensa de la autonomía local por la **STC 240/2006**, de 20 de julio. El Tribunal afirma que la jurisprudencia previa sobre el valor de la LBRL como canon de enjuiciamiento, acuñada en conflictos competenciales entre el Estado y las Comunidades Autónomas, no es trasladable al conflicto en defensa de la autonomía local y defiende que la LBRL solo podría ser canon de validez de la ley autonómica «en aquellos aspectos enraizables directamente en los arts. 137, 140 y 141 CE» (FJ 8). Respecto de la primera parte de la argumentación, la especificidad del canon de validez del conflicto en defensa de la autonomía local, no se entiende cómo la exégesis de una misma fuente del Derecho pueda variar —una suerte de metamorfosis constitucional—, dependiendo del proceso en el cual se use como objeto o medida. Por no recordar que todos los conflictos de competencia entre entes territoriales —incluidos los legislativos a través de recursos y los locales— constituyen una misma familia de procesos y manejan técnicas semejantes, según he argumentado con extensión en otros trabajos. El Tribunal, desde un entendimiento formalista, disocia el conflicto local de otros procesos conflictuales (*vid.* GARCÍA ROCA, I) sin argüir razones para ello. Por el contrario debe mantenerse la unidad de la interpretación constitucional y advertir que las relaciones entre Estado, Comunidades Autónomas y Municipios suelen ser tripartitas. También plantea problemas de comprensión la división que se traza dentro del contenido de la LBRL. Esta dualidad de contenidos de la LBRL, de un lado, los aspectos que se refieren a la autonomía local constitucionalmente ga-

rantizada y, de otro, los relativos a la simple regulación legal de los entes locales, no es una novedad de la **STC 240/2006**. Apareció en la ya citada **STC 159/2001**, donde se indicaba que «Sólo aquellos extremos de la LBRL que puedan ser cabalmente enraizados de forma directa en los arts. 137, 140 y 141 CE, de cuyo contenido no representen más que exteriorizaciones o manifestaciones, forman parte del contenido de la autonomía local constitucionalmente garantizada, mientras que los que se refieran a aspectos secundarios o no expresivos de ese núcleo esencial en el que consiste la garantía institucional, que son mayoría en el seno de la LBRL y que se incardinan, desde el punto de vista competencial, en el art. 149.1.18.ª CE, tienen una distinta naturaleza desde el punto de vista constitucional y ordinamental». Una clasificación que se antoja difícil de deslindar en la práctica y que remite a una interpretación tópica y poco previsible por parte del Tribunal Constitucional.

La ley de bases de régimen local no es canon de validez de otras leyes estatales. La **STC 240/2006** también niega que la LBRL pueda servir como parámetro de otras leyes estatales. El Tribunal Constitucional, haciendo suyos los argumentos del Abogado del Estado, afirma: «No puede pretenderse de este Tribunal que enjuicie una norma estatal utilizando como parámetro otra norma estatal». Razona que debe aceptarse que las leyes estatales sectoriales adopten soluciones distintas a las contenidas en la LBRL. La contradicción entre la LBRL y otra ley estatal «debe interpretarse como una nueva opción del legislador» (FJ 8). Recordemos que la Constitución no contiene una habilitación a dicha ley otorgándole una función constitucional.

Las garantías de la autonomía local en los Estatutos de segunda generación. Los nuevos Estatutos han introducido algunas reglas y normas de principio en materia de autonomía local. El Estatuto de Cataluña enumera las competencias propias de los municipios (art. 84.2) y establece que la distribución de las responsabilidades administrativas entre

las distintas administraciones locales se rige por los principios de subsidiariedad y diferenciación (art. 84.3). El Tribunal Constitucional ha modulado la eficacia de estas normas estatutarias. La antes citada **STC 31/2010** estimó que ambos apartados eran constitucionales. Aceptó que el Estatuto, en cuanto «norma institucional básica» (art. 147.1 CE), puede contener las «líneas fundamentales o la regulación esencial» del régimen local en su territorio, pero matizó que solo con el fin de «vincular al legislador autonómico». Añadió una segunda cautela: las previsiones estatutarias deben respetar «en todo caso la competencia básica que al Estado corresponde en la materia en virtud de la reserva del art. 149.1.18 CE» (FJ 36). La relación entre el Estatuto y la legislación básica se precisa en la **STC 168/2016**, de 6 de octubre, en el sentido de reafirmar que el Estatuto no vincula al legislador estatal. El asunto es interesante porque se había producido una contradicción sobrevenida, como consecuencia de la Ley 27/2013, entre la legislación básica estatal —que priva de personalidad jurídica a los entes inframunicipales— y el Estatuto del Principado de Asturias —que atribuía personalidad jurídica a las parroquias. La Sentencia reafirma la constitucionalidad de la ley estatal y añade que «el Derecho local estatutario» no puede suponer que las nuevas bases dejen de aplicarse en una Comunidad Autónoma (FJ 3b).

No hay una prohibición de retroceso en la configuración legal del modelo de autonomía local. Más recientemente, la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, ha mostrado cómo el legislador básico cuenta con una amplia margen de decisión para desarrollar la garantía constitucional de la autonomía local. Como ha señalado la **STC 41/2016**, de 3 de marzo, el legislador básico «puede ejercer en uno u otro sentido su libertad de configuración, siempre que deje espacio a las Comunidades Autónomas y respete el derecho de la entidad local a participar a través de órganos propios en el gobierno y administración». Y atendiendo al carácter regresivo de

la Ley de racionalización añade que «una legislación estatal que, respetando aquellos límites, pretendiera reducir la autonomía local al mínimo constitucionalmente garantizado podría ser tan básica y legítima como la que tratara de ensancharla al máximo. Ambas soluciones se corresponden con los polos dentro de los que puede moverse el legislador básico del régimen local en el marco de un sistema constitucional basado en el principio democrático (art. 1 CE)» (FJ 3).

¿Evolución jurisprudencial o reforma constitucional? En síntesis, sigue sin precisarse el contenido de la garantía constitucional de la autonomía local y el valor atribuible como canon de enjuiciamiento a las normas básicas dictadas por el legislador estatal. El Tribunal Constitucional no ha podido resolver estas cuestiones utilizando como referencia el escueto art. 137 CE, cuyos silencios son excesivos. Cabe preguntarse si corresponde al Tribunal Constitucional poner al día su arsenal de herramientas teóricas, abandonando la categoría de la garantía institucional y asumiendo los princi-

pios de subsidiariedad y proporcionalidad, además de construir un bloque constitucional local a partir de los Estatutos y la LBRL, o si acaso el poder de reforma de la Constitución debiera incrementar la densidad de las normas sobre autonomía local, que actualmente está prácticamente desconstitucionalizada. En este punto concreto no serviría como referencia el Informe del Consejo de Estado, que se limitaba a recoger el estado de la cuestión, al proponer que el art. 137.2 CE dijera sencillamente que la «La ley asegurará la autonomía de municipios y provincias para la gestión de sus respectivos intereses». Nos parece que hay que ir más allá para plantearse la función constitucional de la LBRL y la construcción de nuevos parámetros constitucionales para enjuiciar las invasiones por parte del Estado y de las Comunidades Autónomas a la autonomía local. Un último apunte para recordar que la reforma constitucional italiana de 2001 prescindió en el art. 118 de la alusión a las «materias de interés exclusivamente local» y, en cambio, incluyó los principios de subsidiariedad, diferenciación y proporcionalidad (*adeguatezza*).

BIBLIOGRAFÍA

AA. VV., *Defensa de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional*, Colección Estudios, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 1997, con estudios de J. GARCÍA ROCA, P. PÉREZ TREMPES, L. MORELL, T. FONT y L. PAREJO.

— *Territorio y autonomía. El alcance territorial de las competencias autonómicas*, Institut d'Estudis Autònomic, Barcelona, 2006.

AJA, E., *El Estado autonómico. Federalismo y hechos diferenciales*, Alianza, Madrid, 1999.

BANDRÉS SÁNCHEZ, J. M., *El principio de subsidiariedad y la Administración local*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

BARBERA, A., *Regioni e interesse nazionali*, Giuffrè, Milán, 1973.

CARRO FERNÁNDEZ, J. L., «El debate sobre la autonomía municipal», *Revista de Administración Pública*, núm. 147, 1998, págs. 59-95.

CIDONCHA MARTÍN, A., «La garantía constitucional de la autonomía local y las competencias locales», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 45, 2017, págs. 12-110.

ENTRENA CUESTA, R., «Artículo 137», en GARRIDO FALLA, F. (Dir.), *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1.^a ed. 1980, 3.^a ed. 2001.

ESTEVE PARDO, J., «Garantía institucional y/o función constitucional en las bases del régimen local», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 31, 1991.

FANLO LORAS, A., *Fundamentos constitucionales de la Autonomía local*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.

FONT I LLOVET T., «El principio de subsidiariedad y el impulso europeo de la autonomía local», en AA. VV., *La posición institucional de la Administración Local ante el siglo XXI*, IVAP, Oñate, 1998, págs. 163-180.

- «Reforma básica y desarrollo del Gobierno local: entre Estado y Comunidades Autónomas», en AA. VV., *Anuario de Gobierno Local 2003*, págs. 13-35.

GARCÍA ARANDA, S., *La autonomía local en la constitución de 1978*, Dykinson, 2015.

GARCÍA MORILLO, J., *La configuración constitucional de la autonomía local*, Marcial Pons, 1998.

GARCÍA ROCA, J., «Una teoría de la sentencia en el conflicto constitucional de competencia entre entes territoriales», en *Actas de las III Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, ponencia única, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1998, págs. 11-91.

- «Sobre el Estado de tres términos y la dimensión de hermenéutica constitucional que introduce el nuevo conflicto en defensa de la autonomía local: temores y círculo de ansiedades», en AA. VV., *El desarrollo del Gobierno Local (una aproximación doctrinal)*, INAP, Madrid, 1999, págs. 59-86.
- «El concepto actual de autonomía local según el bloque de la constitucionalidad», *Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica*, núm. 282, 2000, págs. 23-70.
- «La primera sentencia constitucional sobre el conflicto en defensa de la autonomía local (STC 240/2006): una ocasión perdida», *Cuadernos de Derecho Local*, Fundación Democracia y Gobierno Local, núm. 14, junio de 2007, págs. 14-24.

LASAGABASTER, I., *La Carta Europea de Autonomía Local*, IUSTEL, Madrid, 2007.

LUCAS VERDÚ, P. y LUCAS MURILLO, P., «La organización territorial del Estado (art. 137 C)», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, tomo X, Edersa, Madrid, págs. 431-457.

MEDINA GUERRERO, M., *La protección constitucional de la autonomía financiera de los entes locales frente a las alteraciones de su ámbito competencial*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2004.

ORTEGA, L., *El régimen constitucional de las competencias locales*, INAP, Madrid, 1988.

- «El principio de proporcionalidad como garante de la autonomía local», en FONT Y LLOVET, T. (Dir.), *Anuario de Gobierno Local*, 1997, págs. 99-115.

- PAREJO ALFONSO, L., *Garantía institucional y autonomías locales*, IEAL, Madrid, 1981.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J. F., *La reconstrucción de la autonomía local*, Reus, Madrid, 2015.
- SANTOLAYA MACHETTI, P., *Descentralización y cooperación*, IEAL, Madrid, 1984.
- SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J. J., *Las bases constitucionales del Estado autonómico*, McGraw-Hill, Madrid, 1998.
- SOSA WAGNER, F., «La autonomía local», en AA. VV., *Estudios sobre la Constitución Española-Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, tomo IV, Civitas, Madrid, 1991.
- *Manual de Derecho Local*, Aranzadi, Madrid, 2000.
- TRUJILLO FERNÁNDEZ, G., «El Estado autonómico», Primera parte de *Lecciones de Derecho Constitucional autonómico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- VEGA, A. de la, *La autonomía municipal y el bloque constitucional local*, Ciudad Argentina-Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Buenos Aires-Madrid, 2006.

Artículo 138

1. El Estado garantiza la realización efectiva del principio de solidaridad consagrado en el artículo 2 de la Constitución, velando por el establecimiento de un equilibrio económico, adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español, y atendiendo en particular a las circunstancias del hecho insular.

2. Las diferencias entre los Estatutos de las distintas Comunidades Autónomas no podrán implicar, en ningún caso, privilegios económicos o sociales.

LA SOLIDARIDAD TERRITORIAL Y LA PROHIBICIÓN DE PRIVILEGIOS ECONÓMICOS O SOCIALES

Sumario: I. El art. 138 en el contexto del principio constitucional de solidaridad. II. La garantía estatal de la solidaridad económica territorial. III. Diferencias entre Estatutos de Autonomía y prohibición de privilegios.

ENOCH ALBERTÍ ROVIRA

CATEDRÁTICO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
UNIVERSIDAD DE BARCELONA

I. EL ART. 138 EN EL CONTEXTO DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE SOLIDARIDAD

La solidaridad constituye uno de los principios constitucionales fundamentales sobre los que se asienta la organización territorial del Estado que establece la Constitución Española de 1978. Así se deduce con claridad de los diversos preceptos del texto constitucional que lo contienen, así lo ha declarado reiteradamente el Tribunal Constitucional, que lo sitúa como complemento e integración de los principios de unidad y autonomía [STC 247/2007, de 12 de diciembre, FJ 4.b), por todas], y así se reconoce, sin ninguna duda y de forma unánime por la doctrina española.

Ahora bien, el principio de solidaridad territorial aparece, como se ha dicho, en varios preceptos constitucionales con un significado y un alcance diversos en cada caso, de modo que hay que determinar cuál sea el que corresponde específicamente al art. 138, que ahora nos ocupa, y que es uno de los que lo contienen. En consecuencia, la primera observación que cabe realizar en su comentario es que el art. 138 no es el único que la Constitución dedica a la solidaridad territorial y que, por tanto, habrá que situarlo en el contexto de las diversas normas que la Constitución dispone en este terreno.

El principio de solidaridad, en su vertiente territorial, en efecto, aparece explícitamente en

los arts. 2, 138, 156 y 158 del texto constitucional de 1978. El art. 2, ubicado en el Título Preliminar de la Constitución, establece, como se sabe, los principios esenciales de la organización territorial del Estado. Y entre ellos, junto a los de unidad y autonomía, figura expresamente el de solidaridad. De este modo, el principio de solidaridad entra a formar parte de los cimientos sobre los que se edifica la organización territorial del Estado a partir de la Constitución.

El art. 2 contiene una formulación general del principio de solidaridad, que se proyecta sobre el conjunto de relaciones de los diversos territorios españoles. Mediante este principio la Constitución declara que las nacionalidades y regiones que integran España (y, en consecuencia los poderes públicos que surgen del ejercicio del derecho a la autonomía que la misma Constitución les reconoce) se hallan unidas por un vínculo de solidaridad, por el cual todas ellas comparten unos mismos intereses generales y, además, no son ajenas a los intereses propios de las demás. Este vínculo de solidaridad se traduce en términos positivos y negativos, como ha expresado el Tribunal Constitucional y ha positivizado la propia legislación (inicialmente, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y en la actualidad la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, especialmente art. 140 y ss.). En su dimensión negativa, el principio de solidaridad establece un límite a la legítima actuación de todos los poderes públicos territoriales (Estado y Comunidades Autónomas), de modo que ninguno de ellos podrá ejercer sus competencias de modo que atente o lesione ni los intereses generales del conjunto ni los particulares y legítimos de las otras partes (SSTC 46/1990, de 15 de marzo, 64/1990, de 5 de abril, entre otras). En este sentido, el principio de solidaridad encierra un deber general de lealtad de todas las instancias de gobierno para con las demás, deber de lealtad al que el TC ha otorgado también una dimensión positiva (STC 217/2016, de 15 de diciembre, FJ 1, que muestra también los límites y los problemas de concreción del principio general de

lealtad). En su dimensión positiva, la solidaridad del art. 2 CE implica un deber general de auxilio que vincula a todos los poderes territoriales, por el cual cada uno de ellos debe prestar a los demás la ayuda y la asistencia que requieran para el adecuado ejercicio de sus propias competencias (SSTC 80/1985, de 4 de julio, 96/1986, de 10 de julio, entre otras).

Por otro lado, los arts. 156 y 158 CE sitúan la solidaridad en el plano de las relaciones financieras: el art. 156 CE, estableciendo este principio, junto con el de coordinación, como criterios a los que deben atenerse las Comunidades Autónomas en el ejercicio de su autonomía financiera; y el art. 158.2 CE, previendo la creación de un fondo de compensación como instrumento para corregir los desequilibrios económicos interterritoriales y hacer efectivo el principio de solidaridad, que se suma a los fondos que puedan consignarse en los presupuestos generales del Estado para garantizar un nivel mínimo de prestación de los servicios públicos fundamentales en todo el territorio español, según prevé el ap. 1 del mismo art. 158 CE, y que responden igualmente a una finalidad general de solidaridad.

En este contexto, habiendo la Constitución establecido con carácter general un principio de solidaridad como base de las relaciones entre los diversos territorios, por una parte; como criterio de actuación de las Comunidades Autónomas en el ejercicio de su autonomía financiera, por otra, y habiendo finalmente previsto mecanismos concretos para vehicular la solidaridad económica y financiera, elementos todos ellos que se sustentan en otras disposiciones constitucionales y que quedan por tanto fuera del ámbito de este comentario, ¿cuál es el sentido de la solidaridad prevista en el art. 138 CE? Creo que, de modo específico, lo que hace la Constitución en su art. 138 es establecer una garantía estatal en el plano de la solidaridad que se despliega en el ámbito económico y, ya en un tono menor (en el sentido de que tal efecto se desprende ya de otras previsiones constitucionales), en su ap. 2 prohíbe que las diferencias entre Es-

tatutos de Autonomía comporten privilegios económicos o sociales. Pasemos a examinar, sintéticamente, estos dos contenidos específicos de la solidaridad en el art. 138 CE.

II. LA GARANTÍA ESTATAL DE LA SOLIDARIDAD ECONÓMICA TERRITORIAL

El primer, y principal, contenido normativo específico del art. 138 CE es la atribución al Estado de una función de garantía del principio de solidaridad en el plano económico.

El art. 138.1 CE en efecto, dispone que «el Estado garantiza la realización efectiva del principio de solidaridad (...)». Esta función de garantía que se asigna al Estado no es obvia, en el sentido de que se desprenda de modo natural e ineludible de la previsión del principio de solidaridad del art. 2. La realización de dicho principio podría confiarse a los propios territorios, mediante mecanismos de diversa configuración, o podría incluso no decirse nada específico al respecto, de modo que, al menos en términos jurídicos, la garantía del cumplimiento de dicho principio se estableciera de la misma manera que se garantiza el cumplimiento de los deberes jurídicos en general, en especial a través de los Tribunales y, en su caso, del Tribunal Constitucional. Por tanto, el primer sentido específico del art. 138 CE es el de atribuir expresamente al Estado (que el Tribunal Constitucional ha identificado aquí como poder central: *vid.* por todas la STC 247/2007, cit., FJ 4) una función general de garantía del principio de solidaridad (en el terreno económico y financiero, como se dirá), más allá de los concretos instrumentos que la propia Constitución dispone al servicio de la solidaridad económica y financiera (art. 158 CE) y que se sitúan ya en la órbita de decisión del Estado. Esta responsabilidad exclusiva del Estado llevó al TC a declarar inconstitucional la previsión contenida en el art. 206.3 del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006 (EAC), que decía que las aportaciones de solidaridad para conseguir que

los servicios públicos fundamentales de las CC. AA. pudieran tener niveles semejantes de prestación en el conjunto del Estado se realizarían «siempre y cuando [las CC. AA.] lleven a cabo un esfuerzo fiscal también similar», pues, según el TC, «la determinación de cuál es el esfuerzo fiscal que hayan de realizar las CC. AA. es cuestión que solo corresponde regular al propio Estado», sin que se trate de «una cuestión que, en ningún caso, puede imponer el Estatuto a las demás CC. AA.» (STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 134, y, sobre la misma cuestión, remarcando la libertad de decisión del legislador estatal, STC 100/2013, de 23 de abril, FJ 4). Dado que los EA son normas estatales, cabe entender que lo que en realidad establece el TC es que el Estado pueda regular la cuestión unilateralmente, y no solo que deba hacerse mediante ley estatal, pues no cabe duda de que los Estatutos tienen este carácter.

La función de garantía asignada al Estado por el art. 138.1 CE no se presenta sin embargo con carácter general, en el sentido de que se proyecte sobre la totalidad del principio de solidaridad, en las diversas dimensiones y facetas que pueda contener, sino que se circunscribe al ámbito económico. Así se establece de manera expresa en el propio art. 138.1 CE, que especifica que la garantía estatal del principio de solidaridad que contiene opera «velando por el establecimiento de un equilibrio económico adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español, y atendiendo en particular a las circunstancias del hecho insular». Ello, naturalmente, no significa que el Estado no pueda intervenir en otros supuestos y ámbitos como garante del principio de solidaridad, más allá de su proyección económica, pero lo hará en su caso al amparo de otras disposiciones, y no del art. 138.1 CE, que es claro al respecto. Así, p. ej., el Estado ha podido establecer el mecanismo del requerimiento para hacer efectivo el deber de auxilio que forma parte también del principio de solidaridad reconocido en el art. 2 CE, y lo ha hecho dictando la legislación correspondiente, al amparo de su competencia sobre las bases

del régimen jurídico de las Administraciones públicas y sobre el procedimiento administrativo común *ex* art. 149.1.18.ª CE.

¿En qué consiste esta garantía estatal? Fundamentalmente, lo que hace el art. 138.1 CE es determinar un fin que deberá perseguir el Estado a través de sus diversas actuaciones: el establecimiento de un equilibrio económico adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español (en sentido amplio, afectando no solo al equilibrio entre Comunidades Autónomas, sino también incluso, según ha interpretado el Tribunal Constitucional, al del interior de las mismas: STC 183/1988, de 13 de octubre, FJ 5), atendiendo en particular a las circunstancias del hecho insular. Este es claramente un principio programático, al estilo de otros que contiene la Constitución, especialmente en el Capítulo III del Título Primero y en el Título VII, que debe inspirar la acción del Estado en sus diversas facetas y ámbitos. Los elementos que definen esta finalidad presentan un carácter netamente político («equilibrio económico adecuado y justo», «circunstancias del hecho insular»), y su concreción exige una ponderación de los diversos intereses y circunstancias en presencia (y a veces también en tensión), que el art. 138.1 asigna al Estado (STC 102/2012, de 8 de mayo, FJ 5), lo cual otorga a los poderes estatales (legislador y gobierno) un amplio margen de discrecionalidad para establecer objetivos concretos, prioridades, estrategias y medios para conseguir tal fin o actuar según este criterio programático. Mediante la previsión del art. 138.1 CE queda claro que esta finalidad se halla incorporada al programa constitucional, al conjunto de fines, objetivos y criterios con el que la Constitución pretende orientar la actuación de los poderes públicos, con el valor jurídico constitucional que se reconozca a los principios programáticos incluidos en la Constitución, cuestión sobre la que, naturalmente, no corresponde pronunciarse aquí y sobre la que hay, como se sabe, un amplio debate. Sí cabe indicar, no obstante, que esta finalidad general de solidaridad no obliga solo al Estado, sino al conjunto de poderes públi-

cos. De este modo, las CC. AA. están obligadas también a proyectar este principio en su interior, velando por su equilibrio territorial y por la realización interna del principio de solidaridad (STC 13/2007, de 18 de enero, FJ 7).

El Estado debe perseguir el fin señalado en el art. 138.1 CE mediante el ejercicio de sus poderes. El art. 138.1 CE no contiene una cláusula de carácter competencial, de modo que atribuya al Estado más facultades de las que le corresponden en virtud de los títulos competenciales que le asigna el bloque de la constitucionalidad. Así lo ha dicho explícitamente el Tribunal Constitucional, que ha declarado que «este precepto (no) puede ser considerado en sentido estricto como una norma atributiva de competencia estatal» (STC 146/1992, de 16 de octubre, FJ 1, en el mismo sentido general en que se había pronunciado ya el TC, como en la STC 150/1990, de 4 de octubre, FJ 11). El Estado debe realizar este principio programático mediante la actuación de sus propios poderes y facultades, orientando sus políticas y sus acciones en el sentido que indica el art. 138.1 CE, y creando, dentro de los márgenes de que disponga, los instrumentos específicos de solidaridad territorial que sirvan a esta finalidad. Pero todo ello dentro del marco de la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas que fija el bloque de la constitucionalidad, y no al margen o en contra del mismo. Está claro que la realización por parte del Estado de su función de garante del principio de solidaridad en el ámbito económico *ex* art. 138.1 CE no supone la atribución al Estado de poderes específicos nuevos, no asignados por los títulos competenciales de que dispone, y que, en consecuencia, no altera el reparto competencial entre los diversos niveles de gobierno.

El art. 138.1 CE no altera el orden de distribución de competencias, pero sí ha sido utilizado por el Tribunal Constitucional como medio para configurar el contenido de algunas competencias estatales, especialmente en el ámbito económico. Esta función, que el propio Tribunal Constitucional proclama que va

más allá de la simplemente interpretativa de las competencias, puede ilustrarse, entre otros, con el caso de la STC 146/1992, citada: el Tribunal Constitucional declaró globalmente legítima (conforme al orden constitucional de competencias) la Ley estatal 50/1985, de incentivos regionales, en consideración al hecho de que su finalidad principal era regular el régimen de concesión de incentivos a empresas para fomentar el equilibrio económico territorial, cumpliendo así con el mandato del art. 138.1 CE. Hecho esto, el Tribunal Constitucional traslada el enjuiciamiento de la regularidad competencial de la Ley a las previsiones acerca de su desarrollo y ejecución. Del mismo modo, en la STC 96/1990, de 24 de mayo (FF. JJ. 6 y 7, seguida de la STC 237/1992, de 5 de diciembre, FJ 6), el Tribunal Constitucional utiliza el argumento del art. 138.1 CE como uno de los fundamentales para concluir que corresponde al Estado la fijación de la participación de las entidades locales en los ingresos estatales y de los criterios de su distribución, pues uno de los objetivos perseguidos con ello es el equilibrio económico territorial.

El Tribunal Constitucional ha insistido en la idea de que el art. 138.1 CE no es solo un elemento interpretativo de las normas competenciales, declarando sin embargo también al mismo tiempo que no constituye un nuevo título competencial a favor del Estado (STC 247/2007, cit., FJ 4). Sin embargo, al examinar el modo en que ha sido utilizado por el Tribunal Constitucional, queda abierto el debate sobre la verdadera función del art. 138 CE, pues creo que puede constatararse que el propio Tribunal Constitucional, más que fundamentar en el art. 138.1 CE nuevos poderes del Estado, lo que en realidad hace es utilizar la finalidad que tal precepto le asigna (la garantía de la solidaridad territorial en el plano económico, en los términos ya vistos) para dotar de contenido y delimitar las facultades que encierran ciertos títulos competenciales del Estado: así, en el primero de los casos indicados en el párrafo anterior, el de ordenación general de la economía *ex* art. 149.1.13.^a CE, y

en el segundo, los relativos a la hacienda general (art. 149.1.14.^a CE) y las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas (art. 149.1.18.^a CE), ambos ciertamente en un sentido expansivo. Esta función, aunque no se diga, se aproxima más a la típicamente interpretativa que a una función habilitante autónoma, atributiva de poderes nuevos y específicos, sin base en normas competenciales ya existentes. Por las propias declaraciones del Tribunal Constitucional, sin embargo, queda clara la voluntad del Alto Tribunal de reconocer un cierto valor habilitante al art. 138.1 CE, que se traduce en el otorgamiento de una considerable capacidad expansiva de ciertas competencias estatales.

III. DIFERENCIAS ENTRE ESTATUTOS DE AUTONOMÍA Y PROHIBICIÓN DE PRIVILEGIOS

El segundo contenido jurídico básico del art. 138 CE es la prohibición de que las diferencias entre los Estatutos de las diversas Comunidades Autónomas impliquen privilegios económicos y sociales. La prohibición formulada de modo expreso en el art. 138 CE presenta sin embargo un tono menor, como se ha dicho antes, pues no puede considerarse que nazca de este precepto ni que se sustente solo en él. La prohibición de establecer entre las Comunidades Autónomas privilegios económicos y sociales nace en realidad de la existencia de un catálogo común de derechos y libertades constitucionales (dentro del cual se hallan también derechos de carácter económico y social) que vinculan por igual a todos los poderes públicos, del principio de igualdad *ex* art. 14 CE y del principio de igualdad de la posición constitucional de las Comunidades Autónomas que, si bien no tiene una formulación constitucional expresa, ha sido puesto de manifiesto por el Tribunal Constitucional como uno de los principios básicos de la organización territorial del Estado que nace de la Constitución de 1978 (por todas, STC 76/1983, de 5 de agosto, FJ 2). De cada uno de estos tres planos se deriva ya una

prohibición para establecer privilegios a favor de algunas Comunidades Autónomas, prohibición que queda notablemente reforzada por la concurrencia de los tres. Si no existiera la previsión del art. 138.2 CE, habría igualmente pocas dudas sobre la existencia en la Constitución de la prohibición de privilegios entre Comunidades Autónomas.

Del art. 138.2 CE se desprende con claridad que los Estatutos de las diversas Comunidades pueden presentar diferencias entre sí. Ello no constituye tampoco ninguna novedad, pues se halla implícito en el modelo de organización territorial establecido en la Constitución de 1978, basado en el ejercicio dispositivo del derecho a la autonomía de nacionalidades y regiones, que se concreta en unas normas de carácter especial, los Estatutos de Autonomía, particulares para cada territorio. Y esta diversidad, al menos potencial, se refleja explícitamente en la CE, tanto en las vías de acceso a la autonomía y la elaboración de los Estatutos (arts. 143, 146, 151, DT 2.^a) como en el ámbito competencial (arts. 148.2 y 151), el ámbito institucional (art. 152), el de la financiación (DA 3.^a) o incluso la posición de la CA como fruto del reconocimiento de derechos históricos (DA 1.^a). Esta diversidad, que constituye quizá la seña de identidad más marcada del sistema territorial español, ha sido reconocida desde el primer momento por el Tribunal Constitucional, sin ninguna dificultad [STC 76/1983, cit., FJ 2.a)]. Lo que hace el art. 138.2 CE es fijar de manera expresa un límite a esta posibilidad de diferenciación: la creación de privilegios económicos o sociales.

La interpretación de este límite presenta, sin embargo, algunas dificultades importantes. En primer lugar, pudiera parecer, de una lectura apresurada y excesivamente pegada al texto del art. 138.2 CE, que se trata de un límite a la posibilidad de diferenciación entre Estatutos. Incluso el uso del término «privilegio» como objeto de la prohibición, que es un concepto esencialmente relacional, puede inducir a pensar que en realidad se trata de establecer un límite a las diferencias entre Esta-

tutos. El problema reside, sin embargo, en que no hay un término de referencia respecto del cual se puedan medir las diferencias, pues no hay un «estatuto modelo» o «estatuto estándar» respecto del cual puedan los demás introducir diferencias. Tampoco sirve intentar establecer el «contenido medio» de los distintos Estatutos, para fijar una especie de «media de estatutos» o «estatuto medio». La valoración de la legitimidad constitucional no puede versar pues sobre las «diferencias» (¿respecto de qué?) que puedan presentar los distintos Estatutos entre sí, sino sobre el contenido propio de cada uno de ellos en relación, exclusivamente, con la Constitución. Se trata, por tanto, necesariamente, de un límite a los contenidos propios de cada Estatuto de Autonomía, cada uno considerado en sí mismo y no por relación a los demás, sino únicamente respecto del parámetro constitucional.

Así pues, el art. 138.2 CE permite un examen del contenido de cada Estatuto para valorar que no entrañe «privilegios económicos o sociales». Y ahí aparece el segundo grupo de dificultades de interpretación. ¿Qué significa «privilegios económicos o sociales» y cómo es posible apreciarlos fuera de un contexto relacional?

La cuestión es especialmente compleja, pues hay que partir de la posibilidad de que los Estatutos dispongan de contenidos diversos en materias que pueden tener incidencia en el ámbito económico y social. Así, se ha admitido de forma unánime y pacífica que los Estatutos pueden presentar diferencias en el terreno de las competencias (respetando las que la Constitución asigna al Estado) y de la financiación (al menos, al permitir un régimen especial para algunas Comunidades Autónomas —País Vasco, Navarra y, en otro plano, Canarias—, pero no solo: algunas Comunidades del llamado régimen común no aceptaron el sistema de financiación acordado entre el Estado y la mayoría de Comunidades Autónomas en 1996 y permanecieron al margen, con un sistema distinto). El Tribunal Constitucional ha admitido también que los

Estatutos puedan contener derechos de los ciudadanos, con lo cual pueden presentarse igualmente diferencias en este terreno (STC 247/2007, cit., FF. JJ. 11-17). Del mismo modo, el ejercicio de la autonomía política comporta inevitablemente diferencias de actuación entre Comunidades Autónomas, que pueden incidir en el ámbito económico y social.

Por tanto, hay que partir de la legitimidad de la existencia de diversos sistemas de financiación de las Comunidades Autónomas (con una trascendencia evidente para la acción pública en los ámbitos económicos y sociales); de diferencias, al menos potenciales, de competencias autonómicas en materias de carácter económico y social, que tienen una indudable trascendencia respecto de los derechos económicos y sociales de las personas (piénsese, p. ej., en la política de la vivienda, los servicios y las prestaciones sociales, la educación y la sanidad); y, en fin, de la presencia diversificada de derechos en los Estatutos, que se erigen en mandatos a los poderes públicos autonómicos y cuyo reconocimiento se produce especialmente en el ámbito económico y social.

En este contexto de diferenciación estatutaria, ¿cómo aplicar el art. 138.2 CE a un caso concreto y valorar si se ha traspasado el límite que prohíbe? En términos generales, el TC ha indicado que «lo que la Constitución proscribire son las diferencias que carezcan de justificación objetiva y razonable, conllevando beneficios que otras Comunidades Autónomas, en las mismas circunstancias, no podrían obtener» (STC 31/2010, cit., FJ 131, en relación con la previsión contenida en el art. 201.4 EAC de que la financiación de la Generalitat no implique efectos discriminatorios para Cataluña respecto de otras CC. AA., previsión que el TC no considera contraria a la CE). Ello supone que la valoración de los posibles contenidos diferenciales de los Estatutos (especialmente en los campos de la financiación, las competencias y los derechos) deben valorarse, a la luz del art. 138.2 CE, según los cánones habituales de adecuación (a

una finalidad legítima) y de proporcionalidad (necesidad y, sobre todo en este caso, aunque sea lo más difícil, proporcionalidad estricta). Hay que tener, además, en cuenta que algunas de las previsiones estatutarias que vayan a examinarse, por sospechosas, a la luz del art. 138.2 CE, sean en realidad un trasunto de normas constitucionales, o cuando menos, expresen contenidos ya incluidos en normas de la propia Constitución. Así ocurrió, p. ej., con el llamado principio de ordinalidad incluido en el art. 206.5 EAC, por el cual «[e]l Estado garantizará que la aplicación de los mecanismos de nivelación no altere en ningún caso la posición de Cataluña en la ordenación de rentas per cápita entre las Comunidades Autónomas antes de la nivelación». El TC consideró que esta previsión es «solo la expresión reiterada de un deber que para el Estado trae causa inmediata y directa de la propia Constitución, que le impone la garantía de la realización efectiva del principio de solidaridad «velando por el establecimiento de un equilibrio económico, adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español» (art. 138.1 CE)» (STC 31/2010, cit., FJ 134). Sería así el propio art. 138, en su ap. 1, de quien emanaría este principio general (con el alcance limitado que le otorga el TC en el FJ citado), de modo que esta disposición estatutaria «ha de entenderse, en definitiva, como la manifestación expresa de un principio inherente al modelo de solidaridad interterritorial, en cuya virtud el Estado viene constitucionalmente obligado a procurar un «equilibrio económico, adecuado y justo» entre las Comunidades Autónomas que no perjudique a las más prósperas más allá de lo razonablemente necesario para el fin de la promoción de las menos favorecidas. De modo que la garantía del Estado a que se refiere este precepto solo operaría cuando la alteración de la posición de la Comunidad Autónoma de Cataluña se debiera, no a la aplicación general de los mecanismos de nivelación, sino exclusivamente a la aportación que realizase Cataluña como consecuencia de su posible participación en dichos mecanismos» (STC 31/2010, cit., FJ 134).

Como se ve, la aplicación de un canon de razonabilidad para valorar la compatibilidad de una disposición estatutaria con la prohibición del art. 138.2 CE no resulta nada fácil, pero permite darle un sentido específico que no niega la posibilidad legítima de diferenciación entre Comunidades Autónomas. Y en todo caso

presenta las mismas dificultades que la aplicación de los test de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, que constituyen hoy modos típicos de operar de la justicia constitucional en todo el mundo, en la interpretación de otras normas constitucionales de contenidos igualmente generales y abstractos.

BIBLIOGRAFÍA

ALBERTÍ ROVIRA, E., «Las relaciones de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 14, 1985.

— «Relaciones entre administraciones públicas», en LEGUINA, J. y SÁNCHEZ MORÓN, M. (Dirs.), *La nueva Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Tecnos, Madrid, 1993.

ALONSO DE ANTONIO, J. A., «El principio de solidaridad en el Estado autonómico y sus manifestaciones jurídicas», *Revista de Derecho Político*, núm. 21, 1984.

FERNÁNDEZ SEGADO, F., «La solidaridad como principio constitucional», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 30, 2012.

GARCÍA ROCA, J., «Asimetrías autonómicas y principio constitucional de solidaridad», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 47-2, 1997.

GIRÓN REGUERA, E., «Autonomía financiera y solidaridad interterritorial: un difícil equilibrio», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 2, 2006.

GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, E., «El artículo 138 de la Constitución española de 1978 y el principio de solidaridad», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 21, 2004.

JIMÉNEZ CAMPO, J., «El interés general de España y la solidaridad entre los españoles», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 21 (I), 1997.

LUCAS VERDÚ, P. y LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., «Artículo 138. La solidaridad interterritorial», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Cortes Generales-Edersa, tomo X, Madrid, 1998.

TAJADURA TEJADA, J., *El principio de cooperación en el estado autonómico*, Comares, Granada, 1998.

VEGA GARCÍA, A., «El principio constitucional de solidaridad interterritorial en España y en Alemania: Aplicación y límites», *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 20, 2014.

Artículo 139

1. *Todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado.*
2. *Ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español.*

LA IGUALDAD DE DERECHOS Y LA LIBRE CIRCULACIÓN EN EL ESTADO AUTONÓMICO

Sumario: I. La igualdad de derechos de los españoles en el Estado autonómico. 1. El fundamento y la medida de la igualdad de derechos en el Estado autonómico. 2. La exigencia específica de igualdad del art. 139.1 CE. II. Libre circulación de personas: un derecho fundamental. III. Unidad de mercado y Estado autonómico (libre circulación de bienes). IV. La prohibición específica del art. 139.2 CE de oponer obstáculos a la libre circulación de bienes.

ENOCH ALBERTÍ ROVIRA

CATEDRÁTICO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
UNIVERSIDAD DE BARCELONA

I. LA IGUALDAD DE DERECHOS DE LOS ESPAÑOLES EN EL ESTADO AUTONÓMICO

1. El fundamento y la medida de la igualdad de derechos en el Estado autonómico

El art. 139.1 CE proclama solemnemente que «todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado».

Sin embargo, a pesar de la rotundidad de esta afirmación, es claro que el sentido del precepto no puede ser el de establecer o exigir una completa igualdad de derechos de todas las personas (ni siquiera de todos los ciudadanos

españoles) en todo el territorio español, de modo que todas las personas gocen exactamente de los mismos derechos en cualquier parte de España. Así lo consideró ya el Tribunal Constitucional desde el primer momento, advirtiendo que de tal precepto no nace ninguna exigencia de uniformidad absoluta de derechos en todo el territorio español (STC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 2, en jurisprudencia que se ha mantenido estable desde entonces: así, entre otras, SSTC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 10, 247/2007, de 12 de diciembre, FJ 13, y recientemente 79/2017, de 22 de junio, cuyo FJ 2 sintetiza la doctrina del TC, poniendo énfasis precisamente en la diversidad de posiciones jurídicas de las personas que resulta, naturalmente, del ejercicio de las competencias de las CC. AA.). Ello, en efecto,

no puede ser de otro modo, pues de lo contrario se estaría simplemente liquidando o dejando sin ningún efecto la autonomía política de las Comunidades Autónomas. Estas, en efecto, disponen de competencias que inciden, con grados diversos, en el ámbito de los derechos (y las obligaciones), y su ejercicio desde la autonomía política comporta de modo natural e ineludible la diferenciación de las posiciones jurídicas de las personas (derechos y obligaciones).

Tal diversidad cuenta con un límite fundamental: la necesidad de respetar los derechos establecidos en la Constitución, que vinculan a todos los poderes públicos, según proclama expresamente el art. 53.1 CE. Esta previsión explícita permite obviar en España el debate suscitado en algunos estados compuestos (especialmente, los EE. UU.) sobre la aplicación de los derechos reconocidos en la Constitución federal o común a las entidades territoriales de gobierno, de modo que queda claro que los derechos constitucionales son de aplicación en todos los niveles de gobierno y vinculan a todos los poderes. Por ello, el catálogo constitucional de derechos constituye la garantía y a la vez la medida de la igualdad de los derechos de las personas en todo el territorio. Esto es lo que el Tribunal Constitucional ha denominado «posiciones jurídicas fundamentales» de las personas frente a los poderes públicos, que deben ser iguales para todos en todo el territorio (ya desde el principio SSTC 37/1981, cit., FJ 2 y 25/1981, de 14 de julio, FJ 5; recientemente, STC 79/2017, cit., FJ 2).

La igualdad de derechos viene, pues, establecida y garantizada por la Constitución Española de 1978, esencialmente, por la inclusión en la misma de un catálogo de derechos, que vincula a todos los poderes públicos por igual y que, además, deben ser «desarrollados» mediante ley orgánica (art. 81 CE), estableciéndose en consecuencia un estándar normativo común en todo el territorio, que alcanza no solo a su contenido constitucional directo, sino también a su *desarrollo*. No

podemos tratar aquí los problemas que suscita esta reserva de ley, especialmente respecto de su dimensión competencial en la medida que la ley orgánica solo puede provenir del Estado, de modo que nos remitimos a los comentarios correspondientes. Además, la Constitución dispone otros medios que se orientan también a esta misma finalidad general de igualdad de derechos: por una parte, las diversas competencias que el art. 149.1 CE reserva al Estado, aquí ya sí expresa y directamente, con diversos grados de intensidad, en materias conectadas con derechos (p. ej., y sin ánimo exhaustivo: nacionalidad, extranjería y asilo, legislación mercantil, penal y penitenciaria, legislación laboral, legislación civil —sin perjuicio de los derechos civiles de las CC. AA.—, sanidad, Seguridad Social, medio ambiente, régimen de medios de comunicación, seguridad pública y educación; a estas competencias deben sumarse también las que correspondan al Estado en virtud de la cláusula residual del art. 149.3 CE, por no haber sido asumidas por las Comunidades Autónomas mediante sus respectivos Estatutos de Autonomía). Y, por otra parte, el Estado dispone de la competencia *ex art.* 149.1.1.^ª CE por la cual está habilitado para regular «las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales». No corresponde analizar aquí la compleja y a veces confusa interpretación que el Tribunal Constitucional ha realizado de este título estatal, pero sí debe ponerse de relieve que se ha producido una importante evolución en la posición del TC, que ha dejado de considerar el art. 149.1.1.^ª CE como un límite material de las actuaciones autonómicas para pasar a entenderlo como una habilitación que permite que el Estado intervenga para establecer una normativa a fin de garantizar las condiciones básicas que aseguren la igualdad en el ejercicio de derechos y el cumplimiento de obligaciones. Esta evolución ha sido reconocida por el propio TC, que ha manifestado expresamente que ha

abandonado la concepción del art. 149.1.1.^a CE como límite material en sí mismo de la acción normativa de las CC. AA. (SSTC 89/2017, de 4 de julio, FJ 6, 7/2018, de 25 de enero, FJ 6). De este modo, el título competencial *ex* art. 149.1.1.^a CE se convierte en una «garantía dinámica» de la igualdad (STC 79/2017, cit., FJ 2), que habilitaría al Estado para intervenir cuando las «garantías estructurales» (catálogo constitucional de derechos y desarrollo mediante ley orgánica) se mostraran insuficientes para asegurar el nivel adecuado de igualdad que considere el Estado. Con esta intervención, la normativa estatal desplazaría a la autonómica, dando lugar así a un modelo de concurrencia legislativa que se aparta del tradicionalmente establecido en el Estado autonómico español, sustentado en el complicado binomio bases-desarrollo, para acercarse a los modelos de la *preemption* norteamericana o la legislación federal concurrente alemana, que admiten que, sobre un campo de competencia inicial de las instancias territoriales, el poder central pueda intervenir, bajo ciertas circunstancias, desplazando la legislación territorial y ocupando el campo. Se trata, sin duda, de un cambio de interpretación de largo alcance, que debe hacerse constar aquí, y que desborda, con mucho, el ámbito de este comentario.

Basta a los efectos del comentario del art. 139.1 CE poner de relieve que la igualdad de derechos de las personas en España se sustenta de modo principal en la existencia de la Declaración constitucional de derechos y libertades y de las garantías que la acompañan (singularmente, la vinculación de todos los poderes públicos a la misma y la reserva de ley orgánica para su desarrollo), a la que deben sumarse, con la misma finalidad de igualdad, las competencias asignadas al Estado en materia de derechos y, singularmente, el título competencial del art. 149.1.1.^a CE, con el alcance que se ha indicado. Estos dos elementos, catálogo constitucional y competencias estatales, fundamentan y dan la medida de la igualdad de derechos de las personas en España.

2. La exigencia específica de igualdad del art. 139.1 CE

En un contexto constitucional de garantía de la igualdad de derechos mediante el catálogo incluido en la propia Constitución y las competencias reservadas al Estado, estructurales y dinámicas, en terminología del TC, ¿cuál es el sentido específico del art. 139.1 CE?

Cabe advertir de entrada lo que no es el art. 139.1 CE. Como ya se ha visto, no es fundamento de la igualdad de los derechos constitucionales de las personas en el territorio español (que se encuentra en el catálogo constitucional de derechos y las competencias estatales en la materia), ni exige una completa uniformidad de las posiciones jurídicas de las personas (según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ya citada). Tampoco impide la existencia de catálogos de derechos en los Estatutos de Autonomía (STC 247/2007, de 12 de diciembre, FJ 4), ni constituye tampoco un título de atribución de competencias al Estado en materia de derechos (SSTC 52/1988, de 24 de marzo, FJ 3, 225/1993, de 8 de julio, FJ 3). ¿Qué es pues, en positivo, el art. 139.1 CE?

Creo que, con independencia de que enuncie un principio constitucional general que resulta ya de la síntesis de otros y diversos preceptos constitucionales, su sentido específico debe buscarse en el mismo ámbito en el que se mueve el principio de igualdad en los Estados federales o, en general, compuestos: la prohibición de discriminación por motivos de carácter territorial. Así se hace por ejemplo en los EE. UU. (*Privileges and Immunities Clause*, Art. IV, Sec. 2.^a de la Constitución de 1787) y en Alemania (art. 33 de la Ley Fundamental de Bonn), por citar solo dos casos paradigmáticos. Y este principio de «igualdad federal» es lo que aporta específicamente el art. 139.1 CE (por ello se encuentra, significativamente, en la parte dedicada a los «principios generales» con los que se encabeza el Título VIII de la Constitución): la prohibición de discriminación por razón de vecindad o residencia en una

Comunidad Autónoma. Esto es lo que hacía, de modo más directo y explícito, la Constitución republicana de 1931, cuando en su art. 17 proclamaba que «En las regiones autónomas no se podrá regular ninguna materia con diferencia de trato entre los naturales del país y los demás españoles». A falta de una declaración explícita del mismo tenor en la Constitución de 1978, y aunque pudiera deducirse también de otros preceptos constitucionales (destacadamente, del art. 14 CE), esta dimensión de la igualdad de derechos es la que expresa directamente el art. 139.1 CE.

Naturalmente, este principio de igualdad territorial no exige que todas las personas deban recibir exactamente el mismo tratamiento o que no puedan establecerse diferenciaciones que se basen en motivos de carácter territorial (vecindad, residencia). Los derechos de participación política, significativamente, pero también otros derechos y algunas prestaciones sociales, pueden verse sometidos legítimamente a condiciones territoriales, como la ciudadanía autonómica o un cierto tiempo de residencia en la Comunidad, sin que por ello resulten contrarias al principio de igualdad territorial contenido en el art. 139.1 CE. Se trata de examinar, como ocurre en la aplicación del principio general de igualdad *ex* art. 14 CE, si existe un motivo objetivo y legítimo que permita la diferenciación de trato y si tal tratamiento diferenciado responde a los criterios de adecuación y proporcionalidad que resultan exigibles (así, entre otras, aplicando el art. 14 CE, SSTC 40/2014, de 11 de marzo, y 60/2015, de 15 de marzo).

II. LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS: UN DERECHO FUNDAMENTAL

El art. 139.2 CE establece que «ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español». En este precepto pueden distinguirse dos contenidos diversos: por un

lado, la libertad de circulación y establecimiento de las personas, y, de otro, la libre circulación de mercancías.

El primero de estos contenidos, referido a las personas, queda en gran parte claramente incluido en la libertad de circulación y residencia de los españoles que el art. 19 CE reconoce y garantiza como derecho fundamental, y que el Tribunal Constitucional ha extendido también a los ciudadanos extranjeros (SSTC 94/1993, de 22 de marzo, y 242/1994, de 20 de julio). Por este motivo procede remitir el comentario de esta primera parte del art. 139.2 CE al del art. 19 CE. Pero también, en cuanto el art. 139.2 CE se refiere asimismo a la libertad de establecimiento y, por ello, si se entiende «establecimiento» en términos mercantiles y no meramente de residencia, presenta una indudable dimensión económica, se trata también, en esta dimensión, en el apartado siguiente, relativo a la libre circulación de mercancías y la unidad de mercado.

III. UNIDAD DE MERCADO Y ESTADO AUTONÓMICO (LIBRE CIRCULACIÓN DE BIENES)

El art. 139.2 CE, al disponer que «ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen (...) la libre circulación de bienes en todo el territorio español», se presenta, sin duda, como una expresión del principio de unidad de mercado y, aún, de unidad económica de España. Sin embargo, del mismo modo que ocurría con el art. 139.1 CE respecto de la igualdad de derechos, tal precepto no constituye ni el fundamento ni la garantía principal de la unidad de mercado y la unidad económica españolas, a partir de la Constitución.

La unidad económica (que el Tribunal Constitucional ha entendido como una exigencia implícita en el principio de unidad que consagra el art. 2 CE: SSTC 1/1982, de 28 de enero, 32/1983, de 28 de abril, y 96/1984, de 19 de octubre, entre las primeras) y, como consecuencia de la mis-

ma, la unidad de mercado, se establecen y se garantizan por la Constitución mediante instrumentos y mecanismos de mayor entidad que el art. 139.2 CE: en primer lugar, por el establecimiento, a partir de la propia CE, de un marco jurídico unitario para el desenvolvimiento de las actividades económicas de todos los sujetos, públicos y privados, que vincula a todos los poderes públicos (estatales, autonómicos y locales), de modo que se establece un mismo régimen general y básico de intervención en la economía y un mismo régimen general y básico para el desarrollo de actividades económicas de los particulares. En virtud de este marco jurídico general (que integra normas de diverso carácter: habilitaciones a la actuación de los poderes públicos; determinación de objetivos y mandatos finalistas; y derechos de las personas) todos los actores económicos se hallan sujetos a una misma disciplina general: los poderes públicos, dentro de sus competencias, pueden hacer uso de las habilitaciones establecidas a su favor por la Constitución, para la consecución de los fines indicados por la misma, hasta el límite que supone el contenido esencial de los derechos reconocidos por la propia Constitución, en el Capítulo II del Título I. Esta misma proposición, vista desde la perspectiva de los particulares, puede formularse en estos términos: los particulares podrán ejercer la libertad de actuación económica con el único y común límite de las intervenciones públicas realizadas en ejercicio de una habilitación contenida en la Constitución, que persiga alguno de los fines por ella indicados, y que, en todo caso, tendrá como límite infranqueable el contenido esencial de los derechos reconocidos en la misma. La existencia de este marco unitario de disciplina jurídica, de nivel constitucional, de la actuación de todos los agentes económicos, constituye el primer presupuesto y garantía de la unidad económica.

Y, en segundo lugar, como ocurre en la práctica totalidad de los Estados compuestos en la actualidad, la unidad económica se garantiza mediante la atribución al poder central de las facultades necesarias para una conducción unitaria de la política económica. En España,

además de los distintos y amplios títulos competenciales atribuidos al Estado en muy diversos sectores y materias de trascendencia económica, estas facultades aparecen condensadas en el título competencial a favor del Estado que contiene el art. 149.1.13.^a CE, que ha sido entendido por el Tribunal Constitucional como competencia estatal para la «ordenación general de la economía» (SSTC 196/1988, de 17 de octubre, esp. FJ 2, 96/1990, de 24 de mayo, FJ 3, entre muchas otras).

Marco jurídico general unitario, establecido y garantizado directamente por la Constitución y por el ejercicio de las competencias sectoriales del Estado, y asignación al Estado de competencias para la dirección de la política económica general, son los dos mecanismos básicos que fundamentan y garantizan la unidad económica en España y, por ende, su unidad de mercado. En este mismo sentido, el Tribunal Constitucional ha entendido que la unidad de mercado se sustenta en la atribución de competencias al Estado en materia económica, en el contenido esencial de los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos y en determinados principios constitucionales, entre ellos los expresados en el art. 139 CE, que enmarcan y limitan la acción de las CC. AA. (por todas, STC 79/2017, cit., FJ 2).

Esta es la garantía (estructural y dinámica, en palabras del TC, ya citadas) de la unidad de mercado en el sistema constitucional de 1978, suficiente, según el TC, para prevenir una eventual «fragmentación del mercado nacional» como consecuencia de la diversidad de regulaciones autonómicas. Para el TC, esta «fragmentación» (que se presenta como uno de los principales argumentos de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, LGUM) deriva «del normal funcionamiento del Estado autonómico», y para afrontarla, en su caso, cabe acudir a los instrumentos que dispone la Constitución: los principios constitucionales que limitan la acción de las CC. AA. y el ejercicio de las competencias estatales en mate-

ria económica (STC 79/2017, cit., FJ 11). No puede el Estado, en cambio, utilizar instrumentos que alteren el orden de distribución de competencias, como el principio de eficacia en todo el territorio del Estado de los actos, disposiciones y medios de intervención de las autoridades del lugar de origen establecido en la LGUM. Este principio de eficacia nacional, que se inspira claramente en el principio de reconocimiento mutuo de la jurisprudencia y el Derecho comunitarios europeos, aunque sin la condición, previa y esencial, de la equivalencia del nivel de protección en los ordenamientos de los lugares de origen y de destino, supondría según el TC sustituir el criterio de territorialidad de las competencias autonómicas por el de procedencia del operador económico, que, además, podría elegir la normativa aplicable en la medida que puede elegir el lugar de establecimiento para ejercer su actividad o de fabricación o introducción de sus productos (STC 79/2017, cit., FJ 13). Por este motivo, el TC declaró inconstitucional y nulo el principio de eficacia nacional, desarbolando con ello en gran parte la Ley de garantía de la unidad de mercado. Que los efectos económicos de esta sentencia hayan sido prácticamente inapreciables no es sino una buena prueba de que la unidad del mercado interno se sustenta en otros pilares y no necesita de este instrumento. En contraste, puede imaginarse fácilmente el efecto devastador que para el mercado comunitario europeo hubiera producido la supresión del principio de reconocimiento mutuo. Ello ilustra de forma elocuente el modo distinto en que operan la arquitectura y las garantías de unidad en un espacio económico que constituye ya un mercado unificado y consolidado y en otro que, partiendo de múltiples mercados nacionales independientes, aspira a unificarse.

A los mecanismos constitucionales internos de sustentación de la unidad de mercado hay que sumar, hoy, el peso decisivo y creciente de la Unión Europea en este ámbito, que traslada hacia la esfera comunitaria el centro de gravedad de la intervención pública en la eco-

nomía y, por tanto, la fijación del marco en el que pueden desenvolverse las actividades económicas de los particulares. La integración económica y política europea constituye, pues, un factor de primer orden en la garantía de la unidad económica y de mercado interna, y que marca en gran medida ya el grado de unificación al que este debe responder.

En este contexto cabe plantear el sentido específico de la cláusula del art. 139.2 CE.

IV. LA PROHIBICIÓN ESPECÍFICA DEL ART. 139.2 CE DE Oponer OBSTÁCULOS A LA LIBRE CIRCULACIÓN DE BIENES

De lo dicho anteriormente se desprende que el art. 139.2 CE no se presenta como el fundamento de la unidad económica ni de la unidad de mercado. Tampoco, en realidad, como el fundamento o la garantía principal de la libre circulación de personas y de bienes, que dispone de un anclaje constitucional mucho más sólido, bien como contenido propio de determinados derechos y libertades fundamentales (p. ej., los reconocidos en los arts. 19, 33, 35, 38), bien como resultado de la extensa atribución al Estado de competencias en el ámbito económico (en particular, pero no solo, *ex art.* 149.1.13.^a CE). Por ello, la libre circulación de personas y de bienes aparece más bien como el resultado natural de este conjunto de previsiones constitucionales, que son las que traban la unidad económica, y no como efecto específico y directo del art. 139.2 CE.

El art. 139.2 CE tampoco concede al Estado nuevas competencias, que se sumen a las que ya le corresponden en virtud de los títulos competenciales *ex art.* 149.1 CE o de la cláusula residual del art. 149.3 CE (STC 95/1984, de 18 de octubre, FJ 7), aunque el Tribunal Constitucional en ocasiones lo ha utilizado como criterio interpretativo de la distribución de competencias en el ámbito económico (SSTC 71/1982, de 30 de noviembre, FJ 7, 32/1983, de 28 de abril, FJ 3, entre otras).

El art. 139.2 CE constituye un límite al ejercicio de las competencias de los poderes públicos, y especialmente los autonómicos, por el cual se prohíbe oponer obstáculos a la libre circulación de bienes en todo el territorio español, a modo de garantía adicional y última de la unidad del mercado, ante la pluralidad de intervenciones que sobre él pueden producirse en la nueva estructura compuesta del Estado que deriva de la Constitución.

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de examinar la aplicación de este límite en diversos casos de actuaciones autonómicas y concluyó, ya desde el primer momento, que no toda incidencia en la libre circulación constituye un obstáculo a la misma, sino que solo podrán calificarse como tales aquellas medidas que intencionadamente busquen este objetivo o bien aquellas otras cuyas consecuencias objetivas «impliquen el surgimiento de obstáculos que no guardan relación con el fin constitucionalmente lícito» que persiguen, o que «constituyan obstáculos graves o desproporcionados» respecto de tal finalidad legítima (STC 37/1981, cit., FJ 2). Los obstáculos, en definitiva, que el propio Tribunal Constitucional ha calificado como «medidas de signo proteccionista; esto es, que dificultan injustificadamente en un territorio la comercialización de productos de otras zonas o el ejercicio de actividades empresariales por parte de personas procedentes de otros lugares» (STC 111/2017, de 5 de octubre, FJ 4).

El Tribunal Constitucional ha construido así un criterio de valoración de la legitimidad de las actuaciones de los poderes públicos a la luz del art. 139.2 CE, que ha formulado con carácter general en la STC 88/1986, de 1 de julio, FJ 6, y que, aplicado después en numerosas ocasiones, a veces con algunos matices (*vid. p. ej.*, por su alto grado de formalización, la STC 89/2017, de 4 de julio), en esencia consiste en valorar:

- (i) la competencia de la entidad que ha dictado la medida;
- (ii) la adecuación de la medida al fin constitucionalmente legítimo que persigue (lo que

implica un examen previo de la finalidad que se persigue y una valoración de su legitimidad constitucional);

(iii) la proporcionalidad del grado de diversidad que introduce la medida respecto del fin legítimo que la misma persigue. En palabras del propio Tribunal, se trata de que «las diferencias y peculiaridades en ella previstas resulten adecuadas y justificadas por su fin» (STC 88/1986, FJ 6). Para ello, puede procederse a un examen de la necesidad de la medida para conseguir el fin legítimo propuesto, lo que supone considerar la posibilidad de medidas alternativas menos gravosas o restrictivas para la libre circulación que puedan sustituir a la primera (STC 66/1991, de 22 de marzo, FJ 3). A este juicio general de proporcionalidad, que en realidad es un juicio de necesidad, se ha añadido un juicio estricto de proporcionalidad, por el cual se ponderan las cargas o sacrificios en relación con los beneficios que reporta la medida en cuestión (STC 89/2017, de 4 de julio);

(iv) y, finalmente, el respeto a la igualdad básica de derechos y obligaciones de todos los españoles.

En realidad, este es un test interpretativo que excede del art. 139.2 CE (pues valora la regularidad competencial y el respeto a los derechos) y que dispone incluso de un carácter general, al utilizar de forma combinada y sistemática criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, que son hoy comunes en la interpretación constitucional.

De lo que se trata (y este es el punto crucial a destacar de la doctrina del Tribunal Constitucional) es de establecer un criterio de valoración específico para medir la legitimidad de una determinada actuación pública a la luz del art. 139.2 CE: esto es, valorar si una determinada medida, que resulte legítima desde el punto de vista competencial y de respeto de los derechos constitucionales (incluido el principio de igualdad, también en la dimensión expresada en el art. 139.1 CE) y de las demás prescripciones normativas de la CE,

especialmente las de carácter económico, puede no serlo a la luz del art. 139.2 CE.

De este modo, y pasadas ya por sucesivos filtros jurídico-constitucionales (regularidad competencial, respeto de los derechos, incluida la igualdad, y respeto de las prescripciones en el ámbito económico), podrán constituir un «obstáculo» de los prohibidos en el art. 139.2 CE aquellas medidas que provoquen un efecto restrictivo o, en general, perturbador del tráfico estatal que no guarde proporción con el fin legítimo que tales medidas persiguen, en el doble sentido en que cabe entender la proporcionalidad: que no resulte necesario porque existen medidas alternativas menos gravosas o bien porque sea excesivo, en relación con los beneficios que aporta. Se trata, por tanto, de añadir un nuevo criterio de valoración jurídico constitucional para medir la legitimidad de las actuaciones de los poderes públicos que afecten al tráfico intercomunitario o estatal, al objeto de asegurar que no provocan más efectos restrictivos que aquellos que resultan inevitables para conseguir las finalidades que legítimamente persiguen. Este juicio de constitucionalidad (proporcionalidad de los efectos restrictivos en sentido amplio o necesidad) no resulta fácil, pues solo puede aplicarse si se considera la posibilidad o no de sustituir la medida en cuestión por otra que, consiguiendo los mismos objetivos, produzca efectos menos restrictivos. La aplicación de este criterio de sustituibilidad (que emplea también el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su interpretación de las restricciones a las libertades de circulación, y es-

pecialmente la referida a las mercancías) no es tarea sencilla, pues requiere que el juez se mueva, para realizar esta valoración, en el terreno previamente delimitado por las partes en las alegaciones y la prueba, de modo que si no se lleva al ánimo del juez el convencimiento de que la sustitución es posible, este debería declarar legítima la medida impugnada en base al art. 139.2 CE, sin que sea lícito que el propio juez indague por su cuenta sobre las posibilidades de sustitución. Lo mismo ocurre en relación con la valoración de la proporcionalidad estricta (ponderación de las cargas en relación con los beneficios), pues difícilmente el juez constitucional está en condiciones de realizar este tipo de valoraciones, que implican disponer de un amplio sustrato fáctico. En ocasiones, sin embargo, es el juez constitucional quien realiza esta labor directamente. Así, p. ej., en la STC 89/2017, de 4 de julio, el TC, después de aplicar de modo impecable el test de idoneidad y de necesidad, realiza una valoración propia y autónoma de la proporcionalidad en sentido estricto, llegando a la conclusión de que la medida impugnada resulta excesiva en relación a los beneficios que conlleva. Parece mucho más adecuado que los materiales para poder realizar esta valoración sean aportados previamente las partes, y que estas puedan debatir sobre la cuestión ante el juez constitucional. Por ello, si una medida ha sido considerada legítima desde los otros criterios de valoración, y no ha sido probado que los efectos restrictivos son desproporcionados respecto del fin (legítimo) que persigue, la medida no debería ser calificada como obstáculo prohibido por el art. 139.2 CE.

BIBLIOGRAFÍA

AJA, E., «El art. 149.1.1 CE como cláusula de igualación social», en *La función del art. 149.1.1 CE en el sistema de distribución de competencias*, IEA, Barcelona, 1992.

ALBERTÍ ROVIRA, E., *Autonomía política y unidad económica*, IEA-Civitas, Madrid, 1995.

APARICIO PÉREZ, M. A. (Ed.), CASTELLA ANDREU, J. M. y EXPÓSITO, E. (Coords.), *Derechos y principios rectores en los Estatutos de Autonomía*, Atelier, Barcelona, 2008.

BAÑO LEÓN, J. M., *Las autonomías territoriales y el principio de uniformidad de las condiciones de vida*, INAP, Madrid, 1988.

BARCELÓ, M., *Derechos y deberes constitucionales en el Estado autonómico*, IEA-Civitas, Madrid, 1991.

CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F. M., «Sí, pueden (declaraciones de derechos y Estatutos de Autonomía)», *REDC*, núm. 79, 2007.

CABELLOS ESPIÉRREZ, M. A., *Distribución competencial, derechos de los ciudadanos e incidencia del derecho comunitario*, CEPC, Madrid, 2001.

CALONGE VELÁZQUEZ, A., *Autonomía política y unidad de mercado en la Constitución española de 1978*, Universidad de Valladolid-Caja Ahorros Salamanca, Valladolid, 1991.

CARRILLO, M., «Los derechos, un contenido constitucional de los Estatutos de Autonomía», *REDC*, núm. 80, 2007.

DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T., *Mercado nacional único y Constitución*, Fundación Manuel Giménez Abad-CEPC, Madrid, 2008.

DE OTTO, I., «Los derechos fundamentales y la potestad normativa de las Comunidades Autónomas», en *Estudios sobre Derecho estatal y autonómico*, Civitas, Madrid, 1986.

DÍEZ-PICAZO, L. M., «¿Pueden los Estatutos de Autonomía declarar derechos, deberes y principios?», *REDC*, núm. 78, 2006.

GARCÍA TORRES, J., «La «ordenación general de la economía», título sustantivo de competencia estatal», *REDC*, núm. 17, 1986.

GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, P., *Libertades de circulación, residencia, entrada y salida en España*, Madrid, 1991.

GONZÁLEZ PASCUAL, M. I., *El proceso autonómico ante la igualdad en el ejercicio de los derechos constitucionales*, IVAP, Oñati, 2007.

LUCAS VERDÚ, P. y LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., «Art. 138. Autonomía e igualdad. La posición jurídica de los ciudadanos en el Estado de las Autonomías», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, tomo X, Cortes Generales-Edersa, Madrid, 1998.

PEMÁN GAVÍN, J., *Igualdad de los ciudadanos y autonomías territoriales*, Civitas, Madrid, 1992.

VIVER PI-SUNYER, C., «La libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libertad de circulación de bienes (art. 139.2 CE)», en *La función del art. 149.1.1 CE en el sistema de distribución de competencias*, IEA, Barcelona, 1992.

VV. AA., *Estado compuesto y derechos de los ciudadanos*, IEA, Barcelona, 2007 (con estudios de R. HOFMANN, R. BIFFULCO, L. ORTEGA, M. A. CABELLOS y J. NIEVA).

DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL [ARTS. 140 A 142]

Artículo 140

La Constitución garantiza la autonomía de los municipios. Estos gozarán de personalidad jurídica plena. Su gobierno y administración corresponde a sus respectivos Ayuntamientos, integrados por los Alcaldes y los Concejales. Los Concejales serán elegidos por los vecinos del municipio mediante sufragio universal, igual, libre, directo y secreto, en la forma establecida por la ley. Los Alcaldes serán elegidos por los Concejales o por los vecinos. La ley regulará las condiciones en las que proceda el régimen del concejo abierto.

Sumario general:

La autonomía municipal, por **FRANCISCO VELASCO CABALLERO**

La organización municipal, por **MANUEL REBOLLO PUIG**

LA AUTONOMÍA MUNICIPAL

Sumario: I. Introducción. II. Revisión del concepto de «garantía institucional». III. «Estándares» constitucionales mínimos de autonomía municipal. IV. Autonomía municipal como principio constitucional. V. Garantía constitucional y ley.

FRANCISCO VELASCO CABALLERO

DIRECTOR DE INVESTIGACIÓN DEL INSTITUTO DE DERECHO LOCAL
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución garantiza la autonomía municipal, tanto en el art. 137 como en el 140 CE. El art. 142 CE concreta la garantía constitucional general en el específico ámbito de la financiación (suficiencia financiera). Hasta hoy, el Tribunal Constitucional ha elaborado una doctrina donde apenas se precisan los linderos de los arts. 137 y 140 CE. De hecho, **no hay doctrina constitucional específica para la autonomía municipal enunciada en el art. 140 CE**. Hay, más bien, una doctrina general sobre la autonomía *local* (tanto provincial como municipal) erigida sobre el art. 137 CE y luego ratificada para el art. 140 CE. Está pendiente, desde el inicio de la jurisprudencia constitucional, un replanteamiento de este tratamiento unificado de ambas autonomías locales (SANTAMARÍA, 1982, 472).

La determinación del contenido constitucional de la autonomía municipal se contiene, básicamente, en cuatro sentencias del Tribunal Constitucional. Es importante no solo exponer los enunciados de esas sentencias, sino, también, precisar el contexto y proceso en que fueron dictadas:

a) Está, en primer lugar, la **STC 4/1981**, en la que se enjuiciaba la posible **inconstitucionalidad sobrevenida de la Ley de Régi-**

men Local de 1955. Fue aquel un juicio de constitucional verdaderamente singular. Se enjuiciaba una ley preconstitucional que no contemplaba la elección directa de los cargos políticos locales y que sometía a los cargos municipales a intensas y extensas tutelas administrativas estatales (tanto de legalidad como de oportunidad). En ese contexto, la doctrina del Tribunal fue especialmente contundente y tuitiva de la autonomía local: sobre todo en lo que se refiere a las tutelas administrativas (de oportunidad y de legalidad).

b) La segunda sentencia capital fue la **STC 32/1981**, sobre la Ley catalana 8/1980, de 17 de diciembre, de transferencia urgente y plena de las Diputaciones catalanas a la Generalidad. Por medio de esta Ley **se vaciaba de competencias a las Diputaciones Provinciales** de aquella Comunidad. Ante un vaciamiento funcional tan notorio como el pretendido, el Tribunal Constitucional elaboró la doctrina de la «garantía institucional» de la autonomía local. Esta doctrina —de cuya procedencia y sentido luego se dirá algo— era ciertamente adecuada para la resolución del concreto proceso que se sustanciaba. Pero más dudoso es que esa misma doctrina (y desde luego, la categoría conceptual de «garantía institucional») valga para los Municipios y para el enjuiciamiento de leyes que no eliminan la autonomía local *ab radice*, sino

que simplemente la limitan o constriñen. Luego volveré sobre esto.

c) La tercera sentencia de interés es la **STC 214/1989**. En este caso se trataba de un proceso constitucional de contenido competencial. Se cuestionaba la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL). Lo relevante de esta sentencia es su **ligazón entre la autonomía local que garantiza el art. 137 CE y la competencia estatal ex art. 149.1.18 CE**. Se afirma así la competencia del Estado para regular en lo básico la autonomía municipal. Esta conexión ha dado pie a una cierta confusión sobre la posición de la Ley reguladora de las Bases de Régimen Local en el sistema de fuentes. Tal confusión ha llegado (pasando por episodios máximos, como el de la STC 159/2001) hasta la STC 240/2006, dictada en el primer «conflicto en defensa de la autonomía local» resuelto por el Tribunal. En esta STC 240/2006 se precisa que —al menos en el proceso de los arts. 75 bis a 75 quince de la LOTC— la LBRL no es parámetro de constitucionalidad (FJ 8).

d) La cuarta sentencia anunciada es la **STC 41/2016**, que encabeza otras posteriores: SSTC 111/2016, 168/2016, 180/2016, 44/2017. En todas estas sentencias el Tribunal enjuiciaba una ley básica estatal (la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local), en la que por primera vez, al menos de forma nítida, las Cortes reducían el nivel de autonomía local configurado en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL). El Tribunal Constitucional declara que la Constitución garantiza la autonomía local de forma **tendencialmente amplia**, pero que el legislador tanto puede optimizar (extender) esa autonomía constitucional como **reducirla** (cuando así sea necesario para desarrollar otros bienes o principios constitucionales).

La autonomía local del art. 137 CE (y con ella, la autonomía municipal del art. 140 CE) se ha

calificado comúnmente de «**garantía institucional**». Así se propuso primero en la doctrina (EMBED, 1981, 441; PAREJO, 1981; GARCÍA MACHO, 1986, 417; MORELL, 2006, 4) y se aceptó luego por la jurisprudencia constitucional (primero en la STC 32/1981 y luego en las que la siguen: SSTC 38/1983, FJ 6; 170/1989, FJ 9; 109/1998, FJ 2; 51/2004, FJ 9; 83/2005, FJ 7; 252/2005, FJ 4; 240/2006, FJ 7; 103/2013, FJ 3). La expresión «garantía institucional» ha pasado, incluso, al lenguaje normativo (así, art. 151 del nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña, de 2006). En fórmula sintética declara el Tribunal Constitucional que «la garantía institucional de la autonomía local no asegura un contenido concreto ni un determinado ámbito competencial, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar, de suerte que solo podrá reputarse desconocida dicha garantía cuando la institución es limitada de tal modo que se la priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre» (STC 109/1998, FJ 2). También es tópica la afirmación de que la «garantía institucional» del art. 137 CE solo preserva el «contenido esencial» o un «mínimo» de autonomía local (SSTC 170/1989, FJ 9; 213/1988, FJ 2; 51/2004, FJ 9; 83/2005, FJ 7); y que a la ley corresponde, en los límites de la institución, la configuración completa del régimen local (y con ello el nivel final de autonomía del que disfrutarán las entidades locales en toda España y en cada Comunidad Autónoma). Esta primera categorización de la autonomía local —como garantía institucional— presentaba **desde su origen un claro carácter negativo**: la «garantía institucional» actúa frente a la Ley.

Ninguna relevancia jurisprudencial y conceptual ha tenido, hasta hoy, la referencia a la «**personalidad jurídica plena**» de los **Municipios**, a la que se refiere el art. 140, segunda frase, de la CE. Esa afirmación de «personalidad jurídica» hay que entenderla en el contexto jurídico constituyente. El reconoci-

miento de personalidad jurídica pública ha servido, históricamente, para dos fines: como herramienta primaria del Estado de Derecho, para conseguir el sometimiento procesal del Estado (Fisco) a los Tribunales (VELASCO, 2003, 39); y, ya más en nuestros días, como técnica de descentralización funcional o territorial (autonomía). En el marco del art. 140 CE, el reconocimiento directo de «personalidad jurídica» a los Municipios **es una expresión más de la garantía genérica de autonomía municipal**. Con la personificación jurídica se pretende afirmar, simplemente, que los Municipios no son una parte más de la organización del Estado central, o de la organización autonómica: los Municipios no son órganos de otras organizaciones personificadas superiores (Estado o Comunidad Autónoma). Son entidades públicas diferenciadas, cada una dotada de su propia y plena personalidad jurídica. Personalidad jurídica es, en este sentido, autonomía municipal (CARBALLEIRA, 1993, 131). Lo cual no obsta para que, en los términos que determine la ley, los Municipios puedan quedar sometidos a ciertos controles o instrucciones del Estado y de las Comunidades Autónomas. Ni el reconocimiento de personalidad jurídica «plena» ni la garantía de autonomía (art. 140 CE) impiden de forma absoluta las tutelas o controles interadministrativos.

II. REVISIÓN DEL CONCEPTO DE «GARANTÍA INSTITUCIONAL»

Como ya he dicho, lo frecuente, entre nosotros, es explicar la autonomía municipal de la Constitución como una «garantía institucional». Ello no ha obstado para que la propia doctrina imputase diversas insuficiencias o disfunciones a aquella categoría. Pero por muy relevantes que hayan sido las críticas y correcciones, lo cierto es que la «garantía institucional» sigue siendo hoy el concepto con el que, de manera general, se pretende explicar el régimen constitucional de protección de la autonomía local. Repasemos brevemente las **críticas al concepto de «garantía institucional»**.

Prontamente se dijo que «si la elaboración de la teoría de la garantía institucional de la autonomía local tiene una finalidad protectora de lo que constituye su núcleo esencial frente a la actuación del legislador, su aplicación en nuestro país, en un momento de intensos cambios legislativos en el ámbito local, puede resultar distorsionadora, al carecer hasta ahora de una perspectiva histórica suficientemente amplia y de una doctrina consolidada acerca del contenido de dicho principio organizativo» (FANLO LORAS, 1990, 255). Similar planteamiento se hace comparando la realidad jurídica española con la alemana, de donde procede la categoría de las «garantía institucional»: lo que se garantiza en el art. 28 II GG sería una institución consolidada, definida y aceptada en el Derecho público alemán anterior a la Constitución. En cambio, en España, a la Constitución no precede una «institución de autonomía local» precisa que resulte simplemente recibida por la Constitución. Antes bien, esa institución solo existirá por la mediación de la ley (ESTEVE, 1991, 127; AJA, 1992, 49). Desde otra perspectiva, y ya en tiempos más recientes, se ha cuestionado abiertamente que el concepto de «garantía institucional» pueda explicar la creciente dimensión positiva de la tutela constitucional de la autonomía local (GARCÍA MORILLO, 1998, 32; GARCÍA ROCA, 2004, 17). Con todo, y por relevantes y aceptadas que puedan ser las críticas, nuestra doctrina más autorizada sigue reconociendo hoy la utilidad del concepto de «garantía institucional» (CARRO, 1998, 89; CIDONCHA, 2017, 22). A mi juicio, en cambio, la realidad constitucional requiere ya de nuevos conceptos, adecuados a la realidad que se pretende explicar.

Téngase en cuenta que con la «garantía institucional», en la formulación tradicional de C. SCHMITT, se pretende explicar una cierta resistencia del autogobierno local (y aun del principio de subsidiariedad latente en el Derecho público alemán) frente al legislador ordinario (SCHMITT, 1982, 175-176). Solo eso. La expresión «garantía institucional» es una construcción explicativa adecuada a un determinado Derecho público (el alemán de principios del

siglo xx). Pero aquella categoría no explica con suficiencia el Derecho público actual. Esto se observa en la doctrina alemana (MAURER, 1995, 1037). Y con más razón es extensible a nuestro Derecho público. Esta **era la forma, en el Derecho constitucional de principios de siglo, de afirmar la supraordenación de la Constitución sobre la ley ordinaria**; y de frenar, simultáneamente, la legitimación democrática del Derecho y el proceso de integración política: II Reich (ESTEVE, 1991, 126). Dicho esto, repárese en lo inadecuado del concepto «garantía institucional» en relación con constituciones, como las contemporáneas de Alemania y España, que establecen (ya directamente) su propia posición supraordenada sobre la ley. Ciertamente es que tanto en la doctrina alemana como española se ha hablado luego de una «eficacia reforzada» de las garantías institucionales, más allá de la eficacia ordinaria de cualquier norma constitucional (PAREJO, 1981, 119 y 151). Sin embargo, no parece claro dónde está esa «eficacia reforzada», sobre todo en una hermenéutica constitucional donde los distintos bienes jurídicos son, fundamentalmente, materialmente ponderables.

En nuestro Derecho constitucional se puede decir que la «garantía institucional» nunca fue, ni siquiera al principio, una categoría verdaderamente explicativa del nuevo régimen constitucional-local. De ahí que, aunque en la STC 32/1981 («Diputaciones catalanas») se hablara ya expresamente de «garantía institucional» (FJ 3), también se aludía a otras categorías hermenéuticas como «principio de autonomía» (FJ 3) y «derecho de la comunidad» (FF. JJ. 4 y 5). O sea: la autonomía local en la Constitución como «institución», como «principio» y como «derecho». En suma, la categoría conceptual «garantía institucional», por sus propias limitaciones estructurales, no permite explicar el nivel y el modo de protección constitucional que, de hecho, resulta de la jurisprudencia constitucional y judicial sobre autonomía municipal.

El concepto de «garantía institucional» apela de forma necesaria a la «imagen social» de

una institución. A una «situación de hecho y normativa, formada, heredada, con raíces históricas» (GALLEGO, 1994, 79). Exige de cada juicio de constitucionalidad la captación (por parte del Tribunal Constitucional) de qué se entiende en cada tiempo por autonomía municipal, juicio este que fácilmente puede derivar hacia un cierto «iusnaturalismo sociológico» (GALLEGO, 194, 167). Y exige también, a partir de esa imagen abstracta de la institución, un **juicio de reconocibilidad**: de si la institución es aún (socialmente) identificable, pese a los límites impuestos en una ley (la cuestionada en cada caso). Este tipo de juicio solo es propiamente funcional en supuestos extremos: allí donde la ley prácticamente elimina la autonomía local. De ahí el correcto funcionamiento de la técnica de la «garantía institucional» en la STC 32/1981, donde se impugnaba una ley que prácticamente vaciaba de toda función a las Diputaciones catalanas. El juicio de reconocibilidad no presenta aquí ninguna complejidad: una ley que vacía completamente de funciones a las Diputaciones hace irrecognoscible la autonomía provincial. Ahora bien, fuera de supuestos extremos, como el descrito, el juicio constitucional de «reconocibilidad institucional» resulta inadecuado en relación con normas de alcance limitado que ordenan la organización o el funcionamiento sectorial de las entidades locales (tempranamente: EMBID, 1981, 468). Una norma sectorial (pongamos por caso, la que autoriza a una Administración Autónoma para iniciar la modificación del planeamiento urbanístico municipal) difícilmente puede hacer irrecognoscible la autonomía municipal. Y sin embargo, conforme a nuestra jurisprudencia constitucional, una norma como la descrita puede ser contraria al art. 140 CE (como ejemplo: STC 51/2004, FJ 12). En estos casos (que son los más), **el Tribunal Constitucional no realiza un juicio de reconocibilidad de la «institución» autonomía municipal: deduce de aquella garantía abstracta un estándar concreto** (como el poder municipal para iniciar la modificación del propio planeamiento) y eso precisamente es lo que confronta con la concreta norma

sectorial que se somete a su juicio. Poco importa ahora que en la argumentación de este juicio (que ya no es de reconocibilidad) se siga hablando, como fórmula de estilo, de la «garantía institucional» de autonomía municipal.

Estrechamente relacionada con lo anterior se encuentra una objeción tradicional a la técnica de la «garantía institucional». La «institución» de la autonomía municipal no solo resulta un canon de difícil aplicación en relación con normas sectoriales concretas. También resulta ineficaz cuando una norma concreta no afecta de forma relevante a la autonomía municipal; pero donde su **efecto levemente restrictivo** se suma a otras muchas afrentas leves, sucesivas o simultáneas, de otras leyes. De esta manera, ninguna norma concreta haría «irreconocible» la institución. Pero la suma de muchas normas legales no inconstitucionales sí produciría, por sedimentación, el efecto final de irrecognoscibilidad de la institución. A esta objeción se dijo en la doctrina alemana que la reacción jurisdiccional bien podía hacerse frente a la norma legal que «rebasaba el vaso» (esto es, la última norma erosiva de la autonomía local, aunque fuera la más leve). La respuesta es, a mi juicio, claramente insatisfactoria. Pues proyecta sobre una norma concreta (la impugnada) un reproche que no le es propio (el acumulado). Es esencial al control constitucional de la Ley su concreción sobre enunciados normativos concretos. Como muestra el art. 39.1 LOTC, el Tribunal Constitucional solo puede ampliar su juicio de constitucionalidad a preceptos conexos de la misma ley, y solo en la medida en que esos otros preceptos conexos sean intrínsecamente reprochables: no se permite, por tanto, un juicio de constitucionalidad por sedimentación, imputando a las normas específicamente impugnadas defectos acumulados (imputables a otras normas).

Atendiendo al Derecho positivo y a los enunciados jurisprudenciales (de los que se dará cuenta detallada más adelante), se puede afir-

mar que la autonomía municipal que garantiza la Constitución presenta hoy un **contenido dual**: de un lado, **se garantiza inmediata y directamente, a cada Municipio, un «mínimo» de autonomía** (SSTC 51/2004, FJ 9; 83/2005, FJ 7; 143/2016, FJ 2). Junto a esta garantía mínima, directa y subjetiva, los arts. 137 y 140 CE contienen un **«principio de autonomía municipal»**, tomando aquí el término «principio» en sentido técnico-jurídico preciso: norma finalista (diferente a la «regla») que impone a sus destinatarios la consecución de un objetivo final en la medida de la posible. Esto es, los arts. 137 y 140 CE imponen también un mandato a todos los poderes públicos para que, cada uno en su ámbito de poder propio, desarrolle, favorezca o promueva al máximo de lo posible la autonomía local. Hasta el límite que resulte de la necesaria ponderación de este principio de autonomía municipal con otros bienes, principios o valores constitucionales. Tenemos, en suma, que la autonomía local garantizada por los arts. 137 y 140 CE es tanto una garantía mínima, directa y subjetiva, como un mandato de promoción o desarrollo al máximo de lo constitucionalmente posible.

III. «ESTÁNDARES» CONSTITUCIONALES MÍNIMOS DE AUTONOMÍA MUNICIPAL

Son frecuentes, en la jurisprudencia constitucional y en la doctrina, las alusiones, directas y claras, a que la Constitución solo garantiza de manera directa lo *elemental, esencial o mínimo* de la autonomía local. Como enseña se verá, la jurisprudencia habla aquí indistintamente de «mínimo» y de «contenido esencial» de la autonomía local. Y aunque «mínimo» y «contenido esencial» son conceptos discernibles, lo cierto es que con ambos la jurisprudencia constitucional expresa una misma idea: que **la Constitución solo protege un nivel primario de autonomía local**, siendo completado ese nivel por el resto del ordenamiento jurídico. Más que ante la «imagen social» de una institución, estaría-

mos ante «estándares» mínimos y concretos de autonomía local.

Al *contenido esencial* de la autonomía local se refiere el Tribunal Constitucional afirmando que: «la Constitución asegura la existencia de determinadas instituciones, a las que se considera como componentes esenciales y cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo en ellas un *núcleo o reducto indisponible* por el legislador [...]» (STC 38/1983, FJ 6). En referencia a las competencias municipales dice también el Tribunal Constitucional (esta vez utilizando la expresión «contenido mínimo») que: «más allá de ese límite de *contenido mínimo* [de potestades para la gestión de los intereses locales] que protege la garantía institucional, la autonomía local es un concepto jurídico de contenido legal, que permite, por tanto, configuraciones legales diversas [...]» (STC 170/1989, FJ 9). En la misma línea, y esta vez en relación con los controles o tutelas sobre los Municipios (en el concreto ámbito del urbanismo), dijo el Tribunal Constitucional que: «este Tribunal ha considerado que los controles administrativos de legalidad no afectaban al *núcleo esencial* de la garantía institucional de la autonomía de las Corporaciones Locales [...] con estas declaraciones el Tribunal Constitucional no pretendía ni podía pretender la determinación concreta del contenido de la autonomía local, sino fijar los *límites mínimos* en que debía moverse esa autonomía y que no podía traspasar el legislador» (STC 213/1988, FJ 2). También ha declarado el Tribunal Constitucional, en la línea descrita, que la autonomía local de la Constitución es «garantía institucional de los *elementos esenciales* o del *núcleo primario* del autogobierno de los entes locales territoriales» (SSTC 51/2004, FJ 9; 83/2005, FJ 7). Aunque a veces el lenguaje es impreciso, la jurisprudencia constitucional no se refiere aquí a la posible «esencia» de una institución (la autonomía local), sino a «mínimos» constitucionales de autonomía local, directamente eficaces y luego configurables y ampliables por el legis-

lador. Quizá en 1981, recién iniciada la jurisprudencia constitucional, podía afirmarse que «de la garantía constitucional no pueden extraerse válidamente «garantías» específicas de determinados contenidos normativos [...]» (PAREJO, 1981, 147). Pero hoy, después de veinticinco años de jurisprudencia constitucional, se debe concluir que lo que propiamente garantiza la Constitución son concretos «estándares» mínimos de autonomía local. **No se garantiza una «institución», ni siquiera su esencia, sino «mínimos» de autonomía local.** Esto explica que el control de constitucionalidad se hay ido perfilando como juicio de contradicción o cotejo entre enunciados normativos concretos (los «estándares» constitucionales frente a las normas legales impugnadas), desplazando esta forma de control al juicio reconocibilidad del contenido esencial de una institución.

La jurisprudencia constitucional ha ido destilando, en los últimos veinticinco años, diversos «estándares mínimos» de autonomía municipal. Esto no tiene nada de especial. Toda norma constitucional —con frecuencia muy abstracta— se va concretando en enunciados normativos concretos por medio de la jurisprudencia. Es cierto que las sentencias que interpretan los arts. 137 y 140 CE no enuncien con precisión y solemnidad los «estándares» constitucionales de autonomía municipal. Lo normal es, más bien, que esos «estándares» no sean una premisa, sino justamente el resultado del juicio de constitucionalidad. Pero luego, la aspiración de seguridad jurídica (inmanente en nuestro Derecho) y la simple comodidad de la argumentación por precedentes acaban por canonizar los «estándares» mínimos de autonomía municipal constitucional. Obviamente, la jurisprudencia no ha confeccionado un catálogo completo de mínimos de autonomía municipal. Por la simple razón de que solo hay un «estándar» constitucional allí donde ha habido litigio y sentencia. Pero lo importante ahora no es tanto la extensión de los mínimos constitucionales de autonomía local como la conciencia (creo que muy presente en la jurisprudencia) de que la

Constitución contienen garantías concretas y directas, y no la mera protección (remota, lejana e insegura) de una «institución». Hechas estas precisiones, y bajando ya a las sentencias concretas, los «estándares» constitucionales mínimos de autonomía municipal son de tres tipos: funcionales (competencias y potestades); frente a hipotéticos controles supralocales (de legalidad o de oportunidad); y de suficiencia financiera. Veamos:

a) Cronológicamente, los primeros «estándares» de autonomía local enunciados por el Tribunal Constitucional se refieren a los **controles sobre las entidades locales**. En la STC 4/1981, sin hacer aún referencia al concepto de garantía institucional, decía el Tribunal que: «el principio de autonomía local es compatible con la existencia de un control de legalidad sobre el ejercicio de la competencia, si bien entendemos que no se ajusta a tal principio la previsión de controles genéricos e indeterminados que sitúen a las entidades locales en una posición de subordinación o dependencia cuasi jerárquica de la Administración del Estado o de otras entidades territoriales» (FJ 3). Lo mismo se dice después, aunque haciendo ya referencia al concepto de «garantía institucional», en las SSTC 27/1987, FJ 2, y 46/1992, FJ 2. Este canon de autonomía local, aún abstracto, ha sido objeto de varias precisiones, generales o sectoriales, en la misma STC 4/1981 y en otras sentencias posteriores. Aunque también conviene advertir que el grueso de la jurisprudencia constitucional desde 1988 ya no se sirve en sus juicios de estos «estándares» constitucionales mínimos, sino de los «estándares» **más elevados contenidos en la legislación básica del Estado** (LBRL). Más allá de lo establecido por la Constitución, la Ley 7/1985 (en su función de configuración legal básica de la autonomía local) excluyó toda suerte de tutela administrativa de legalidad. Desde entonces, el canon indirecto de constitucionalidad (para enjuiciar leyes autonómicas) es precisamente el «estándar» de autonomía local de la LBRL, no el que resulta directamente del art. 140 CE. Hecha esta precisión, y volviendo

a los «estándares mínimos» directamente provenientes del art. 140 CE, se puede afirmar que **la Constitución impide todo control administrativo de oportunidad** de una Administración supralocal sobre los Municipios (cuando ejercen competencias *propias*). En concreto: impide toda valoración de oportunidad a la hora de aprobar los Estatutos de una mancomunidad municipal (STC 4/1981, FJ 7); impide la suspensión o destitución de los miembros de las Corporaciones locales, e incluso la propia disolución de la Corporación por razón de una «gestión inadecuada» o por «motivos graves de orden público» [STC 4/1981, FJ 10. A)]; prohíbe la vigilancia administrativa genérica sobre las actuaciones y servicios locales [STC 4/1981, FJ 12. E)]; impide todo control supralocal previo al planteamiento de conflictos de jurisdicción por las entidades locales (STC 4/1981, FJ 13); y prohíbe la subrogación autonómica en el ejercicio de competencias urbanísticas municipales con el solo fundamento de una «actuación notoriamente negligente» del Ayuntamiento (STC 159/2001). También, y ahora en lo que hace al ejercicio de *competencias delegadas* (donde por principio sí son posibles los controles o tutelas de oportunidad), la garantía constitucional de autonomía local veda cualquier posible sanción administrativa a los Presidentes de las Corporaciones locales por razón de su gestión [STC 4/1981, FJ 10. B)]. Por último, la Constitución garantiza que los conflictos de atribuciones entre órganos de una misma entidad local se resuelvan, precisamente, por un órgano de esa misma entidad (STC 214/1989, FJ 18).

b) **Desde el punto de vista funcional**, la jurisprudencia constitucional identifica dos estándares genéricos de autonomía municipal: el necesario disfrute de «**poder decisorio propio**» (SSTC 32/1981, FJ 4; 170/1989, FJ 9; 40/1998, FJ 39) y —como garantía no siempre coincidente con la anterior— el «**derecho a participar**» en la **gestión de los asuntos de interés municipal**. Dado el tipo de litigios hasta ahora resueltos en el Tribunal Constitucional, la jurisprudencia solo

ha concretado algunos «estándares» mínimos de autonomía municipal **en materia de urbanismo**. Como punto de partida se afirma en la jurisprudencia que el urbanismo es materia de necesaria competencia municipal, si bien no necesariamente exclusiva (SSTC 40/1998, FJ 39; 159/2001, FJ 4; 240/2006, FJ 10). El alcance de la competencia urbanística municipal (que en todo caso corresponde configurar al legislador sectorial) puede ser menos intensa en planeamiento (sobre todo en planeamiento general) que en ejecución y gestión (SSTC 159/2001, FJ 4; 51/2004, FJ 9; 240/2006, FJ 10). En concreto, y por lo que se refiere a la competencia de planeamiento, la participación municipal habrá de ser tanto más acusada cuanto más nítido sea el alcance local de las determinaciones planificadoras (STC 51/2004, FJ 10). Así, como estándar constitucional mínimo, las decisiones de planeamiento de alcance estrictamente municipal han de ser aprobadas inicialmente por los Ayuntamientos (SSTC 159/2001, FJ 12; 51/2004, FJ 12; 240/2006, FJ 10). Por último, y relacionado con la ejecución urbanística, la jurisprudencia constitucional también garantiza directamente un «mínimo» de participación municipal en hipotéticos procedimientos expropiatorios (de otros Ayuntamientos) sobre el término municipal propio [STC 159/2001, FJ 13.b)].

c) El tercer tipo de estándares de autonomía municipal es el referido a la **suficiencia financiera**. La jurisprudencia constitucional viene distinguiendo aquí entre suficiencia de medios y poder de gasto. La garantía constitucional de **suficiencia de medios** es muy limitada (fundamentalmente, porque no exige que los recursos hayan de ser en su totalidad «propios», bastando con que sean genéricamente «suficientes»: STC 4/1981, FJ 15). Mucho más elevado es el estándar de autonomía local **en el gasto**. Por de pronto, la jurisprudencia viene reiterando sin pausa que el poder presupuestario es parte esencial de la autonomía local (SSTC 32/1981, FJ 4; 27/1987, FJ 7; 109/1998, FJ 10), que se concreta en dos estándares: en primer lugar, la plena *disponi-*

bilidad por las corporaciones locales de sus ingresos «sin condicionamientos indebidos y en toda su extensión, para poder ejercer las competencias propias [...]. Y en segundo lugar, la capacidad de *decisión* sobre el destino de los fondos, también sin condicionamientos indebidos» (SSTC 109/1998, FJ 10; 104/2000, FJ 4; 48/2004, FJ 10).

Acabo de describir algunos «estándares» de autonomía municipal provenientes de la jurisprudencia constitucional. Repito que en ellos no se agota la garantía constitucional de la autonomía municipal. Pues la jurisprudencia solo ofrece estándares allí donde ha habido un proceso constitucional. Pero tomando como referencia el catálogo de «estándares» ya concretados en la jurisprudencia es posible generar, de forma deductiva, nuevos mínimos para otros ámbitos de actuación municipal hasta ahora ajenos a la jurisprudencia constitucional. Dicho esto, y también como ayuda para la confección del catálogo de «mínimos constitucionales» de autonomía local, puede resultar de utilidad una reflexión sobre las **diversas vías de formación de «estándares» de autonomía municipal por el Tribunal Constitucional y por la doctrina**. Dos son, creo, las vías de fijación de los cánones de autonomía municipal. Una es propiamente **deductiva**: de la simple enunciación de la garantía constitucional (arts. 137 y 140 CE), puesta en el contexto sistemático de la Constitución (así, el principio democrático del art. 1.1 CE; la posible existencia de Comunidades Autónomas —art. 2 CE— y la unidad del Estado conforme al art. 1.2 CE), se deducen algunos elementos mínimos de autonomía local garantizados directa e inmediatamente por la Constitución. Así se hace —a mi juicio— en la doctrina académica, desde los primeros estudios (EMBID, 1981, 462; MARTÍN MATEO, 1981, 61); y así ocurre también en la STC 4/1981, en relación con los controles administrativos sobre las entidades locales; aquí el Tribunal Constitucional no indaga en la imagen social de la autonomía local (fundamentalmente, porque no existe); deduce del texto constitucional *en qué debe consistir* la

autonomía local que mencionan los arts. 137 y 140 CE. La segunda vía de formación de los «estándares de autonomía local» es **inductiva**: del régimen local vigente se inducen mínimos de autonomía que gozan de relevancia constitucional. Lo normal es que la operación inductiva no contenga confusión en el sistema de fuentes: que las garantías legales (fundamentalmente, las contenidas en la LBRL) se tomen como referencias, apoyos o guías para la identificación de los estándares constitucionales de autonomía local. Pero también hay ocasiones en que los estándares legales se han recibido directamente en la garantía constitucional, como normas constitucionales. Como se verá más adelante, en esta operación ha sido determinante la imprecisión del concepto de «bloque de la constitucionalidad» y su aplicación (no motivada) a la LBRL.

A la luz de la jurisprudencia constitucional se puede afirmar que el art. 140 CE no garantiza, más allá de los «estándares» mínimos, un posible «contenido normal» de la autonomía municipal (otra opinión: SÁNCHEZ MORÓN, 1990, 188). En mi opinión, **no se debe mantener aquí la simetría conceptual con los derechos fundamentales**, donde la Constitución garantiza no solo un núcleo esencial (frente al legislador) y un «contenido normal», directa y subjetivamente garantizado por la Constitución, aunque limitable (proporcionadamente) por el legislador. Ese *concepto de «contenido normal»* tendría sentido y utilidad en un sistema normativo en el que se partiera de un reconocimiento constitucional *prima facie* extenso de la autonomía local. En este reconocimiento extenso sí habría sitio para un primer núcleo de mínimos, no atacable por el legislador; y un segundo círculo de «normalidad», reconocido directamente por la Constitución, pero limitable por la Ley (aunque a su vez esta sometida a límites de proporcionalidad). Pero no parece correcto hablar de «contenido normal» constitucional en un Derecho público, como el español, donde la ley ocupa una posición de «configuración» de la autonomía municipal.

IV. AUTONOMÍA MUNICIPAL COMO PRINCIPIO CONSTITUCIONAL

La autonomía municipal que garantiza la Constitución no solo es un límite al legislador (que es lo que propiamente refleja el concepto de «garantía institucional»). También es un **mandato positivo dirigido a todos los poderes públicos**, y entre ellos al legislador (en contra: CIDONCHA, 2017, 83). Por eso se ha dicho con razón que «más que como una realidad a preservar, la autonomía local [en la Constitución] se presenta como un deseado objetivo que la Constitución marca» (ESTEVE, 1991, 131). Es en este contexto en el que puede tener sentido hablar del «legislador de la garantía institucional», expresión utilizada en la doctrina para marcar una relación positiva entre la ley y la garantía constitucional de la autonomía local (ORTEGA, 2000, 41). Ese mandato positivo se refiere, sobre todo, a la asignación de competencias a los entes locales, a fin de que cobre contenido preciso la autonomía local.

Como enseguida se detallará, desde el principio, en 1981, viene diciendo el Tribunal Constitucional que el art. 137 CE garantiza un «derecho a participar» en los asuntos de interés local; y que para tal fin es necesario que el legislador (estatal o autonómico) atribuya competencias suficientes a los Municipios y Provincias (STC 32/1981, FJ 4). Dice así el Tribunal Constitucional que «la concreta configuración institucional de la autonomía provincial corresponde al legislador, incluyendo la especificación del ámbito material de competencia de la entidad local, así como las fórmulas o instrumentos de relación con otras entidades públicas y el sistema de controles de legalidad constitucionalmente legítimos» (STC 27/1987, FJ 2, y luego STC 109/1998, FJ 2). Al hilo de esta jurisprudencia se habla en la doctrina de la garantía de la autonomía local como «principio de acción continua sobre toda la labor legislativa» y del «principio de autonomía como directiva constitucional» (SANTAMARÍA, 1980, 71). La función positiva del legislador, advertida ya por el Tribunal Cons-

titucional desde 1981, ha dado pie a la propuesta de **sustituir la categoría «garantía institucional» por la de «garantía constitucional»** (GARCÍA MORILLO, 1998, 32).

Pero visto ya que los arts. 137 y 140 CE contienen un mandato positivo, aún hay que precisar cuál es el alcance de ese mandato. Si atendemos a la jurisprudencia (constitucional y judicial), se comprobará que el mandato positivo se proyecta sobre todos los poderes públicos (no solo sobre el legislador) y que no se limita a la obtención de «suficiente» autonomía local. El mandato positivo al que me vengo refiriendo no es, en la actualidad, únicamente un mandato de suficiencia; es un **mandato de optimización**. A la vista de la jurisprudencia, los arts. 137 y 140 CE imponen a los poderes públicos la consecución del máximo posible de autonomía local. Aquellos preceptos obligan a que los poderes del Estado (fundamentalmente, los legislativos) configuren la autonomía local de forma óptima, hasta donde lo permita la propia Constitución. Es cierto que en ocasiones la jurisprudencia constitucional habla solo de un mandato de autonomía «suficiente», pero este enunciado hay que entenderlo en un contexto competencial: la Constitución ordena el máximo posible de autonomía local, pero no necesariamente a través de la ley estatal. Así es como hay que entender la STC 61/1997, cuando habla de que la ley básica estatal en materia local «[...] si excede de lo necesario para garantizar la autonomía local habrá invadido competencias autonómicas y será, por ello, inconstitucional» (STC 61/1997, FJ 25). No es que no rija frente al Estado el mandato de optimización de la autonomía local; simplemente, en algunas materias el Estado carece de competencia para alcanzar ese máximo u óptimo de autonomía local que reclama la Constitución.

Por lo dicho, la autonomía municipal es hoy, en nuestro orden constitucional, un **principio en sentido estricto**. La Constitución, además de garantizar directamente ciertos «estándares» mínimos de autonomía municipi-

pal, impone como fin de todos los poderes públicos la consecución de los mayores niveles posibles de autonomía para los Municipios. Esto último es lo que se refleja en la expresión «principio de autonomía municipal». No es de extrañar, en este sentido, que en la propia jurisprudencia referida a los arts. 137 y ss. CE se hable con frecuencia del «principio de autonomía local» (SSTC 4/1981, FJ 3; 32/1981, FJ 3; 2/1987, FJ 2; 159/2001, FJ 12; 240/2006, FJ 7), expresión esta de la que también se sirve en ocasiones el legislador (así, disposición adicional 6.3 LBRL, en la redacción dada por la Ley 11/1999) e incluso los Estatutos de Autonomía (así, art. 160.1 del Estatuto de Cataluña). El «principio», como tipo específico de norma diferente de la «regla», contiene propiamente un mandato de optimización; esto es, una orden de satisfacción máxima de un determinado bien o valor jurídico, hasta el límite que se lo permite su concurrencia con otros bienes, valores o principios del mismo sistema constitucional. Hablar de la autonomía municipal como principio —en sentido estricto— es tanto como identificar en la Constitución una opción a favor del máximo posible de autonomía para los Municipios, el máximo que permita la concurrencia de la garantía constitucional de la autonomía local con otros bienes constitucionales (por ejemplo, el reconocimiento de competencias a otras entidades territoriales, o la existencia de intereses supralocales). Esta opción primaria de la Constitución (principio de autonomía municipal) **exige «justificación suficiente»** para cada caso en que el legislador (y aplicando la ley, los demás órganos del Estado) decide atribuir competencias a organizaciones jurídico-públicas distintas de los Municipios. Hablo aquí de «justificación suficiente» y **no de «proporcionalidad»** en la reasignación de las tareas locales. Pues el punto de partida no es aquí (a diferencia de Alemania) una competencia universal limitable por ley (eso sí, «proporcionadamente»). Nuestra Constitución solo garantiza directamente unos «mínimos» competenciales a los Municipios; y encarga que, más allá de esos mínimos, todos los poderes

públicos (y entre ellos los legislativos) optimicen la autonomía municipal. **No estamos, por tanto, ante una alta autonomía de inicio luego limitable, sino ante una garantía de mínimos, aunque necesariamente mejorable.** El «test» constitucional de proporcionalidad resulta adecuado para medir la limitación respecto de algo preexistente, protegido directamente por la norma. Pero no resulta útil cuando de lo que se trata es de valorar en qué medida los poderes públicos satisfacen (respecto de los mínimos constitucionales) el mandato general de mejora u optimización de la autonomía municipal. Para estos casos parece más razonable hablar de un **simple test de ponderación**: esto es, de si un posible defecto en la elevación de la autonomía local gozaba, en las circunstancias propias de cada caso, de «justificación constitucional suficiente» (SARMIENTO, 2003, 145 y ss.).

Como digo, en ocasiones la jurisprudencia constitucional incluye razonamientos y argumentos propios de una caracterización principal de la autonomía local.

a) En alguna ocasión, la jurisprudencia constitucional **equipara el mandato de autonomía municipal del art. 140 CE con la autonomía local exigida por el art. 3 de la Carta Europea de la Autonomía Local** de 1985 (SSTC 159/2001, FJ 4, y 240/2006, FJ 8). Y recuérdese que en aquel Convenio internacional no se habla de «mínimos» funcionales de autonomía, sino de «ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos». A través de la cita del art. 3 CEAL, y de su equiparación hermenéutica con lo establecido en los arts. 137 y 140 CE, es perceptible una comprensión de la garantía constitucional de la autonomía local no ya solo como el aseguramiento de un mínimo de autonomía, sino como un mandato de optimización dirigido a los poderes públicos.

b) También se observa en la jurisprudencia constitucional un **control de «razonabilidad constitucional»**, respecto de leyes que,

en materias de típico interés local, asignan competencias a otras Administraciones Públicas. A mi juicio, con este «test» de razonabilidad se está midiendo el grado de cumplimiento del principio de autonomía local que resulta de la Constitución. Significativamente, ya en la STC 32/1981 («Diputaciones catalanas») se dice que «[...] el legislador puede disminuir o acrecentar las competencias hoy existentes [de las Provincias], pero no eliminarlas por entero y, lo que es más, el debilitamiento de su contenido solo puede hacerse con razón suficiente y nunca en daño del principio de autonomía que es uno de los principios estructurales básicos de nuestra Constitución [...]» [STC 32/1981, FJ 3; luego también: SSTC 214/1989, FJ 13.c), y 109/1998, FJ 2]. Como se ve, la Constitución no protege sin más un *statu quo* competencial. Ni se sirve del límite de proporcionalidad para reforzar las competencias (provinciales). La explicación de esta jurisprudencia puede ser otra: la Constitución contiene un «principio de autonomía local» que *prima facie* requiere la elevación de los «estándares» constitucionales mínimos de autonomía municipal. Pero el nivel final de la autonomía municipal depende de qué otros bienes o principios constitucionales son oponibles (ponderables) frente al principio de autonomía local. Por tanto, será en cada caso el peso de las demás «razones constitucionales» lo que determine una elevación legal óptima o mínima de la autonomía municipal. Una elevación mínima de los «estándares» constitucionales no será una limitación de algo directamente garantizado por la Constitución, sino una no-optimización justificada por la existencia de otros bienes constitucionales necesitados de ponderación (tal es el caso, por ejemplo, de la opción constitucional por la creación de Comunidades Autónomas, que lógicamente pone márgenes al principio de autonomía local). Aparte de la sentencia analizada, y ya en materia de urbanismo municipal, otras sentencias constitucionales pueden explicarse también mediante la existencia de un principio de autonomía municipal de alcance más o menos marcado en función de su coexistencia con otros prin-

cipios o «razones constitucionales» (así, SSTC 40/1998 y 204/2002). Lo que se acaba de describir —y sin perjuicio de lo que luego sigue— presenta rasgos propios de la categoría jurídica de «principio». Esto es, como norma diferente a la «regla», que impone a sus destinatarios la consecución de un objetivo final en la medida de lo posible.

c) Varias son también las sentencias del Tribunal Constitucional en las que la garantía constitucional de autonomía municipal no se toma como parámetro de constitucionalidad de una ley, sino como **principio para la hermenéutica constitucional**. En estos casos, el Tribunal Constitucional interpreta diversas normas constitucionales (reservas de ley o sobre el alcance de las declaraciones de inconstitucionalidad) procurando, simultáneamente, la máxima satisfacción posible de la autonomía municipal (hasta donde permite la misma Constitución). Es el caso, en primer lugar, de la SSTC 233/1999 y 132/2001. En ambos procesos se enjuicia el alcance de sendas reservas de Ley (tributaria y sancionadora) respecto de las ordenanzas municipales. En ambas sentencias se da un mismo *iter* argumental: la garantía constitucional de autonomía municipal exige la flexibilización de la reserva de ley (tributaria o sancionadora); el límite a esa exigencia está en que la propia Constitución, que exige un mínimo de ley en la regulación de los tributos (tasas y precios públicos) y las sanciones municipales. Repárese en que aquí la autonomía municipal no es canon de constitucionalidad, sino un bien constitucional que reclama su máxima satisfacción posible por medio de una interpretación restrictiva (flexible) de las reservas de ley tributaria y sancionadora. En otro grupo de casos, el Tribunal Constitucional modula los efectos de su fallo declarativo de nulidad para atender debidamente a la garantía constitucional de suficiencia financiera (SSTC 154/2002, FJ 9; 178/2004, FJ 12). Esto es, para evitar que de la declaración de inconstitucionalidad de una ley urbanística se siga el quebranto de las haciendas municipales. En estos casos, que no versan propiamente sobre

autonomía local, sino sobre competencias urbanísticas autonómicas, el Tribunal se sirve de la garantía constitucional de autonomía financiera como principio hermenéutico (no propiamente como parámetro de constitucionalidad) para limitar drásticamente la eficacia de su fallo anulatorio, pues solo regirá para el futuro. De esta manera, el Tribunal Constitucional tutela directamente, y al máximo de lo posible, la autonomía municipal (suficiencia financiera).

La comprensión de la autonomía local como «principio constitucional» resulta reforzado en la STC 41/2016 (y las que la siguen: SSTC 111/2016, 168/2016, 180/2016 y 44/2017). En estas sentencias el Tribunal Constitucional ha prescindido de su tradicional metodología consistente en comprobar si cada concreta norma legal impugnada hace o no «irrecog-noscible» la garantía institucional de autonomía local que establece el art. 137 CE. Ahora el Tribunal Constitucional identifica la autonomía local como un mandato finalista (esto es, un principio) que puede ceder en su alcance potencial en la medida en que así lo reclamen otros principios o bienes constitucionales. En última instancia, el Tribunal Constitucional acoge por entero la técnica de la **ponderación** como método de enjuiciamiento (crítico: CIDONCHA, 2017, 89). Esta técnica de enjuiciamiento ya había sido avanzada en las SSTC 152/2015, FJ 6.b) y 152/2016, FJ 6. El resultado es que la argumentación constitucional consista en: calificar las normas que encauzan o condicionan la actividad de las entidades locales como límites a la autonomía local (garantizada por el art. 137 CE); identificar qué posibles principios o bienes constitucionales pueden justificar esos límites; y comparar la magnitud de la restricción (a la autonomía local) en comparación con el reforzamiento simultáneo de otro bien constitucional (como la estabilidad presupuestaria, por ejemplo).

De forma significativa, en las SSTC 41/2016 y 111/2016 en ningún momento se hace referencia expresa a la doctrina de la «garantía institucional» de la autonomía local. Más bien, el

Tribunal enuncia la autonomía local como una **norma principal** que, como tal, fija un objetivo que ha de ser alcanzado en la mayor medida de lo posible, previa ponderación con otros bienes y principios constitucionales. Para el Tribunal Constitucional —al menos en las sentencias mencionadas— la autonomía local ha dejado de ser la evanescente «garantía institucional» que todo lo soporta y ha pasado a ser un principio normativo, que admite muchas opciones legislativas lícitas, incluso poco favorables al poder local, siempre que tales restricciones resulten justificadas por la necesidad de cumplimiento simultáneo de otros principios constitucionales. El tránsito a la forma jurídica del principio, como parámetro constitucional, es positivo. Pero presenta debilidades. Hay un riesgo cierto de que, dado el amplio material ponderable que ofrece la Constitución, al final siempre haya alguna razón constitucional —invocable por la ley estatal— para regular restrictivamente la autonomía local. En las sentencias sobre la LRSAL se observa cómo la insistente alusión a los principios de eficiencia (art. 31.2 CE) o de estabilidad presupuestaria (art. 135 CE) acaban por debilitar el alcance principal del art. 137 CE (autonomía local). De ahí la conveniencia de que el tránsito a la concepción de la autonomía local como principio constitucional vaya acompañado de la identificación en el propio art. 137 CE de ciertas garantías o estándares concretos de autonomía local. Se trata, según esto, de que por vía jurisprudencial y doctrinal se vayan identificando concretas reglas, no susceptibles de ponderación, que garanticen límites cualificados y precisos a la acción legislativa.

V. GARANTÍA CONSTITUCIONAL Y LEY

En la jurisprudencia constitucional se distingue, desde el principio, entre la **garantía constitucional** de autonomía local y la **legislación básica estatal** de régimen local. Al hilo de los controles administrativos sobre las entidades locales se identifica una relación escalonada entre la garantía constitu-

cional (que prohíbe los controles o tutelas supra-locales de oportunidad, en materias propias) y la regulación básica del régimen local, que puede elevar la autonomía local, más allá del mínimo constitucional (en el caso, excluyendo también los controles genéricos de legalidad: STC 11/1999, FJ 2). Ahora bien, en la misma jurisprudencia constitucional también es visible una tendencia a la confusión de cánones, constitucionales y legales. Esta confusión es biunívoca: la Constitución se nutre de normas legales (de la LBRL); y la legislación básica estatal de régimen local tiene como función propia, primordial y característica, el desarrollo o configuración de la garantía constitucional de autonomía local. El resultado de ambas direcciones es el mismo: la afirmación de una «**posición**» o «**función**» **constitucional de la LBRL** en la configuración de la autonomía local. El punto final de esta tendencia está hoy, a mi juicio, en la STC 240/2006.

Vamos primero con la apropiación de la garantía constitucional por la Ley. La LBRL, formalmente anclada en la competencia estatal básica *ex* art. 149.1.18 CE, ha cualificado su posición en el sistema de fuentes intensificando su conexión con la autonomía local. La LBRL se presenta en la jurisprudencia constitucional no como una ley básica de Administración Local, sino como una ley de autonomía local. Es visible, en este sentido, una clara voluntad jurisprudencial (constitucional) de reforzar la competencia estatal básica sobre «régimen jurídico» de la Administración Local (art. 149.1.18 CE) a base de **vincular el régimen local básico con la idea de autonomía constitucional de las entidades locales**. La STC 214/1989 habla una y otra vez, al enjuiciar un posible exceso competencial del Estado en la LBRL, de «las bases conforme al art. 149.1.18 de la Constitución en relación con los arts. 137 y 140 de la misma» [FJ 4.a)] o de que «el Estado no se ha excedido de la competencia que, con cobertura en el art. 149.1.18 de la Constitución, puesto en relación con los arts. 137 y 140 de la misma norma fundamental, le corresponde

a fin de regular los requisitos que con carácter necesario deben reunir los municipios» [FJ 8.b)].

La segunda dirección (en el proceso de cualificación constitucional de la LBRL) consiste en la **recepción de normas legales en los cánones constitucionales de autonomía local**. Esta recepción presenta dos formas. En la primera, las normas de la LBRL sirven como puntos de apoyo o referencias para la hermenéutica constitucional; pero no se convierte a las normas legales en normas constitucionales. En la segunda forma, normas de la LBRL se califican de normas propiamente constitucionales. El apoyo hermenéutico en las normas legales está claro, sobre todo, en la autonomía urbanística municipal. Para definir los contornos del art. 140 CE en materia de urbanismo (donde se afirma que el interés local es evidente: SSTC 40/1998, FJ 39; 159/2001, FJ 4) se hace mención de parámetros legales concretos. Así, del art. 25.d) LBRL, donde se dispone que en todo caso los Municipios ejercerán competencias en materia de «ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística» (SSTC 40/1998, FJ 39; 204/2002, FJ 13). En las mismas sentencias también se menciona expresamente el art. 84.1.b) LBRL, que prevé el sometimiento de la actividad de los ciudadanos a «previa licencia y a otros actos de control preventivo». Hasta aquí, pocos son los reparos a la jurisprudencia constitucional. Nada hay de sorprendente en que la hermenéutica constitucional apoye la formulación de «estándares mínimos» de autonomía local en normas concretas de la LBRL. En el proceso de concreción o «estandarización» de la garantía constitucional resulta conveniente la toma en consideración de normas concretas, y la transformación de algunas de ellas en «mínimos constitucionales». Pero entiéndase bien: aquí no estamos ante la constitucionalización de la LBRL, sino ante la formulación de normas subconstitucionales (mediante la hermenéutica constitucional) por medio de concretas normas legales (que en ningún momento dejan de serlo).

Pero, como anunciaba más arriba, en la jurisprudencia constitucional también es identificable una segunda dirección en la confusión de cánones: la **conversión de la LBRL en norma constitucional**. En la jurisprudencia constitucional se había dicho ya, de forma no determinante en la argumentación, que la LBRL «tiene una singular y específica naturaleza y posición en el Ordenamiento jurídico» (STC 259/1988, FJ 2). También se había hablado de que la LBRL se integra en el «bloque de la constitucionalidad» (SSTC 27/1987, FJ 5; 109/1998, FF. JJ. 5 y 12). A partir de estos antecedentes, la STC 159/2001 teoriza la constitucionalización (parcial) de la LBRL. Y lo hace distinguiendo dos tipos de normas en la LBRL. De un lado, las que contienen los «rasgos definitorios» de la autonomía local. De otro lado, las normas que contienen «la regulación legal del funcionamiento, la articulación o la planta orgánica (entre otras cosas) de los entes locales». Y hecha esta distinción, se concluye que «solo aquellos extremos de la LBRL que puedan ser cabalmente enraizados de forma directa en los arts. 137, 140 y 141 CE, de cuyo contenido no representen más que exteriorizaciones o manifestaciones, forman parte del contenido de la autonomía local constitucionalmente garantizada, mientras que los que se refieran a aspectos secundarios o no expresivos de ese núcleo esencial en el que consiste la garantía institucional, que son mayoría en el seno de la LBRL y que se incardinan, desde el punto de vista competencial, en el art. 149.1.18 CE, tienen una distinta naturaleza desde el punto de vista constitucional y ordinamental» (FJ 4). En suma, la LBRL contiene algunas normas propiamente constitucionales (no solo parámetros indirectos de constitucionalidad, en tanto normas básicas del Estado, para el enjuiciamiento de leyes autonómicas). Así, por ejemplo, el art. 60 LBRL, donde se tasan las posibles tutelas sobre los Municipios, se utiliza en la STC 159/2001 (FJ 6) como canon concreto integrado en la «garantía institucional» de los arts. 137 y 140 CE, y porque una norma urbanística catalana incluye tutelas complementarias (respecto de las establecidas en el art. 60 LBRL) se declara inconstitucional la norma enjuiciada. No por

vulnerar una norma básica estatal amparada en el art. 149.1.18 CE, sino por afectar a la autonomía local garantizada por la Constitución (art. 137 CE). Algo similar se dice en el FJ 9 en relación con las formas de coordinación competencial que establecen los arts. 10.2 y 59.2 LBRL: son normas propiamente constitucionales (integrantes de la «garantía institucional» de la autonomía local) excluyentes de cualquier técnica de coordinación complementaria.

La tendencia expresada en la STC 159/2001 ha sido interrumpida, a mi juicio, en la STC 240/2006, que resuelve un «conflicto en defensa de la autonomía local» promovido por la ciudad de Ceuta. Aun dando apariencia de continuidad con la jurisprudencia anterior, el Tribunal Constitucional declara con rotundidad que **las normas de la LBRL no son canon constitucional de autonomía local**. Pueden ser, sin duda, canon de constitucionalidad competencial (frente a las leyes autonómicas), pero esto es algo notoriamente distinto. Se pone fin así a una imprecisa reclamación de «posición» o «función» constitucional especial para la LBRL, función esta a la que hace referencia el propio Preámbulo de la

LBRL y que llega casi hasta nuestros días (GARCÍA ROCA, 2000, 14; BLASCO, 2001, 48; PAREJO, 2005, 61) hasta hoy. El carácter básico de la LBRL solo determina su relación especial (de supraordenación) respecto de las leyes autonómicas. La idea de la «función constitucional», con la que en la doctrina se ha explicado la posición reforzada de algunas leyes (GÓMEZ FERRER, 1987, 7) no sirve para mejorar la posición de la ley básica (y, por tanto, de la LBRL) respecto de las propias leyes del Estado. La Constitución solo cualifica la posición de las leyes básicas en relación con las normas de las Comunidades Autónomas. Y por lo mismo, no se puede atribuir a las leyes básicas ninguna «función constitucional» específica respecto del conjunto del ordenamiento jurídico infraconstitucional. La función característica de la LBRL será, entonces, configurar el régimen local (en sus aspectos básicos), respetando siempre los «estándares mínimos» de autonomía local que fija la Constitución y fijando con ello a las Comunidades Autónomas nuevos «estándares» (más elevados) de autonomía local. Esta doctrina constitucional ha quedado hoy ya completamente asentada en la STC 41/2016, FJ 3.a)

BIBLIOGRAFÍA

AJA, E., «Configuración constitucional de la autonomía local», en *Informe sobre el gobierno local*, INAP, Madrid, 1992, págs. 41 y ss.

BLASCO, J. L., *Ordenanza municipal y ley*, Marcial Pons, Madrid, 2001.

CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F., «Autonomía local y Constitución. Dos propuestas para otro viaje por el callejón del gato», *REDC*, núm. 70, págs. 161 y ss.

CARBALLEIRA, M. T., *La provincia en el sistema autonómico español*, Marcial Pons, Madrid, 1993.

CARRO Y FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L., «El debate sobre la autonomía municipal», *RAP* núm. 147, 1998, págs. 89 y ss.

— «Una nueva reflexión sobre la autonomía municipal», en *Actas del II Congreso de la Asociación de Profesores de Derecho Administrativo*, Cizur Menor, Thomson-Aranza-di, 2006, págs. 13 y ss.

CIDONCHA MARTÍN, A, «La garantía constitucional de la autonomía local y las competencias locales: un balance de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 45, 2017, págs. 12-100.

EMBID IRUJO, A., «Autonomía municipal y Constitución», *REDA*, núm. 30, 1981, págs. 437 y ss.

ESTEVE PARDO, J., «Garantía institucional y/o función constitucional en las bases del régimen local», *REDC*, núm. 31, 1991, págs. 125 y ss.

FANLO LORAS, A., *Fundamentos constitucionales de la autonomía local*, CEC, Madrid, 1990.

GALLEGO, A., *Derechos fundamentales y garantías institucionales*, Civitas, Madrid, 1994.

GARCÍA MACHO, R., «La autonomía municipal y su protección en la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local», *RAP*, núm. 109, 1986, págs. 413 y ss.

GARCÍA MORILLO, J., *La configuración constitucional de la autonomía local*, Marcial Pons, Madrid, 1998.

GARCÍA ROCA, J., «El nuevo conflicto en defensa de la autonomía local», *Justicia Administrativa*, núm. extraordinario, 2000, págs. 5 y ss.

- «Un bloque constitucional local conforme al principio de subsidiariedad (un desarrollo constitucional pendiente)», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núms. 294-295, 2004, págs. 13 y ss.

GÓMEZ-FERRER MORANT, R., «Relaciones entre leyes: competencia, jerarquía y función constitucional», *RAP*, núm. 113, 1987, págs. 7 y ss.

MARTÍN MATEO, R., «La autonomía local y el sistema normativo español», *RAP*, núm. 94, 1981, págs. 53 y ss.

MAURER, H., «Verfassungsrechtliche Grundlagen der kommunalen Selbstverwaltung», *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1995, págs. 1037 y ss.

MORELL, L., «La autonomía local», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 13, 2006, págs. 4 y ss.

ORTEGA, L., «Las competencias como paradigma de la autonomía local» *Justicia Administrativa*, núm. extraordinario, 2000, págs. 33 y ss.

PAREJO, L., *Garantía institucional y autonomías locales*, IEAL, Madrid, 1981.

- «Una visión sobre el gobierno local», en *Anuario del Gobierno Local 2004*, Barcelona, 2005, págs. 61 y ss.

SÁNCHEZ MORÓN, M., *La autonomía local. Antecedentes históricos y significado constitucional*, Civitas, Madrid, 1990.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A., «Notas sobre la sentencia de las Diputaciones provinciales», *REDA*, núm. 34, 1982, págs. 455 y ss.

SARMIENTO, D., «El principio de proporcionalidad y la defensa de la autonomía local», *RAP*, núm. 162, 2003, págs. 145 y ss.

SCHMITT, C., *Teoría de la Constitución*, Alianza Editorial, Madrid, 1982 (reimpresión de la traducción de Francisco AYALA de 1934, a partir de la primera edición original alemana, de 1927).

SOSA WAGNER, F., «La autonomía local», en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991, págs. 3195 y ss.

VELASCO CABALLERO, F., *Administraciones públicas y derecho a la tutela judicial efectiva*, Bosch, Barcelona, 2003.

— «Autonomía municipal», en *Actas del II Ccongreso de la Asociación de Profesores de Derecho Administrativo*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2006, págs. 41 y ss.

LA ORGANIZACIÓN MUNICIPAL

Sumario: I. Democracia y autogobierno como elementos de la autonomía. II. Municipio, Ayuntamiento y Concejo abierto. III. El Concejo abierto. IV. Reserva de ley orgánica en materia de elecciones locales. V. Elección de los Concejales. VI. Derecho de sufragio activo y pasivo. VII. Derechos de los concejales al acceso, permanencia y ejercicio del cargo. VIII. Elección del Alcalde. IX. Condicionantes constitucionales de la organización municipal. X. Regulación de la organización municipal. Fuentes y diversidad de regímenes.

MANUEL REBOLLO PUIG

CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO
UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA*

I. DEMOCRACIA Y AUTOGOBIERNO COMO ELEMENTOS DE LA AUTONOMÍA

Lo esencial de la parte del art. 140 dedicada a la forma de gobierno y administración de los Municipios es su proclamación del **principio democrático** como necesario inspirador de la organización municipal. Cabrán plasmaciones diferentes de democracia representativa o directa según se opte por el régimen de Ayuntamiento o por el de Concejo abierto; habrá variantes en cuanto a la Alcaldía (elección directa o indirecta) o en cuanto a la posición de la Alcaldía y de los Concejales. Y, desde luego, todo ello será compatible con una organización complementaria técnica y burocrática. Pero siempre habrá de respetarse que los órganos principales son de origen democrático, que son ellos los que han de tener las competencias importantes, los que expresan la voluntad del ente, y que todos los demás órganos son auxiliares, subordinados. Marca esto una diferencia notable respecto a la Administración del Estado, como destacó

la STC 103/2013, de 25 de abril, FJ 6: «... el art. 140 otorga una especial legitimación democrática al gobierno municipal (...) que contrasta, sin duda, con el diseño que la propia Constitución establece para el Gobierno del Estado (...) Un plus de legitimidad democrática, frente a la profesionalización...». Todo esto es propio de otras Administraciones locales: «El carácter representativos de los órganos a los que corresponde la dirección política de los entes locales constituye una exigencia inherente a este concepto de autonomía local» (STC 132/2012, de 19 de junio, FJ 4). Pero en el caso de los Municipios se presenta más vivamente: aunque «el principio representativo constituye fundamento de la autonomía local y por tanto es predicable de todas las entidades locales constitucionalmente garantizadas, este principio ha sido consagrado para los Municipios con una intensidad especial, mediante una regulación bastante más minuciosa que contrasta con la menor densidad normativa con que la norma fundamental lo ha recogido para islas y provincias» (STC 103/2013).

* Grupo de Investigación de la Junta de Andalucía SEJ-196. Proyecto DER2015-67695-C2-P (MINECO/FEDER, UE).

Este principio democrático se conecta, además, con el **autogobierno** en tanto que no se trata sólo de que los órganos municipales tengan origen democrático, sino de que sean elegidos directa o indirectamente por los vecinos. Este autogobierno es, a su vez, **elemento de la autonomía**, como siempre se acepta y como lo recoge la CEAL (art. 3.2). Así, queda excluida la posibilidad de que el Alcalde sea designado por las autoridades estatales, como ocurrió en otras épocas en España y fuera de ella con la justificación de que, además de autoridad local, era también titular de un órgano periférico del Estado. Desaparecido en la Constitución todo vestigio de esa segunda condición, se suprime también esa forma de designación que, por otra parte, no es concorde con la autonomía local. Y es que es inimaginable la autonomía si, aunque se confiriesen a los Municipios muchas competencias y gran libertad para su ejercicio, los titulares de sus órganos principales no fueran elegidos en el seno mismo del Municipio. Por ello también juega como límite frente a otras intromisiones, en especial, frente a la **disolución o suspensión de los órganos locales**, aunque sin excluir esta posibilidad por completo, como ya puso de manifiesto la STC 4/1981, de 2 de febrero. En su FJ 10, tras transcribir los arts. 140 y 141.2, dijo: «De acuerdo con los preceptos transcritos las Corporaciones Locales son de carácter representativo, y su gobierno y administración tienen carácter de «autónomos» para —art. 137 de la Constitución— la gestión de sus respectivos intereses. De aquí que deba sostenerse la inconstitucionalidad de cualquier disposición que establezca la posibilidad de suspensión o destitución de los miembros de estas Corporaciones —o la disolución de la propia Corporación— por razón de la gestión inadecuada de los intereses peculiares de la Provincia o Municipio. En cambio la autonomía no se garantiza por la Constitución —como es obvio— para incidir de forma negativa sobre los intereses generales de la Nación o en otros intereses generales distintos de los propios de la entidad, por lo que en estos supuestos no se puede declarar con-

traria a la Constitución, máxime cuando este principio de limitación de la autonomía se refleja de forma expresa en la propia Constitución —art. 155— en relación con las Comunidades Autónomas». Así, entre otras, admitió la potestad de disolver Ayuntamientos «cuando su gestión resulte gravemente dañosa para los intereses generales» pero no para los intereses de «la respectiva Entidad local». Ahora, de esas potestades sólo se conserva la prevista en el art. 61 LRBRL, cuya constitucionalidad no es dudosa a la vista de esta jurisprudencia y de las exquisitas garantías con las que ese precepto y el art. 183 LOREG rodean la disolución de los órganos locales.

Este autogobierno democrático de los Municipios les da un sesgo peculiar porque, a diferencia de lo que ocurre en el Estado y en las Comunidades Autónomas, donde el principio democrático se refleja sobre todo en el Poder Legislativo y no en su Administración, aquí **no hay separación entre representación y Administración**, de modo que es la misma Administración la que encarna la representación. Lo destacó la STC 111/2016, de 9 de junio, FJ 8.b), al notar que los Municipios han de contar con un «órgano colegiado y representativo» que «forma parte del Ayuntamiento (...) a diferencia de las Cortes Generales o las Asambleas autonómicas, que, naturalmente, en modo alguno se confunden con el Gobierno y Administración del Estado o de las Comunidades Autónomas». Pero eso no altera la **naturaleza administrativa** del Municipio ni lo convierte en otra cosa ni permite dar a alguno de sus órganos —como a veces se ha pretendido respecto al Pleno— un carácter seudoparlamentario ni explicar las relaciones entre los órganos municipales —siempre, a la postre, meros órganos administrativos— asimilándolas a las que se dan entre un Parlamento y un Gobierno. El parecido es superficial y sólo afecta a ciertas formas y a ciertos mecanismos, pero no a lo esencial de los órganos municipales. También el Pleno municipal —como la asamblea vecinal— es un órgano administrativo. Y,

desde luego, las relaciones entre Pleno y Alcaldía son las relaciones entre dos órganos administrativos, no expresión de nada similar a la división de poderes. Lo que sucede, mucho más simplemente, es que los Municipios son la manifestación más genuina de las **Corporaciones** —con justicia son denominados habitualmente como «Corporaciones locales»—, tipo de personificación pública opuesto a las instituciones y en el que lo característico es ser, como explicó García de Enterría, «un grupo de personas organizadas en el interés común de todas ellas y con la participación de las mismas en su administración [...] El interés y la voluntad de la corporación son immanentes al conjunto de las personas que la integran, surgen, pues, del propio ente [...]». Por ello, frente a las instituciones —que suelen responder a un modelo de organización y gestión burocrática—, las Corporaciones «son la cifra misma de la técnica de la autoadministración» y «se articulan sobre técnicas representativas de la voluntad del grupo, que es la voluntad que ha de expresarse en su gobierno propio». Nada, pues, más impertinente que las descalificaciones que a veces se han hecho de la legislación local por albergar, se dice, una concepción «corporativista» del Municipio. Frente a ello, afirmemos que el hecho de que el Municipio, como Corporación por antonomasia que es, exprese y canalice él mismo el principio democrático y la autoadministración no lo metamorfosea en una entelequia distinta de una Administración; y que tampoco el hecho de que encontremos en su organización algunas técnicas características de las relaciones entre Parlamento y Gobierno altera el que estemos ante órganos administrativos, con competencias administrativas tasadas, con posibilidades de delegación, con deber de cooperación y coordinación y no como expresión de una división de poderes. En suma, nada de esto transmuta la naturaleza del Municipio y de sus órganos. Tampoco el hecho de que el art. 140 CE hable de «Gobierno y Administración», aunque es relevante, justifica esos artificios que desorbitan la posición del Municipio y de sus órganos.

II. MUNICIPIO, AYUNTAMIENTO Y CONCEJO ABIERTO

La CE distingue entre Municipios y Ayuntamientos. No habla de pueblos, como hacían las Constituciones españolas decimonónicas. Es decir, no habla de la pura colectividad local sino de **Municipios**, que son ya su expresión institucional y entes jurídicos. Es a éstos a los que el art. 140 CE reconoce «personalidad jurídica plena». La autonomía la predica de ese ente, no del pueblo o la ciudad, lo cual tiene relevancia en cuanto a la posibilidad de negar a los pueblos su existencia como Municipios. El pueblo o la ciudad no pasa de ser el sustrato social que normalmente late tras él, sin que siempre deban coincidir pues puede haber Municipios con varios pueblos. Pero si el Municipio es ya una institucionalización personificada, ¿qué es el Ayuntamiento? El **Ayuntamiento es la organización municipal**. Habitualmente se dice, como lo hace incluso la LRBRL (art. 11.2), que son tres los elementos del Municipio: el territorio, la población y la organización. Pues bien, justamente esa organización es la que se identifica con el Ayuntamiento. Ayuntamiento y Municipio no son sinónimos, como no lo son Provincia y Diputación, Región (o nacionalidad) y Comunidad Autónoma. El Ayuntamiento, por lo demás, no es un concreto órgano —aunque no es infrecuente asimilarlo al Pleno del Ayuntamiento, que sí es un órgano—, sino una organización compleja, el conjunto orgánico del Municipio. Por eso dicen nuestras normas que los Ayuntamientos actúan en representación de los Municipios y por eso no es infrecuente, aunque sí inexacto, que se hable de Ayuntamiento para referirse a la misma persona jurídica municipal. También es inexacto decir que los Concejales son los miembros de la Corporación local municipal, aunque así se expresen incluso las leyes; son miembros del Ayuntamiento, pero, propiamente hablando, los miembros de la Corporación, esto es, del Municipio, son los vecinos.

Podría decirse, quizá, que todo Municipio tiene un Ayuntamiento y que hay dos formas de

Ayuntamiento: el que funciona en régimen de **Concejo abierto** en el que es órgano fundamental la asamblea vecinal, y el que está constituido por Concejales. Esto no choca con la literalidad del art. 140 CE. Sin embargo, es más conforme con nuestra tradición legal y con lo que actualmente dice la LRBRL (art. 19.1), explicarlo de otra forma según la cual hay dos sistema de organización municipal: la de los Ayuntamientos —en la que se considera consustancial la existencia de Concejales— y la del Concejo abierto. En suma, no sólo no son sinónimos, sino que no hay una correlación exacta entre Ayuntamiento y Municipio: hay Municipios que no tienen Ayuntamiento, sino Concejo abierto. Pero tampoco a la inversa hay una correlación perfecta entre estas formas de organización y los Municipios, pues es posible que el Concejo abierto sea la forma de organización de entidades inframunicipales, como se verá luego.

III. EL CONCEJO ABIERTO

El art. 140 CE se limita a admitir esta forma de organización municipal y a remitir a la ley las condiciones en las que procederá. Según dice la STC 210/2014, de 18 de diciembre, «el Concejo abierto es un sistema de organización municipal en el que pequeños municipios y otras entidades locales que no alcanzan un número significativo de habitantes se rigen por un sistema asambleario, la asamblea vecinal, que hace las veces de pleno del ayuntamiento al que sustituye, en una aproximación a un sistema de **democracia participativa directa**. Se trata de un sistema jurídico de organización tradicional en España, que aparece recogido, como garantía institucional, en el artículo 140 CE, aunque sin un desarrollo en su regulación, puesto que el precepto constitucional se ha limitado a establecer una reserva de ley en relación con las condiciones en que proceda su aplicación...». Es discutible que haya realmente una garantía institucional del concejo abierto en el art. 140 CE: bien cabe entender que simplemente admite su constitucionalidad

que podría haberse negado si la regla general del gobierno y administración de los Municipios por Ayuntamientos no se hubiera acompañado de esa salvedad final. Es ése, desde luego, el sentido del art. 3.2 CEAL cuando aclara que su previsión general de consejos integrados por miembros elegidos por sufragio libre, secreto, igual, directo y universal «no causará perjuicio al recurso a las asambleas vecinas».

La remisión del art. 140 *in fine* a la ley lleva primeramente al art. 29 LRBRL que lo incluye como el régimen municipal especial por antonomasia. Y, en efecto, es un régimen especial y de aplicación reducida no sólo porque este vestigio histórico de democracia directa sólo es imaginable en muy pequeños Municipios, sino porque de la misma estructura del art. 140 CE se desprende que ha de ser un sistema excepcional frente al general de Ayuntamientos. Sobre todo está pensado para los Municipios que tradicionalmente mantengan ese régimen aunque la legislación básica estatal permite extenderlo a otros, como además han previsto algunas leyes autonómicas.

Su característica prototípica es la inexistencia de Concejales electos y, por tanto, de Pleno que se sustituye por una **asamblea vecinal** compuesta por los vecinos mayores de edad. Pero no es la asamblea vecinal el único órgano municipal. La LRBRL impone también que haya **Alcaldía** (art. 29.3). Y en la legislación autonómica, así como en la estatal supletoria, se permite el nombramiento de Tenientes de Alcalde o de comisiones de asistencia al Alcalde. Esa misma legislación además permite delegar en el Alcalde o Alcaldesa competencias de la asamblea. Ciertamente que todo esto sólo rige en defecto de normas consuetudinarias o de reglamentos propios de la entidad. Pero da un indicio revelador del peso que puede llegar a tener la Alcaldía y, en suma, de que los Municipios en régimen de Concejo abierto no tienen que ser siempre puramente asamblearios. El art. 140 CE, con su escueta referencia a la posibilidad del Concejo abierto, no impide esta posibilidad.

Al margen de ser forma de organización municipal, el régimen de concejo puede también instaurarse en las entidades locales menores, a las que luego se aludirá.

IV. RESERVA DE LEY ORGÁNICA EN MATERIA DE ELECCIONES LOCALES

El art. 140 remite expresamente a la ley la elección de los Concejales. Con respecto a la elección de Alcalde o Alcaldesa no hay una remisión explícita pero se desprende meridianamente del artículo. En cualquier caso, no dice este art. 140 que haya de tratarse de una ley orgánica, pero eso es lo que concluyó la STC 38/1983, de 16 de mayo, según la cual «el régimen electoral general» aludido en el art. 81.1 CE incluye las elecciones locales. Desde entonces, toda la regulación de las elecciones locales se contiene en ley orgánica. Concretamente en la LOREG, donde, por lo demás, se ha hecho un entendimiento amplio de tal reserva de ley orgánica de modo que no sólo la completa regulación de las elecciones de concejales tiene esa naturaleza de orgánica, sino también la elección del Alcalde en todas sus modalidades y hasta la moción de censura y la cuestión de confianza en tanto que ello afecta a la permanencia en el cargo y directa o indirectamente da lugar a una nueva elección. La misma tesis fue reafirmada y reforzada por la STC 81/2012, de 18 de abril. Esta legislación es aplicable a todos los Municipios, incluso los de régimen especial. Hasta Ceuta y Melilla, pese a sus muchas y relevantes singularidades, se rigen por estas reglas, como explicó la STC 240/2006, de 20 de julio, FJ 4, que afirmó «[...] la condición de concejales que ostentan los miembros de la Asamblea de Ceuta (art. 7.2) y la de Alcalde que corresponde al Presidente de la ciudad (art. 15) [...] pues, más allá de la denominación específica de los órganos institucionales de la ciudad, o de la posible superposición de la estructura organizativa municipal y la resultante de su Estatuto de Autonomía, el gobierno y la administración de los municipios corresponde a

sus respectivos Ayuntamientos, integrados (art. 140 CE) por los alcaldes y concejales (condición de alcalde que ostenta el presidente; de concejal que debe reconocerse a los miembros de la Asamblea»; luego añade: en «materias tales como el régimen electoral de la Asamblea de la ciudad (art. 7)» se aplica la legislación reguladora de la Administración Local.

V. ELECCIÓN DE LOS CONCEJALES

A diferencia de lo previsto para los Diputados y para los Senadores, la CE, con toda lógica, es mucho más parca en cuanto a las elecciones locales. No dice nada sobre el número de Concejales ni sobre la circunscripción electoral (que podría ser el Municipio o partes del Municipio) ni sobre la duración del mandato, ni sobre la convocatoria de elecciones ni sobre el sistema electoral (aunque hubo alguna enmienda tendente a consagrar en la misma Constitución el sistema proporcional). En consecuencia, la ley —ley orgánica, como acabamos de explicar— tiene un amplio margen de configuración y aquí sólo procede dar sucinta cuenta de los rasgos más relevantes establecidos en la LOREG: a) la **circunscripción** es el término municipal; b) en cada Municipio se elige un **número de Concejales** establecido en función del número de habitantes con un mínimo de 3 para los de menos de 100 habitantes, 25 para los de más de hasta 100.000 habitantes y uno más por cada 100.000 habitantes o dos si resultare un total par; c) el mandato es de cuatro años y las elecciones se convocan para todos los Municipios españoles por el Consejo de Ministros sin que quepa la disolución anticipada salvo en el supuesto excepcionalísimo de los arts. 61 LRBRL y 183 LOREG; d) el sistema electoral en los Municipios de menos de 250 habitantes es mayoritario pero matizado porque los electores, mediante listas abiertas, sólo pueden votar a un máximo de dos o cuatro candidatos según haya que elegir tres o cinco de manera que normalmente la minoría podrá obtener un Concejal; d) en los demás Municipios

pios rige el **sistema electoral proporcional** y mediante **listas cerradas y bloqueadas** (ni se pueden combinar candidatos de las distintas listas propuestas ni alterar el orden en que aparecen los candidatos), igual al previsto para el Congreso de los Diputados, esto es, el de la «**media más fuerte**» por el procedimiento del matemático **Hont**, con la diferencia de que, al ser necesarios muchos menos votos para obtener una Concejalía, la proporcionalidad es mayor y permite más fácilmente la representación de las minorías, lo que no obstante se corrige prescindiendo de las candidaturas que no alcancen el 5% de los votos válidos.

Frente a este sistema sumariamente descrito se ha defendido la conveniencia de instaurar listas abiertas o, cuando menos, cerradas pero no bloqueadas, de modo que los ciudadanos no queden tan condicionados por las decisiones de los partidos al confeccionar las listas. Para nuestro propósito, basta decir que, desde luego, la Constitución permite esos cambios y otros muchos más profundos y radicales, pues, como se ha visto, deja amplia libertad al legislador. También conviene añadir que, pese a que el sistema de listas cerradas y bloqueadas conduce a dar la impresión de que los electores votan a partidos, formalmente no es así: **los votantes eligen a personas concretas**, no a partidos. El TC lo afirmó cuando declaró la inconstitucionalidad de la pérdida de la condición de Concejal por dejar de pertenecer al partido político en cuya lista compareció en las elecciones, a lo que nos referimos después. Pero también lo ha declarado en general para discernir el sentido del voto en las elecciones locales y sus condiciones de validez. Es reveladora la STC 167/1991, de 19 de julio: «[...] la elección de los ciudadanos recae sobre personas determinadas y no sobre los partidos o asociaciones que los proponen al electorado [...], conclusión que [...] no queda empañada [...] por el hecho de que la elección se produzca hoy en España, en los comicios municipales y en otros, entre listas «cerradas» y «bloqueadas», pues una cosa es que el elector no pueda rea-

lizar cambios en las candidaturas y otra, bien distinta, que los nombres que en ella figuren sean irrelevantes para la definición que cada cual ha de hacer ante las urnas. La elección es, pues, de personas [...] y cualquier otra concepción pugna con la Constitución y con la misma dignidad de posición de electores y elegibles [...]» (FJ 4).

VI. DERECHO DE SUFRAGIO ACTIVO Y PASIVO

El art. 140 CE, tan parco al aludir al sistema electoral, sí que establece que la elección de los Concejales debe hacerse «mediante sufragio universal, igual, libre, directo y secreto», igual que lo hace para la elección de los miembros del Congreso y del Senado. Y además añade que esa elección debe hacerse «por los vecinos del municipio». Sólo los vecinos —esto es, los que residen habitualmente en un Municipio y como tales están inscritos en su padrón (art. 15 LRBRL)— tienen derecho de sufragio activo en su respectivo Municipio siempre que sean mayores de edad y no hayan sido condenados a privación de este derecho, declarados incapaces o internados en un psiquiátrico con autorización judicial. Entre esos vecinos están los extranjeros que, en efecto, pueden tener derecho de sufragio activo en las elecciones municipales. Ya lo permitía así el art. 13.2 CE en su redacción inicial. Lo establece el art. 176 LOREG que, además de a otros extranjeros en virtud del principio de reciprocidad (lo que se completa por el art. 6 de la Ley Orgánica de los Derechos y Libertades de los Extranjeros), confiere este derecho a los ciudadanos de la Unión Europea.

Nada dice, en cambio, el art. 140 CE sobre las condiciones para ser Concejal y para antes tener derecho de sufragio pasivo. En particular, no se exige ser vecino del Municipio para el que se presente, requisito que tampoco ha establecido la ley. Basta, pues, tener derecho de voto y no estar incurrido en las causas de inelegibilidad establecidas por la ley. Pero del

sufragio pasivo estaban excluidos según la redacción inicial del art. 13.2 CE los extranjeros y ni siquiera los ciudadanos comunitarios tenían ese derecho, como afirmó la STC 112/1991, de 20 de mayo. Eso fue objeto de reforma (tras la Declaración del TC 1/1992, de 1 de junio) para permitir que los extranjeros —sobre todo, los ciudadanos de la Unión Europea— pudieran tener derecho de sufragio pasivo en las elecciones municipales y adaptar así nuestro ordenamiento a las exigencias del Derecho de la Unión. Remitimos en este punto al comentario a ese art. 13. Baste aquí decir que ahora eso se refleja en el art. 177 LOREG según el cual tienen derecho de sufragio pasivo en las elecciones municipales los «ciudadanos de la Unión Europea» y los «nacionales de países que otorguen a los ciudadanos españoles el derecho de sufragio pasivo en sus elecciones municipales en los términos de un tratado».

VII. DERECHOS DE LOS CONCEJALES AL ACCESO, PERMANENCIA Y EJERCICIO DEL CARGO

El TC ha reconocido siempre que los concejales están protegidos por el art. 23 CE, especialmente por su apartado 2. Pero también que se trata de un derecho de configuración legal pues el mismo art. 23.2 dice «con los requisitos que señalen las leyes». Lo que no pueden hacer éstas —y menos aún otras normas o actos— es restringir las facultades que pertenezcan al «núcleo de su función representativa» de modo que las vacíen o dificulten arbitrariamente. El derecho tiene tres facetas:

Primera: **Derecho a acceder** al cargo que, no obstante, es compatible con la exigencia de juramento o promesa de acatamiento de la Constitución si está expresamente consagrada por norma con rango de ley (STC 8/1985, de 25 de enero). Tampoco se vio limitación inconstitucional en el art. 44 bis LOREG, introducido en 2007, que impuso que las candidaturas tengan «una composición equilibrada entre mujeres y hombres» (STC 127/2007, de

22 de mayo, que denegó un amparo frente a la exclusión de una lista compuesta por tres hombres y diez mujeres).

Segunda: **Derecho a permanecer** en el cargo, salvo causas legalmente previstas y proporcionadas. Ello llevó a declarar la inconstitucionalidad del art. 11.7 de la Ley de Elecciones Locales de 1978, según el cual «[...] si alguno de los candidatos electos dejare de pertenecer al partido que le presentó, cesará en su cargo y la vacante será atribuida» al siguiente de esa lista. Las SSTC 5, 10, 16, 28, 29 y 30/1983, de 4 y 21 de febrero, 10 de marzo, 21 y 26 de abril, ante distintos supuestos de pérdida del cargo de Concejal por expulsión del partido político en cuyas listas se presentó el recurrente, consideraron que esa regulación resultaba contraria a los derechos de los dos apartados del art. 23 CE: la permanencia de los representantes electos, en concreto, de los Concejales, sólo puede depender de la voluntad de ellos mismos o de los electores, pero no de ninguna organización, incluido el partido político que lo incorporó en una lista y que después lo expulsa. Lo mismo hay que afirmar ante los casos en que el Concejal abandona por su propia voluntad el partido por el que concurrió a las elecciones, como declaró la STC 298/2006, de 23 de octubre, y ello incluso aunque los estatutos de la formación política lo hubieran previsto y aunque el Concejal hubiera aceptado la obligación de renunciar si se daba de baja como afiliado. Esta jurisprudencia, reiterada por STC 123/2017, de 2 de noviembre, abrió la puerta al «transfuguismo» al que se ha tratado de poner freno por dos vías: pactando un llamado «Código de conducta política en relación con el transfuguismo en las Corporaciones Locales» (inicialmente suscrito en 1998 y que se ha ido renovando) en el que los partidos firmantes se comprometen a no beneficiarse de los tránsfugas procedentes de otros partidos; y limitando legalmente [sobre todo, en los arts. 73.3 LRBR y 197.1.a) tercer párrafo LOREG] las posibilidades de actuación de esos tránsfugas. Estas limitaciones han planteado dudas sobre su respeto a la otra

vertiente del derecho de la que ahora nos ocuparemos.

Tercera: **Derecho a ejercer** el cargo de concejal sin obstáculos y en condiciones de igualdad sólo con los límites proporcionales que establezcan las leyes. El ejercicio protegido constitucionalmente se proyecta sobre una serie de funciones que «pertenecen al núcleo inherente a la función representativa que constitucionalmente corresponde a los miembros de una corporación municipal» que son «la de participar en la actividad de control del gobierno municipal, la de participar en las deliberaciones del Pleno de la Corporación, y la de votar en los asuntos sometidos a votación en este órgano, así como obtener la información necesaria para poder ejercer las anteriores funciones». Pero ese ejercicio protegido no alcanza a otras facultades que las leyes otorguen a los Concejales. En todo caso, se admiten restricciones legales si tienen una finalidad constitucionalmente legítima, como es señaladamente la lucha contra el transfuguismo que encuentra sustento en el art. 6 CE. Esta doctrina se contiene en numerosas SSTC: 32/1985, de 6 de marzo; 169/2009, de 9 de julio; 20/2011, de 14 de marzo; 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87/2011, de 6 de junio; 90, 91, 92, 93 94/2011, de 13 de junio; 95, 97, 98/2011, de 17 de junio; 100, 101, 102, 103/2011, de 20 de junio; 112, 113, 114, 115, 116 y 122/2011, de 4 de julio; 129, 130, 131/2011, de 18 de julio; 9/2012, de 18 de enero; 14/2012, de 6 de febrero; 30/2012, de 1 de marzo; 117/2012, de 4 de junio; 246/2012, de 20 de diciembre; 10/2013, de 28 de enero; 111/2016, de 9 de junio; 54/2017, de 11 de mayo; 151/2017, de 21 de diciembre. Sus resultados concretos se pueden esquematizar así:

a) El derecho fundamental al ejercicio del cargo de concejal incluye, aun en el caso de los tránsfugas:

— el derecho a formar parte de las comisiones informativas con voz y voto, aunque con un voto proporcional a su representación en el Pleno. Ello ha llevado a interpretar en de-

terminado sentido el art. 73.3 LRBRL (en su redacción introducida por Ley 57/2003) y algunos preceptos autonómicos o alguna vez a su declaración de inconstitucionalidad. Más difícil es determinar en qué medida esta misma doctrina debe condicionar la composición de otros órganos municipales y, en su caso, de los de sus entes institucionales.

— el derecho a participar en la presentación y votación en las mociones de censura a los Alcaldes en cuanto que es expresión de la facultad de control del gobierno municipal. Ello ha llevado a declarar inconstitucional, aunque con algunos matices, el art. 197.1.a) tercer párrafo LOREG en la redacción que le dio la Ley Orgánica 2/2011.

— el derecho de acceso a la información y documentación local.

b) Por el contrario, el derecho fundamental de los Concejales no incluye (y, por tanto, se puede restringir especial, aunque no únicamente, a los tránsfugas; también en el caso de concejales elegidos por partidos ilegalizados):

— la posibilidad de constituir o integrarse en un grupo (tampoco en el «grupo mixto») por lo que no se opone a que los tránsfugas queden como «concejales no adscritos» con la consecuente pérdida de beneficios económicos o del uso de infraestructuras o la no tenencia de portavoz y la exclusión de la junta de portavoces.

— la posibilidad de ser nombrados para cargos, como el de Teniente de Alcalde o miembro de la Junta de Gobierno Local, dentro de la Administración municipal, cuya negación a los tránsfugas ha sido admitida.

— el derecho a ejercer con dedicación exclusiva o parcial y a la correspondiente retribución económica, por lo que son lícitas las restricciones legales al número de concejales con esa dedicación específica y con remuneración. A este respecto las limitaciones en-

cuentran justificación en criterios de racionalidad económica y eficiencia en el uso de los recursos públicos.

VIII. ELECCIÓN DE ALCALDE O ALCALDESA

Poco decide directamente la Constitución a este respecto y, de hecho, la LOREG ha combinado con gran libertad distintos sistemas. Respecto a los **Municipios en régimen de Concejo abierto**, para los que la Constitución ni siquiera impone la existencia de Alcaldía, la LOREG dispone que «los electores eligen directamente al alcalde por sistema mayoritario» (art. 179.2). Para los **Municipios con Ayuntamiento**, la elección del Alcalde queda algo más condicionada por el art. 140 CE, aunque, en realidad, deja abiertas las dos grandes opciones imaginables sin establecer ninguna preferencia: tan constitucional es que la Alcaldía sea objeto de una elección de segundo grado realizada por los Concejales como de una elección directa por los vecinos. Y, aun dentro de estas grandes alternativas, tampoco impone la Constitución ninguna regla, hasta el punto de que la elección por los Concejales no tendría que ser entre ellos y ni siquiera entre los vecinos. Casi todo, pues, está remitido al legislador. La LOREG mantiene el sistema ya instaurado por la anterior Ley de Elecciones Locales de 1978: al constituirse tras las elecciones la Corporación, los Concejales eligen Alcalde entre aquellos que hayan encabezado las listas electorales; si alguno obtuviera la mayoría absoluta, resultará electo; si ninguno alcanza tal mayoría, será proclamado Alcalde o Alcaldesa el o la Concejales que encabece la lista más votada por los vecinos. O sea, establece un sistema mixto que combina las dos opciones constitucionales. Pero, en realidad, el método subsidiario no es exactamente una verdadera elección del Alcalde por los vecinos, puesto que éstos no votaron propiamente al Alcalde, sino unas listas de Concejales con otra finalidad. Chocante resulta incluso —y lo asimilan a veces mal los ciudadanos— que lo que se

presenta como una elección directa juegue como subsidiaria de una elección indirecta en la que los pactos políticos impiden la proclamación del más votado por los vecinos. Sin dudar de la constitucionalidad de este sistema, más modestamente sí cabe apuntar que, aunque la solución vigente pueda presentarse como una fórmula que combina las dos previstas en la Constitución, da un resultado conjunto que no garantiza del todo bien ni la legitimidad que ofrece una elección de segundo grado con todas sus consecuencias ni una verdadera y propia elección directa por los vecinos. El sistema presenta ciertas ventajas y el hecho mismo de su aplicación durante cuarenta años ha hecho que se asiente y se asuma con normalidad. Pero también suscita algunos reparos y no han dejado de formularse propuestas de cambio, entre ellas muy destacadamente la de establecer un verdadero sistema de elección directa por los vecinos para que voten específicamente Alcalde. Esta propuesta, por otra parte, podría concordar mejor con el paulatino reforzamiento de las competencias de la Alcaldía. Desde luego, la Constitución no opone ningún obstáculo a ello, aunque también este sistema presenta dificultades y peligros. En cualquier caso, su instauración requeriría una transformación de toda la organización municipal, sobre todo de las relaciones entre Alcaldía y Pleno y de sus respectivas funciones y competencias.

Sea en la elección de segundo grado o en la directa, en los Municipios de más de 250 habitantes sólo pueden ser Alcaldes los **cabezas de lista**. Esta limitación, que acepta sin objeción alguna el TC (así, Sentencia 31/1993, de 26 de enero, FJ 3), permite a los ciudadanos tener en cuenta ese dato al emitir su voto y les da algún poder en la elección de la Alcaldía, al mismo tiempo que limita los pactos entre las fuerzas políticas. La misma limitación a los cabezas de lista, pero con una capital e inevitable modificación, se mantiene cuando se trata de elegir Alcalde con posterioridad a la sesión constitutiva subsiguiente a las elecciones como consecuencia de la muerte, renuncia, incapacidad o pérdida de la cuestión

de confianza de quien ocupara el cargo. Concretamente, el art. 198 LOREG establece a este respecto que la vacante en la Alcaldía se resolverá conforme a las reglas generales «considerándose a estos efectos que encabeza la lista en que figuraba el Alcalde el siguiente de la misma, a no ser que renuncie a la candidatura». Los problemas se han producido cuando esos Concejales cabeza de lista habían perdido su relación con el correspondiente grupo municipal o incluso habían abandonado la formación política que la auspició. A este respecto, a diferencia de lo que ha hecho respecto a la elección de Concejales, el TC ha optado por una solución en la que ha conferido más peso al partido o fuerza política que presentó la lista y al posterior grupo municipal que a la persona concreta: «[...] en los supuestos de vacantes producidos a lo largo del mandato municipal el protagonismo sólo puede corresponder a los Grupos Municipales en los que orgánicamente se han traducido las listas, de modo que tal Grupo Municipal de los así formados debe tener la posibilidad de presentar un candidato a Alcalde. Sería, en efecto, contrario a toda la lógica del sistema que el abandono del Grupo Municipal por quien fue cabeza de lista, tuviese la consecuencia de privar a ese grupo, acaso mayoritario, de la posibilidad de presentar un candidato. La cabecera de lista, en definitiva, no es una cualidad personal que siga al que en su momento fue cabeza de lista (o siguiente al mismo) «allí donde vaya» y al margen de que continúe o no encabezando alguna cosa, sino únicamente un elemento de personalización de las listas (y después de los Grupos Municipales), en todo caso subordinado a la lógica de un sistema electoral en el que el protagonismo básico corresponde a unas candidaturas que son colectivas o colegiadas. De ahí que la autoexclusión del Grupo Municipal deba considerarse equivalente a la autoexclusión de la lista de origen» (STC 185/1993, de 31 de mayo, FJ 5).

Nada dice la Constitución sobre la posibilidad de **moción de censura** al Alcalde y, pese a que en algún caso se apuntó la idea de que era

constitucional incluso sin ninguna previsión legal (ATC de 11 de enero de 1984), lo cierto es que ahora se admite por la expresa previsión del art. 197 LOREG (incluso para Municipios en régimen de Concejo abierto) que la regula como moción constructiva. Bástenos aquí decir que, en la medida en que no sólo supone la destitución del Alcalde, sino simultáneamente la elección de uno nuevo, esta regulación altera algo el sistema hasta aquí descrito. Por lo pronto, permite en todo momento sustituir por aquel que concite la mayoría absoluta de los Concejales no sólo al Alcalde que hubiera obtenido el cargo por elección de éstos, sino también al que ostentare tal condición por ser el primero de la lista con más votos populares. Además, no rige la limitación de los candidatos a los cabezas de lista, pues pueden serlo todos los Concejales. Esto aleja un poco más la elección del Alcalde del control de los vecinos, aunque parece razonable para superar situaciones de crisis. Asimismo desde 1999 cabe que el Alcalde se someta a la **cuestión de confianza** (art. 197 bis LOREG) que, de no prosperar, conlleva su cese y la posterior elección de otro u otra por el sistema ordinario.

IX. CONDICIONANTES CONSTITUCIONALES DE LA ORGANIZACIÓN MUNICIPAL

No procede aquí, cuando se trata de analizar el art. 140 CE, exponer la organización municipal que han establecido las leyes. Pero sí conviene apuntar algo sobre las opciones organizativas permitidas o prohibidas por este precepto; esto es, sobre los límites que este art. 140 CE comporta para las leyes en cuanto a su configuración de la organización municipal. Para dar respuesta es capital la STC 111/2016, de 9 de junio, FJ 8: reconoció «los amplios márgenes con que cuenta el legislador para configurar el entramado institucional de los entes locales»; pero al mismo tiempo indicó que el **principio democrático** (al que erige como «fundamento de la autonomía local») «debe funcionar necesariamente (...)

como fuente de límites» a esa configuración por las leyes, incluidas las básicas estatales. Es ese principio democrático (tanto en su proclamación abstracta en el art. 1.1 como en la más concreta del art. 140 CE) el que he permitido al TC hallar algún freno a la libertad del legislador en lo concerniente a la organización municipal. La cuestión es, pues, determinar qué límites alza el principio democrático y su concreción en el art. 140 CE a la libertad de los legisladores (incluido el básico) y de los propios Municipios en cuanto a su organización.

Por lo pronto, es obvio que el art. 140 CE es conciliable con una **organización municipal burocrática** que existe en casi todos los municipios (aunque sea ínfima en muchos de los pequeños) y que alcanza un gran volumen y complejidad en los de mayor tamaño. Le corresponde de ordinario una función subalterna, una actividad material y técnica que respeta la competencia de los órganos electos para las decisiones con relevancia externa. En tanto que esa organización burocrática permanece acantonada en ese marco no se opone al diseño del art. 140 sino que, al contrario, es perfectamente ajustada a él y a su combinación con el art. 103 CE. Pero la situación es algo distinta en los Municipios de gran población, sobre todo por la existencia de unos «órganos directivos» -entre los que están los coordinadores generales y los directores generales o similares que culminan la organización administrativa dentro de cada una de las grandes áreas o Concejalías, que pueden producir, no sólo actos preparatorios, sino decisiones con relevancia externa directa. Esto se aparta del modelo prototípico de organización de una corporación local y de lo previsto directamente por el art. 140 CE. Pero no se ha visto aquí una vulneración del principio democrático ni de la lacónica afirmación del art. 140 CE sobre el gobierno y administración de los Municipios. Igual que tampoco se ha visto ningún obstáculo a que en esos mismos grandes Municipios se imponga la existencia de otros órganos de control o asesoramiento (para la resolución de las recla-

maciones económico-administrativas, comisión especial de sugerencias y reclamaciones, asesoría jurídica, etc.). De hecho, esa regulación fue admitida, salvo en aspectos mínimos, por el TC (sobre todo, sentencias 103 y 143/2013, de 25 de abril y 11 de julio). Aunque refiriéndose a otros entes locales en los que el carácter democrático está menos marcado en la CE, la STC 132/2012, de 19 de junio, FJ 4, dijo que «el carácter representativo (...) es compatible con la existencia, en el seno de esos entes locales, de órganos cuya integración no se encuentre enteramente reservada a los miembros electos de la corporación, al primar en ellos el perfil ejecutivo». Con alguna salvedad y concretamente con la que deriva de la STC 103/2013 y su declaración de nulidad del precepto que admitió la existencia de miembros no electos en las Juntas de Gobierno Local (a la que luego nos referimos), lo mismo puede afirmarse de los Municipios.

En el extremo opuesto, asimismo es seguro que en los Municipios puede y hasta debe haber órganos de participación ciudadana sin que a ello se oponga el art. 140 CE. Los hay previstos directamente en la legislación básica estatal. Es el caso, por ejemplo, del consejo social o de los **órganos desconcentrados** con un ámbito territorial más reducido que el propio término (distritos) que los Municipios pueden crear (arts. 70 bis.1 LRBRL) o, en los de gran población, deben crear (art. 128 LRBRL en la redacción dada por Ley 27/2013, cuya constitucionalidad admitió la STC 103/2013, de 25 de abril, FJ 5.f). Súmese a ello que, como veremos, también las tradicionales entidades locales menores se han convertido en organizaciones meramente desconcentradas que encauzan la participación de los vecinos de núcleo de población separados en la administración de éstos. Además, la legislación autonómica y sobre todo las mismas normas municipales pueden prever otros muchos órganos de participación. Tampoco esto es contrario al art. 140 CE aunque podría llegar a serlo si esos órganos desmerecieran o hurtaran el papel que ha de corresponder a los electivos previstos en ese precepto. Es ilus-

trativo y muy acertado el art. 69.2 LRBRL: «Las formas, medios y procedimientos de participación que las Corporaciones establezcan en el ejercicio de su potestad de autoorganización no podrán en ningún caso menoscabar las facultades de decisión que corresponden a los órganos representativos regulados por esta Ley». Es una consecuencia de la regla general según la cual los instrumentos de democracia directa «han de operar, como es lógico y constitucionalmente exigido, no como minusvaloración o sustitución sino como reforzamiento de (la) democracia representativa» (STC 103/2008, de 11 de septiembre, FJ 2).

Reconocido que la organización burocrática y la participativa es lícita si no eclipsan el protagonismo de los órganos municipales electivos, la cuestión es la de la posición relativa de estos, en principio, del Pleno y de la Alcaldía. Pero, para empezar, debe notarse que puede haber otros órganos de origen electivo.

El art. 140 CE ni siquiera menciona al Pleno. Menos todavía, aun aceptando que se deduzca de él que deba existir un órgano formado por todos los Concejales, incluido el Alcalde o Alcaldesa -o sea, el Pleno-, se infiere que sólo deba haber entre los órganos de origen electivo el Pleno y la Alcaldía. De hecho, hay otro, que se ha convertido por obra del legislador en pieza clave, la ahora llamada **Junta de Gobierno Local**, que es obligatoria en los Municipios de más de 5000 habitantes y existe en otros menores. Y ese tercer órgano, a su vez, puede perfilarse de muy distintas formas: como una especie de comisión del Pleno cuya composición reproduce a escala (como lo fue otrora) o como una especie de gobierno que gira en torno a la Alcaldía y que decide su composición. Desde luego, el art. 140 CE no se opone a la existencia de ese tercer órgano. Como tampoco se opone, ahora que la Junta de Gobierno Local es apéndice de la Alcaldía, a que existan Comisiones del Pleno que, competidas sólo por algunos Concejales, ejerzan competencias propias o delegadas (así, la Comisión Especial de Cuentas, art. 116 LRBRL,

o las Comisiones del Pleno en los Municipios de gran población, arts. 122.4 y 123.3 LRBRL). Frente a nada de esto se ha alzado nunca objeción y, con razón, jamás se ha visto en ello contradicción con el art. 140 CE.

Partiendo de la constitucionalidad del sistema actual que pivota sobre un Pleno, una Alcaldía y una Junta de Gobierno Local designada por el Alcalde o Alcaldesa ¿qué límites a la posición de cada uno entraña el art. 140 CE? Sin prejuzgar que pudieran desprenderse otros, señalemos sólo los que por ahora ha deducido el TC frente a algunas opciones del legislador básico.

Por lo que se refiere a las competencias reservadas al Pleno, es crucial la STC 111/2016, de 9 de junio, que declaró inconstitucional el precepto estatal que excepcionalmente permitía a la Junta de Gobierno Local aprobar el presupuesto municipal y ciertos planes próximos (económico-financiero, de reequilibrio, de ajuste, de saneamiento o de reducción de deudas o de entrada en mecanismos extraordinarios de financiación) si se daban ciertas condiciones y, en particular, si el Pleno no alcanzaba en una primera votación la mayoría necesaria. En su minucioso FJ 8 razonó que el hecho de atribuir una competencia al Pleno no sólo es adecuado al principio democrático por conferir la decisión a la mayoría sino por permitir la intervención de la minoría; que nunca se ha puesto en cuestión que aprobar los presupuestos o documentos de significado similar debe corresponder al Pleno; que la norma controvertida implicaba un sacrificio al principio democrático; que tal sacrificio pudiera aceptarse si hubiera otro principio -como era en este caso el de la estabilidad presupuestaria puesta en peligro por problemas de «gobernabilidad en los Ayuntamientos»- que lo justificase; que para que sea así es necesario un juicio de ponderación; pero que la norma cuestionada consagraba «una solución que vulnera el principio democrático al imponer sobre él un sacrificio muy relevante que no puede entenderse justificado en otros valores, bienes o principios». Pocas veces se

verá un juicio de ponderación o de proporcionalidad tan exigente y afinado. Y ello pone de relieve la proclividad del TC para garantizar al Pleno siquiera sean las decisiones municipales más trascendentales.

En cuanto a la Junta de Gobierno Local nunca se han hecho objeciones a su existencia. Tampoco a sus competencias, con la salvedad de la relativa a la aprobación de presupuestos y decisiones semejantes, como acabamos de referir. Ni siquiera se han hecho reparos a que en los Municipios de gran población deja de tener sólo competencias delegadas para pasar a tener extensas competencias propias (tanto de las que en el régimen común son de la Alcaldía como del Pleno). Pero el principio democrático y su concreción para las Administraciones locales sí ha llevado al TC a declarar inconstitucionales dos normas sobre la Junta de Gobierno Local:

— la que establecía para los Municipios de gran población que entre sus miembros podía haber hasta un tercio designado por la Alcaldía entre quienes no fueran Concejales. Esto fue declarado inconstitucional, precisamente por vulneración del art. 140 CE, en la STC 103/2013, de 25 de abril (FJ 6). Por tanto, ahora, los miembros de la Junta de Gobierno Local de los Municipios de gran población han de ser todos Concejales, como en el resto de Municipios.

— la que disponía el carácter no público de sus sesiones en Municipios de régimen común en cuanto ejerzan competencias delegadas por el Pleno, también considerada inconstitucional, aunque con argumentación más cuestionable, por vulneración del principio democrático (STC 161/2013, de 26 de septiembre, FJ 9).

Lo cierto es que se ha ido modificando la legislación siempre en el sentido de reforzar las competencias de la Alcaldía (y de su Junta de Gobierno), su «liderazgo» y su función de dirección e impulso de toda la política municipal en detrimento del Pleno al que se confina

como órgano que, además de funciones de control, sólo conserva las competencias normativas, la de aprobar los presupuestos y algunas otras contadas para las grandes «decisiones estratégicas». Pocos frenos opone a esa tendencia el art. 140 CE y la jurisprudencia constitucional pese a que, como se ha visto en el FJ 8 de la STC 111/2016, hace esfuerzos por sacar las máximas consecuencias del principio democrático. Acaso esta tendencia pudiera encontrar refuerzo en la CEAL para la que el derecho de los entes locales a ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos «se ejerce por Asambleas o Consejos integrados por miembros elegidos por sufragio libre, secreto, igual, directo y universal». Y, aunque admite que «pueden disponer de órganos ejecutivos responsables ante ellos mismos» (art. 3.2), contiene una inequívoca atribución del protagonismo al órgano colegiado formado por los electos locales y una configuración de eventuales órganos unipersonales como ejecutores de las decisiones colegiadas.

La organización municipal se puede ver también notablemente alterada por la posibilidad de **descentralización funcional** y la consecuente creación de **entes institucionales** (organismos autónomos, entidades públicas empresariales, sociedades mercantiles y fundaciones) tal y como establecen los arts. 85 bis y ter, cuya constitucionalidad confirmaron las SSTC 103/2013, de 25 de abril (FJ 5.d), 143/2013, de 11 de julio (FJ 7). Aparecen así nuevos órganos dentro de esos entes a los que atribuir competencias que, en principio, corresponden a los Ayuntamientos. La realidad organizativa de la mayoría de los Municipios medianos y grandes está profundamente marcada por esta descentralización funcional y, pese a que también esto puede ocasionalmente desvirtuar en alguna medida la pura previsión de una administración municipal confiada a Ayuntamientos integrados por Concejales y Alcalde, no puede verse en el art. 140 CE nada más que, a lo sumo, algún criterio sobre las competencias del Pleno y de la Alcaldía que no se les pueden transferir y sobre el control que

deben conservar sobre estos entes institucionales. La reciente legislación ha impuesto ciertos límites a esta descentralización funcional, límites que han sido considerados constitucionales en tanto que configurados como temporales y como consecuencia del incumplimiento de la estabilidad presupuestaria (SSTC 44 y 54/2017, de 27 de abril y 11 de mayo, FFJJ 3 y 6 respectivamente).

También ha cabido tradicionalmente una **descentralización territorial** del Municipio mediante entidades de ámbito inferior (las clásicamente llamadas **entidades locales menores**) a las que se atribuían algunas competencias para la administración de núcleos de población separados. Así se preveía en la redacción originaria de la LRBRL (art. 45) que, con una configuración básica mínima (incluso reducida por STC 214/1989, de 21 de diciembre) que casi sólo pretendía garantizar su composición democrática, incluso con posible régimen de concejo abierto, confiaba el resto a la legislación autonómica. Pero la Ley 27/2013 (dejando sin contenido aquél art. 45 e introduciendo el art. 24 bis LRBRL) eliminó esta posibilidad y convirtió a tales entes en formas de «organización desconcentrada» (no descentralizada) sin personalidad jurídica. Aun así, deja que las muchas ya existentes subsistan con «personalidad jurídica y la condición de entidad local», si bien su pervivencia se hace depender del cumplimiento estricto de sus obligaciones presupuestarias y contables [art. 116.2.e) LRBRL y DT 4.^a y 5.^a Ley 27/2013]. Esta nueva regulación básica (salvo algún aspecto mínimo) ha sido considerada constitucional por SSTC 41/2016, de 3 de marzo (FJ 7); 168/2016, de 6 de octubre (FJ 3, que hace prevalecer la legislación estatal básica sobre lo que el Estatuto de Autonomía había previsto para estas entidades inframunicipales); 180/2016, de 20 de octubre (FJ 5, que con algún matiz hace lo mismo respecto a la LORAFNA); 54/2017, de 11 de mayo (FJ 2.d); y 93/2017, de 6 de julio (FJ 3) al entender que está justificada por intereses supralocales y supraautonómicos como son los de garantizar la eficiencia y la estabilidad pre-

supuestaria. Por esto mismo la STC 19/2017, de 2 de febrero, declaró inconstitucional una ley autonómica en cuanto volvía a calificar a estas entidades como «descentralizadas».

X. REGULACIÓN DE LA ORGANIZACIÓN MUNICIPAL. FUENTES Y DIVERSIDAD DE RÉGIMENES

A partir del amplio marco que ofrece el art. 140 CE, la organización municipal está regulada por normas de tres procedencias: estatal, autonómica y local. Aunque forma parte de la autonomía municipal la potestad de autoorganización, y así lo reconoce siempre el TC, afirma igualmente que esa potestad no es ilimitada sino circunscrita dentro de lo establecido, además de por la propia Constitución, por leyes estatales y autonómicas.

La competencia estatal para regular las **bases** de la organización municipal tiene el fundamento del art. 149.1.18.º CE, al igual que para el resto de la ordenación de la Administración local. Aunque el TC ha apuntado que en lo atinente a la organización y funcionamiento interno la densidad de las bases es tendencialmente menor que cuando está en juego lo que afecta a los derechos de los administrados [entre otras SSTC 50/1999, de 6 de abril, FJ 3; 103/2013, de 25 de abril, FJ 5.d); 54/2017, de 11 de mayo, FJ 4.b)], ello no le ha impedido reconocer que la organización también tiene que ver con la posición de los ciudadanos y darle cierta amplitud a las bases. Sobre todo para abordar aspectos que inciden directamente en las atribuciones de los electos, competencias, funcionamiento democrático y formación de la voluntad de los órganos de gobierno necesarios, forma de las deliberaciones, garantía de mínimos de participación ciudadana, órganos de control, etc. (entre otras, SSTC 33/1993, de 1 de febrero, FJ 3; 103/2013, de 25 de abril, FJ 3). Esa competencia estatal se manifiesta en muchos de los preceptos de la LRBRL y también en alguna medida en la LOREG. En general, en las sucesivas reformas de la LRBRL se observa una

cierta tendencia a la ampliación de las bases en materia de organización municipal, que se hace más notoria e intensa para los Municipios de gran población de modo que se da la paradoja de que estos tienen menor libertad para ejercer su potestad de autoorganización. Lo explicó la STC 103/2013, de 25 de abril (FJ 5.e): «El diseño básico de la organización municipal había comprendido tradicionalmente los órganos de gobierno y de representación directamente enraizados en el art. 140 CE (...) La organización complementaria correspondía diseñarla a las Comunidades Autónomas. Tras la reforma (...) en los Municipios de gran población, el elenco de órganos que componen esta organización básica se ha ampliado, con la correlativa disminución de la organización complementaria cuya regulación corresponde a las Comunidades Autónomas y a la potestad organizativa de los entes locales». Conforme a una jurisprudencia constitucional amplia y consolidada, esta competencia estatal básica se proyecta no sólo sobre los órganos que lo son propiamente del Ayuntamiento (los que se derivan directamente del art. 140 CE y otros, centrales o desconcentrados) sino también sobre la posibilidad y límites de contar con entes instrumentales o, en su caso, con entidades menores descentralizadas.

Por su parte, las **leyes autonómicas** pueden establecer «una organización municipal complementaria», para lo que las bases estatales han de dejar un amplio margen. La prioridad de esta legislación autonómica sobre las propias normas municipales de organización se refleja ahora en el art. 20 LRBRL, fruto en gran medida del FJ 6 de la STC 214/1989, de 21 de

diciembre, que declaró inconstitucional la redacción inicial de ese precepto en la que se anteponeían las normas aprobadas por el propio Municipio a las establecidas por las Comunidades Autónomas.

Por último, pero ocupando pese a ello un extenso e importante campo, son las propias normas municipales —sobre todo, el **reglamento orgánico**— las que, como expresión de la potestad de autoorganización ínsita en la autonomía, establecen la organización municipal.

Claro está que el amplio campo conferido a la legislación autonómica y a las normas de cada Municipio abre la posibilidad de **diversidad** en lo que a la organización municipal respecta. Pero, aparte de eso, la misma legislación estatal introduce o permite **regímenes municipales especiales**. Desde el principio, la LRBRL, además de prever el régimen especial de Concejo abierto, como ya nos consta, establecía algunas diferencias entre Municipios de más y de menos de 5.000 habitantes y confiaba a las leyes de las Comunidades Autónomas la instauración de regímenes municipales especiales (art. 30). A eso hay que añadir que, como se ha venido exponiendo, desde 2003 hay dos grandes regímenes, según se trate de los Municipios de régimen común o de los llamados **Municipios de gran población**. A su vez, **Madrid** (Ley 22/2006) y **Barcelona** (Ley 1/2006 y Ley catalana 22/1998) cuentan con regímenes específicos que introducen singularidades orgánicas; y **Ceuta** y **Melilla** se encuentran en una posición singular que se aborda en el comentario a la Disposición Transitoria Quinta.

BIBLIOGRAFÍA

AA. VV., «La reforma del régimen local», *Justicia Administrativa*, núm. extraordinario de 2000.

CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L. (Dir.), *La modernización del gobierno local. Estudios sobre la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas de Modernización del Gobierno Local*, Atelier, 2005.

- COSCULLUELA MONTANER, L., «El Concejo Abierto», REALA, n.º 234 (1987).
- COSCULLUELA MONTANER, L. (Dir.) y HERNANDO RYDINGS, M., *Crisis económica y reforma del Régimen Local*, Civitas, 2012.
- COSCULLUELA MONTANER, L., y CARBONELL PORRAS, E. (Dirs.), *Reformas estatutarias y régimen local*, Civitas, 2011.
- COSCULLUELA MONTANER, L. y MUÑOZ MACHADO, S., *Las elecciones locales*, Abella, Madrid, 1979; sólo del primero, *La reforma de las elecciones locales*, Abella, Madrid, 1983.
- FANLO LORAS, A., *Fundamentos constitucionales de la autonomía local*, Madrid, 1990.
- FONT I LLOVET, T., y GALÁN GALÁN, A., «Principio democrático, autonomía local, estabilidad presupuestaria y servicios públicos ¿hacia la cuadratura del círculo?», *Anuario del Gobierno Local*, 2015/2016.
- FUENTETAJA PASTOR, J. A., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C. (Dirs.), *Manual de Derecho Local*, Iustel, 2013.
- GARCÍA RETORTILLO, R., «La LRSAL ante el TC: la afectación a la autonomía local», *Anuario del Gobierno Local*, 2015/2016.
- GIMENO FELIÚ, J. M. (Coord.), *La organización local. Nuevos modelos*, Civitas, 2011.
- MEDINA ALCOZ, L., «La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas a la luz de las sentencias constitucionales sobre la reforma local de 2013», *Anuario del Gobierno Local*, 2015/2016.
- MORELL OCAÑA, L., *La Administración local*, Tecnos, Madrid 1984, y *El régimen local español*, Civitas, Madrid, 1988.
- MUÑOZ MACHADO, S. (Dir.), *Tratado de Derecho Municipal*, Civitas, Madrid, 3.ª ed. 2011.
- PARADA VÁZQUEZ, J. R., *La segunda descentralización: del Estado autonómico al municipal*, Thomson/Civitas, Madrid, 2007.
- PAREJO ALFONSO, L., *Garantía institucional y autonomías locales*, IEAL, Madrid, 1981.
- PIZARRO NEVADO, R., *Las entidades de ámbito territorial inferior al Municipio*, CEMCI, 2002.
- REBOLLO PUIG, M. (Dir.), e IZQUIERDO CARRASCO, M. (Coord.), *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local*, Tirant lo blanch, Valencia, 2007.
- RIVERO YSERN, J. L., *Manual de Derecho local*, Thomson/Civitas, 7.ª ed., Madrid, 2014.
- RUIZ OJEDA, A. (Coord.), *El gobierno local. Estudios en homenaje al Profesor Luis Morell Ocaña*, Iustel, 2010.
- SALAZAR BENÍTEZ, O., *El sistema de gobierno municipal*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

SÁNCHEZ MORÓN, M., *La autonomía local: antecedentes históricos y significado constitucional*, Civitas, 1989.

— «Observaciones sobre el régimen de organización de los Municipios de gran población», *Justicia Administrativa*, n.º 25 (2004).

SOSA WAGNER, F., *Manual de Derecho local*, Aranzadi, 9.^a ed. 2005.

TORRE MARTÍNEZ, L. de la, *El estatuto jurídico de los concejales no adscritos*, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2014.

VELASCO CABALLERO, F., «Juicio constitucional sobre la LRSAL: punto final», *Anuario de Derecho Municipal*, n.º 10 (2016)

Artículo 141

- 1. La provincia es una entidad local con personalidad jurídica propia, determinada por la agrupación de municipios y división territorial para el cumplimiento de las actividades del Estado. Cualquier alteración de los límites provinciales habrá de ser aprobada por las Cortes Generales mediante ley orgánica.*
- 2. El gobierno y la administración autónoma de las provincias estarán encomendados a Diputaciones u otras Corporaciones de carácter representativo.*
- 3. Se podrán crear agrupaciones de municipios diferentes de la provincia.*
- 4. En los archipiélagos, las islas tendrán además su administración propia en forma de Cabildos o Consejos.*

Sumario: I. Los diversos significados de la Provincia. II. La Provincia como entidad local. Su autonomía. 1. Caracteres constitucionales de la Provincia como ente local. 2. Indisponibilidad de la Provincia como ente local y garantía de su autonomía. 3. Autonomía de las Provincias. 4. Competencia garantizada a las Provincias. 5. Autonomía provincial en el ejercicio de sus competencias frente a control por otras Administraciones. 6. Autonomía provincial frente a la coordinación por otras Administraciones. 7. Autonomía provincial y titularidad de potestades. 8. Suficiencia financiera y potestad de gasto de las Provincias. 9. Protección jurisdiccional de la autonomía provincial. 10. Gobierno y administración de las Provincias. III. Comunidades uniprovinciales, Mancomunidades Interinsulares en Canarias, Territorios Históricos en el País Vasco y Veguerías en Cataluña. IV. Alteración de los límites provinciales. V. Agrupaciones de Municipios diferentes de la Provincia. VI. La administración propia de las islas en Baleares y Canarias.

MANUEL REBOLLO PUIG

CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO
UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA *

I. LOS DIVERSOS SIGNIFICADOS DE LA PROVINCIA

El art. 141.1 CE se refiere a dos vertientes de la Provincia: de una parte es «una **entidad local**»; de otra, «**división territorial para**

el cumplimiento de las actividades del Estado». Esta segunda es anterior en el tiempo y, puede decirse, germen de la primera. La división provincial de Javier de Burgos (Decreto de 30 de noviembre de 1833) es un hito fundamental. Respetando, a diferencia

* Proyecto DER2015-67695-C2-P (MINECO/FEDER, UE). Grupo de Investigación de la Junta de Andalucía SEJ-196.

de lo hecho en Francia con los departamentos, las divisiones históricas, estableció el mapa provincial español que, con variantes (la más relevante, la de 1927 de división de Canarias en dos Provincias), se mantiene. Hay así, desde 1927, cincuenta Provincias. Pero aquellas Provincias inicialmente eran solo las demarcaciones de la Administración periférica estatal, aunque, según épocas, con órganos representativos (Diputaciones) y con unas competencias relacionadas sobre todo con los Municipios. Solo bastante después (en gran medida en la Ley Provincial de 1870, y definitivamente en el Estatuto Provincial de 1925) se consagró como entidad local para la administración de los intereses peculiares de la Provincia. Desde entonces, la Provincia tiene ese doble carácter que ahora consagra el precepto comentado. Pero desde ahora mismo conviene añadir dos observaciones complementarias de signo contrario.

La primera es que la Provincia, en la misma Constitución, es más que eso. Es **circunscripción electoral para el Congreso y el Senado (arts. 68.2 y 69.2); y es la titular de la iniciativa para la constitución de Comunidades Autónomas** (art. 143.2), de modo, además, que las Comunidades Autónomas o se constituyen por «provincias limítrofes» o por una sola Provincia «con entidad regional histórica (art. 143.1) o por una provincia sin tales características [art. 144.a)]». No puede pensarse, por tanto, que la Provincia sea para la Constitución una entelequia artificial cuando le confiere tantas funciones. En la misma dirección, debe aclararse que en la mayoría de las Comunidades la Provincia es también la **circunscripción para elegir al Parlamento autonómico y para la organización de su Administración periférica**.

La segunda observación, en sentido contrario, es que la regionalización ha debilitado esas dos vertientes de la Provincia que plasma el art. 141.1 CE. El debilitamiento de la entidad local provincial se observará en los siguientes epígrafes. Ahora conviene notar

que incluso como división territorial del Estado ha perdido protagonismo en favor del ámbito regional. Se está hoy muy lejos de la Administración periférica del Estado provincial y departamental que existía cuando se aprobó la Constitución. Ya el art. 154 CE, al imponer la existencia de un delegado del Gobierno que «dirigirá la Administración del Estado en el territorio de la Comunidad Autónoma», apuntaba en esa dirección. Pero fue sobre todo la asunción por las Administraciones autonómicas de muchas de las tareas propias de la Administración periférica del Estado la que llevó a una notable reducción de sus órganos provinciales y a hacer conveniente reubicar buena parte de los subsistentes en la capital de cada Comunidad Autónoma. Desde luego, permanecen algunos servicios estatales de ámbito provincial, pero con relevancia menor que antes y teniendo como cúspide a un **Subdelegado del Gobierno** con bajo rango jerárquico. Buena parte de los servicios estatales que permanecen en el ámbito provincial ya no son departamentales, sino situados en esa modesta Subdelegación del Gobierno. Por lo que se refiere a la Administración de Justicia, la Provincia, con sus Audiencias, sigue desempeñando su papel en la planta judicial, aunque también aquí los Tribunales Superiores de Justicia tienen el ámbito territorial de las Comunidades Autónomas. La Provincia, así, sigue siendo «división territorial para el cumplimiento de las actividades del Estado», pero ya no es de ninguna forma la división por antonomasia ni la estructura esencial. Solo sigue siéndolo en las Comunidades Autónomas uniprovinciales. En general, hoy **la Administración periférica del Estado es regional, no provincial**. De estas previsiones sobre la Provincia escapan **Ceuta y Melilla**, ciudades que no son ni forman parte de ninguna Comunidad Autónoma ni son ni forman parte de ninguna Provincia, y en las que el Estado tiene una Administración periférica *sui generis* con unos específicos Delegados del Gobierno asimilados a los que existen en las Comunidades Autónomas.

II. LA PROVINCIA COMO ENTIDAD LOCAL. SU AUTONOMÍA

1. Caracteres constitucionales de la Provincia como ente local

Además de afirmar que es un ente local y que tiene personalidad jurídica propia, lo que es un elemento ineludible para que pueda hablarse de autonomía, dice el art. 141.1 que la Provincia está «**determinada por la agrupación de municipios**». El TC no ha conferido a esta afirmación especial significado: es una expresión —dijo en el FJ 6 de su STC 38/1983, de 16 de mayo— «en manera alguna original por cuanto fue ya utilizada en el Estatuto Provincial (de 1925) y en las Leyes de Régimen Local de 1955, Orgánica del Estado de 1967 y de Bases de Régimen Local de 1975, y que incluso puede entenderse como simple alusión a una base física, geográfica o territorial, expresión sustitutoria o equivalente a una descripción a una descripción jurídica, sin más alcance que el anotado». Ante ello, se ha defendido por parte de la mejor doctrina que esta afirmación constitucional no obsta al reconocimiento de la provincia como un ente territorial cuyo sustrato sea una verdadera colectividad de personas, no de otras Administraciones, a la que el ordenamiento reconoce coherencia e identidad social propia. La referencia a la agrupación de municipios, según esta construcción, no aludiría nada más que al hecho de que esa colectividad está fundada y fundamentada sobre una vinculación trabada entre distintos núcleos de población. Tal vez sea esta tesis la que mejor concuerda con el art. 137 CE, no solo porque allí aparecen las Provincias junto a los Municipios y las Comunidades Autónomas, sino porque se parte de la existencia de unos intereses específicamente provinciales. Pero aunque la Constitución permitiría una Provincia con esos caracteres, su configuración como agrupación de Municipios, unida a otros datos, también consiente y hasta propicia otra forma de concebirla que es la que mejor se acomoda a la legislación actual. Así, se presenta a la Provincia como una entidad local deriva-

da de los Municipios, como una Administración de Administraciones; y hasta quienes criticaron esa concepción antes de la Constitución aceptan que ahora refleja bien la naturaleza de la Provincia en la actual legislación. También el dato de que solo aparezca consagrado el carácter representativo de los Municipios y únicamente por derivación el de la Provincia abunda en esa línea, así como sobre todo la función que sigue correspondiendo a esta que es, ante todo, de asistencia o apoyo a los Municipios.

Sea como fuere, este ente local, igual que el Municipio, es ante todo y sobre todo una **Administración Pública**, no otra cosa. Ya lo dijo la STC 4/1981, de 2 de febrero, en FJ 3: «[...] municipios y provincias, dado su carácter de Administraciones Públicas»; y en el FJ 16. F) insistía: «[...] Administraciones públicas entre las que, obviamente, están comprendidas las Entidades locales». Importa enfatizarlo frente a quienes pretenden calificar a los entes locales, especialmente a los Municipios, como centros o sujetos políticos no propiamente administrativos y que hasta tendrían un sometimiento a la legalidad más laxo que la Administración y quedarían fuera del radio de acción del art. 149.1.18.ª CE. Nada hay en la Constitución —al contrario, todo aparece bajo la rúbrica «De la Administración local»— ni en los sistemas jurídicos similares al nuestro que auspicien tales elucubraciones, que, por lo demás, llevan a conclusiones erróneas. Ello, claro está, sin que su calificación como Administración reste un ápice a su significado político. Son además **Administraciones territoriales**, no ya porque lo diga el art. 4 LRBRL, sino porque solo eso es conforme con los arts. 137 y 141.1 CE. Esto comporta al menos que las Provincias han de tener las potestades administrativas superiores que expresan la supremacía general y que tienen una posición primaria en la galaxia de entes administrativos, de manera que a su alrededor pueden construirse y girar otros (entes institucionales), pero no al revés, porque nunca pueden aparecer como Administraciones dependientes de otra. Con todo, forzoso

es reconocer que los caracteres prototípicos de los entes territoriales se presentan mucho más marcadamente en los Municipios que en las Provincias.

2. Indisponibilidad de la Provincia como ente local y garantía de su autonomía

La Constitución, que no prejuergaba la generalización de las Comunidades Autónomas y que posibilitaba la existencia de agrupaciones de Municipios distintas de la Provincia, optó, sin embargo, por imponer la entidad local provincial. No de cualquier ente intermedio entre la Comunidad Autónoma y el Municipio, sino precisamente de la Provincia. En el Anteproyecto de Constitución solo se hablaba de «las provincias o, en su caso, las circunscripciones que los Estatutos de Autonomía establezcan mediante la agrupación de municipios». Pero al final consagró la Provincia como ente local; con posibles complementos, pero sin alternativas sustitutorias. Es cuestionable el acierto de imponer esta pieza cuando otras muchas esenciales de la organización territorial del Estado quedaban abiertas a la disponibilidad del legislador. Ahora, ya constituidas todas las Comunidades Autónomas y cuando varias de ellas han creado comarcas, aquella decisión constitucional plantea dificultades y polémicas políticas. El simple hecho de que sobre un mismo territorio y unos mismos ciudadanos puedan concurrir el Estado, la Comunidad Autónoma, la Provincia, la comarca o la isla y el Municipio parece excesivo y poco funcional. Además, aunque las Provincias tienen gran arraigo en muchas partes de España, hay otras en que es discutida. Por otro lado, son muy desiguales en extensión y sobre todo en población (desde alguna con menos de 100.000 habitantes hasta otras de más de 5.000.000). Pero, se acertara o no, desde el punto de vista jurídico la Constitución ofrece pocas dudas, y el TC, fiel a su letra y a la clara voluntad del constituyente, formalmente garantiza la existencia de la Provincia como ente local y su autonomía. Es referencia obli-

gada la STC 32/1981, de 28 de julio, en la que dijo que las posibilidades de reformas sobre la Provincia, que admite con amplitud, «no pueden llevar, sin embargo, a menos que la Constitución sea reformada, a una desaparición de la Provincia como entidad dotada de autonomía para la gestión de sus propios intereses». En su FJ 3 explica: «Los arts. 137 y 141 de nuestra Constitución contienen una inequívoca garantía de la autonomía provincial, pues la Provincia no es solo circunscripción electoral (arts. 68.2 y 69.2), entidad titular de la iniciativa para la constitución de Comunidades Autónomas (art. 143.1) o división territorial para el cumplimiento de las actividades del Estado (art. 141.1), sino también, y muy precisamente, «entidad local» (art. 141.1) que goza de autonomía para la gestión de sus intereses (art. 137)». En concreto, fue en ese mismo FJ 3 de esta misma STC donde, precisamente respecto a las Provincias, acogió por primera vez la idea de **garantía institucional** que confiere al legislador cierta libertad en la configuración de la Provincia pero también límites efectivos, aunque imprecisos: «[...] la configuración institucional concreta se defiere al legislador ordinario al que no se fija más límite que el del reducto indisponible o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza. Por definición, en consecuencia, la garantía institucional no asegura un contenido concreto [...] sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar. Dicha garantía es desconocida cuando la institución es limitada de tal modo que se le priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre [...]. En definitiva, la única interdicción claramente discernible es la ruptura clara y neta con esa imagen comúnmente aceptada de la institución».

3. Autonomía de las Provincias

Como en el caso de los Municipios, se trata de una **autonomía administrativa**, no propiamente de una autonomía política. Lo expresó la

STC de 28 de julio de 1981, FJ 3: «[...] la Constitución prefigura [...] una distribución vertical del poder público entre entidades de distinto nivel que son fundamentalmente el Estado, titular de la soberanía, las Comunidades autónomas, caracterizadas por la autonomía política, y las provincias y municipios, dotadas de *autonomía administrativa*». Y esa autonomía, como explicó la STC 4/1981, de 2 de febrero, FJ 3, «hace referencia a un poder limitado», pues «no es soberanía —y aún este poder tiene sus límites—, y dado que cada organización territorial dotada de autonomía es una parte del todo, en ningún caso el principio de autonomía puede oponerse al de unidad, sino que es precisamente dentro de este donde alcanza su verdadero sentido, como expresa el art. 2 de la Constitución». Además, dice el mismo FJ 3, «como una consecuencia del principio de unidad y de la supremacía del interés de la nación», esa autonomía no niega que «el Estado quede colocado en una posición de superioridad». Son ideas elementales y capitales que, sin embargo, parece conveniente recordar cuando hay quienes han desmesurado el significado y valor de la autonomía local y parecen dispuestos a hacer de ella —de la autonomía municipal, no de la provincial— la piedra angular de todo el sistema y un factor que erosione hasta la reserva de ley y el principio de legalidad. Naturalmente, que los entes locales tengan solo autonomía administrativa no va en desdoro de su significado y valor político, sino que solo los coloca adecuadamente en el conjunto del ordenamiento y mantiene el valor y función de la ley. En ese contexto de exageración de la autonomía local tampoco huelga recordar que tal autonomía no es un fin ni un valor en sí misma. Como bien pone de relieve el preámbulo de la CEAL, la autonomía local es solo un medio para fortalecer los principios democráticos y la participación ciudadana en la gestión de los asuntos públicos. Como tal medio al servicio de fines, no puede interpretarse nunca como un obstáculo para el logro de estos ni como un factor de digresión y disfunción del sistema.

Esa autonomía de las Provincias tiene que estar perfilada por la ley, que es tanto la que pue-

de atribuirles competencias como la que puede establecer límites de cualquier género: «Es la Ley [...] la que concreta el principio de autonomía de cada tipo de ente, de acuerdo con la Constitución» (STC de 2 de febrero de 1981). Pero no solo hay una **reserva de ley**. Además, ha de ser la **ley del Estado** la que en cierto grado configure la autonomía provincial. Así lo ha entendido siempre el TC. Por ejemplo, se lee en el FJ 3 de la STC 27/1987, de 27 de febrero: «Dado que a través de la garantía institucional de la autonomía local se configura un modelo de Estado (STC 32/1981, FJ 5.^o), corresponde a los órganos centrales de este la fijación de principios o criterios básicos de esta materia, de aplicación en todo el territorio estatal, y así se deduce de lo dispuesto en el art. 149.1.18 CE». Y ello repercute sobre los distintos aspectos sobre los que se proyecta la autonomía provincial. Queda así servido el llamado **carácter bifronte** (estatal y autonómico) de la legislación local, que naturalmente también afecta a la Provincia. Su más acabado reflejo es la existencia misma de la LRBRL y su regulación de la Provincia aceptada siempre por el TC. Nótese que esa competencia estatal es deducida de la Constitución, no de los Estatutos de Autonomía, de manera que no puede ser suprimido por los Estatutos sin incurrir en inconstitucionalidad. Esto quedó perfectamente reflejado en la STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 36: «... difícilmente puede afirmarse el fin del carácter bifronte del régimen local» que «ineludiblemente pervive en cuanto el ejercicio de las competencias autonómicas en materia de régimen local ha de ajustarse, necesariamente, a la competencia que sobre las bases de la misma corresponde al Estado *ex art. 149.1.18 CE...*».

Como antes se ha recordado, existe una tendencia a ensalzar y ampliar y, en algunas construcciones, hasta desorbitar el alcance de la autonomía municipal. Pero, pese a ello, se ha tratado de infravalorar y reducir la autonomía provincial, que no concita los mismos entusiasmos. Pero la **distinción entre autonomía municipal y provincial** tiene dificultades. No se salvan por el hecho de que el

art. 141 no contenga una proclamación de la autonomía, a diferencia del art. 140 CE, que comienza con ella respecto al Municipio. A fin de cuentas, el art. 137 CE parece más que suficiente. En el rango infraconstitucional, la CEAL no facilita tampoco la distinción y la LRBRLL presenta en muchos aspectos la autonomía municipal y provincial con los mismos rasgos y garantías. Destacable es su art. 1.2, que habla de «idéntica autonomía». Pero la misma idea de garantía institucional autoriza a hacer diferencias y adaptaciones: si tal garantía exige «la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar», forzoso es confesar que esa imagen de las Provincias no solo es distinta y menos fuerte que la de los Municipios, sino mucho más borrosa e imprecisa. Por ello se puede justificar que resulte más moldeable y que pueda tener un contenido menor. De otra parte, la Provincia está menos perfilada en el art. 141 CE que el Municipio en el art. 140. Ni siquiera se establecen los rasgos de su gobierno y administración. Y el hecho, ya aludido, de que aparezca como «agrupación de municipios» presta un nuevo apoyo. Así lo apuntó la STC 109/1998, de 21 de mayo, FJ 2: «[...] la provincia, en cuanto entidad local determinada por la agrupación de municipios (art. 141.1 CE)» tiene una autonomía «de rasgos y perfiles específicos respecto de la autonomía municipal» (lo reitera la STC 111/2016, FJ 9). De hecho, el TC ha considerado constitucionales límites a la autonomía provincial que seguramente no habría admitido si se tratara de los Municipios. Parece, a la postre, que la autonomía garantizada a las Provincias, no solo tiene perfiles distintos de la de los Municipios, sino que es de menor intensidad y amplitud. A partir de esa premisa, analicemos los elementos de esta autonomía.

4. Competencia garantizada a las Provincias

La garantía de la autonomía provincial se proyecta sobre las competencias. Pero a este res-

pecto, los frenos al legislador han sido modestos. Desde luego, como resultado de la garantía institucional no cabe un vaciamiento completo de las competencias provinciales que fue equiparado a la misma supresión de la Provincia como entidad local. Por eso la STC 32/1981 declaró inconstitucional una Ley autonómica que, aunque formalmente mantenía a las Provincias como entes locales, las dejaba desprovistas de competencias relevantes (solo las conservaban de estudio y propuesta) que eran transferidas a la Administración regional. La misma inconstitucionalidad procedería, como aclaraba el FJ 4 *in fine*, si, en vez de transferirse a la Comunidad Autónoma, se atribuyeran a otros entes locales intermedios: «[...] ni podría la lícita transferencia a las Comarcas u otras entidades territoriales de competencias hoy atribuidas a las Provincias llevarse hasta el extremo de vaciar totalmente a estas de sus actuales funciones como entes locales, vaciamiento que implica una infracción de los arts. 137, 141 y 142 de la Constitución [...]».

Pero, proscrito este vaciamiento total, la modesta garantía de las provincias sí **admite una reducción de sus competencias que puede llegar a suprimirlas todas menos las de apoyo a los Municipios**. Se expresa meridianamente en la STC 109/1998, de 21 de mayo, FJ 2: «[...] no toda incidencia en la esfera competencial de la entidad local debe reputarse lesiva de la mencionada garantía institucional, toda vez que esta no se concibe como una garantía absoluta que impida toda suerte de afectación de la esfera de competencias legalmente asignadas, sino únicamente aquellas que menoscaben o vulnere el núcleo esencial e indisponible de la autonomía provincial, sin el cual esta no presentaría los caracteres que la hacen reconocible como institución». Y se atreve a fijar ese núcleo irreductible de competencias provinciales:

«[...] cabe considerar como núcleo de su actividad el **apoyo a los municipios** radicados en su ámbito territorial [...]; actividad que se traduce en la

cooperación económica a la realización de las obras y servicios municipales, y que es llevada a la práctica a través del ejercicio de su capacidad financiera o de gasto público por parte del ente provincial. Es esa actuación cooperadora, pues, la que cabe identificar como el núcleo de la autonomía provincial, de tal manera que la ablación o menoscabo sustancial de dicho reducto indisponible han de reputarse lesivos de la autonomía provincial constitucionalmente garantizada.»

Solo ese mínimo de competencia, que realmente es exiguo, se considera garantizado por la Constitución a las Provincias. Mínimo que, además, se dice, «lejos de vulnerar la autonomía municipal, contribuye a facilitar su desarrollo efectivo, por lo que no pueden entenderse infringidos los arts. 137 y 140 CE» (STC 111/2016, FJ 11).

Pero aun esa competencia tan reducida puede dejar de ser decisoria para convertirse en un derecho a intervenir en decisiones ajenas. Esa idea según la cual la autonomía puede comportar solo un **derecho a intervenir o participar** en los asuntos que afecten al interés de la colectividad local la acogió el TC incluso para los Municipios: «[...] la autonomía local ha de ser entendida como un derecho de la comunidad local a participar, a través de órganos propios, en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen, graduándose la intensidad de esa participación en función de la relación entre intereses locales y supralocales dentro de tales asuntos o materias» (STC 32/1981, FJ 4). Y con tal punto de partida, aplicado a las Provincias, el TC acabó por admitir incluso la sustitución de los planes provinciales de obras y servicios —instrumento capital para ese apoyo provincial a los Municipios— por el «Plan Único de Cataluña» porque «el Parlamento catalán ha asegurado a las Diputaciones su intervención en la elaboración del Plan Único mediante la presencia en la Comisión de Cooperación Local de sus representantes [...] actuando así el le-

gisador autonómico en consonancia con el derecho de los entes locales a participar en los asuntos que les afecten inherente a la garantía institucional de la autonomía local...» (STC 109/1998, de 21 de mayo, FJ 7; a la que se remiten las SSTC 172 y 175/1998, de 23 de julio, sobre la misma Ley catalana). O sea, que «lo importante es participar», incluso respecto a lo que está en el núcleo de la única competencia provincial indisponible. La garantía llega aquí al mínimo del mínimo.

Seguramente tan magra garantía de las competencias provinciales responda a una postura comprensiva con el problema que suscita la pervivencia de la Provincia pese a la aparición de nuevos entes en la organización territorial. Era ya muy expresiva la STC de 28 de julio de 1981, FJ 3: «[...] cabe derivar de la Constitución razones que apuntan a la posibilidad de que estos intereses provinciales y las competencias que su gestión autónoma comporta, han de ser inflexionados para acomodar esta pieza de nuestra estructura jurídico-política a otras entidades autonómicas de nueva creación [...] Es lo cierto que si el poder público ha de distribuirse entre más entes que los anteriormente existentes, cada uno de estos ha de ver restringida lógicamente parte de la esfera de dicho poder que tenía atribuida. En definitiva, hay que efectuar una **redistribución de competencias** [...]»; y ello tanto por la creación de Comunidades Autónomas como, en su caso, de comarcas. Así que algunos de los intereses antes considerados provinciales «podrán ser configurados como intereses infraprovinciales y atribuirse su gestión a entidades de esta naturaleza; la defensa y cuidado de otros podrá ser atribuida a la Comunidad Autónoma en la que la provincia se encuentra [...]». O sea, dicho vulgarmente, que siendo más Administraciones, tocan a menos; y que en ese reparto entre más pueden perder mucho las Provincias. Y aunque esta misma STC de 1981 decía que «no cabe establecer *a priori* cuál es el límite constitucional de esta reestructuración de las autonomías locales», ya hemos visto que finalmente, en la STC 109/1998, sí se ha decidido

a fijar ese límite mínimo para las Provincias: que tengan competencias de «apoyo a los Municipios».

Aunque se entiendan las razones que han llevado al TC a asegurar solo tan enjuta competencia a las Provincias, hay que reconocer que hay otros factores que podrían inclinar por una competencia garantizada mayor. Para empezar, el art. 137 CE dice que las Provincias «gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses», lo que supone, por lo pronto, el reconocimiento de intereses provinciales que casi no se atisban si su única misión es el apoyo a los Municipios. Por su parte, el art. 3 CEAL habla, sin distinguir entre Municipios y Provincias, de conferirles «[...] una parte importante de los asuntos públicos [...]»; y según su art. 4.4, «las competencias encomendadas a las Entidades locales deben ser normalmente plenas y completas», de modo que la simple participación está pensada, no como un sustitutivo de sus competencias, sino como una forma de intervenir en las ajenas (art. 4.6).

Pero más allá de lo que se deduzca del art. 141 CE, la legislación estatal básica siempre ha conferido a las Provincias algo más que ese mínimo y ha tratado de frenar la erosión de las competencias provinciales pretendida por algunas Comunidades Autónomas. Y eso siempre ha sido aceptado por el TC, para el que precisamente una cierta determinación de las competencias provinciales es misión de la legislación básica, como ya dejó sentado la STC 76/1983, de 5 de agosto, FJ 19: «[...] la esfera competencial de las Diputaciones Provinciales, en cuanto garantiza su derecho constitucional a la autonomía, constituye un aspecto básico del régimen local, correspondiendo, por tanto, al Estado su regulación, sin perjuicio de las competencias que dentro del marco constitucional pueden atribuirles las Comunidades Autónomas al dictar su legislación de régimen local». Por tanto, «está al alcance del legislador básico disminuir o acrecentar las competencias (provinciales) hoy existentes» [dice el FJ 12.c) de la

STC 111/2016, con cita de otras]. Lo cierto es que ya había alguna atribución de competencias, aunque imprecisamente, en la redacción inicial del 36 LRBRLL; un poco más en la redacción que dio a ese precepto la reforma introducida por la Ley 57/2003; y más aún, y en algunos aspectos con mayor concreción, en la vigente introducida por la Ley 27/2013. Y todas esas ampliaciones de las competencias provinciales con carácter básico (incluidas las de prestación de servicios supramunicipales o supracomarciales y las de coordinación de municipios) han sido consideradas en general conformes a la Constitución por el TC al no ver en ellas ni invasión de las competencias legislativas autonómicas sobre Administración local ni vulneración de la autonomía municipal o, en su caso, comarcal. Así lo han hecho las SSTC 109/1998, de 21 de mayo, FJ 3; 103/2013, de 25 de abril, FJ 5.d); 161/2013, de 26 de septiembre, FF. JJ. 7 y 8; 111/2016, de 9 de junio, FF. JJ. 9 a 12; 168/2016, de 6 de octubre, FJ 5.b), y 101/2017, de 20 de julio, FF. JJ. 5.d) y 8. Solo en algún caso han hecho interpretaciones conformes o han declarado inconstitucional algún aspecto secundario. Pero lo esencial de esa legislación básica que ha aumentado las competencias provinciales se ha considerado constitucional y se ha reconocido que «una redefinición al alza de las competencias provinciales por parte del legislador básico estatal puede conllevar lógicamente una redefinición a la baja de las competencias municipales (...) compatible con la garantía constitucional de la autonomía municipal»; sin que a ello se oponga tampoco la autonomía de las comarcas, que no está «constitucionalmente garantizada en cuanto que la decisión sobre su propia existencia no depende de la Constitución sino de las Comunidades Autónomas» (STC 111/2016, de 9 de junio, FJ 9).

5. Autonomía provincial frente al control por otras Administraciones

El TC, en su impecable STC 4/1981, de 2 de febrero, declaró la compatibilidad de la auto-

nomía local garantizada constitucionalmente con la existencia de ciertos **controles de legalidad** (matizado esto por la STC 14/1981, de 29 de abril, en el sentido de que no bastaba la ilegalidad, sino además un exceso en el ejercicio de las competencias locales) y hasta con algunos **controles de oportunidad** si se establecen en función de intereses supralocales; allí se admitieron técnicas de control o **tutela** (autorizaciones, aprobaciones o suspensiones acordadas por otras Administraciones) que hacían condicionar la validez o la eficacia de actos locales; incluso para algún aspecto (presupuestos, imposición de tributos) admitió excepcionalmente recursos ante otras Administraciones. No solo es que los controles sean compatibles con la autonomía, sino hasta una exigencia de la unidad y de la superioridad de los intereses nacionales y autonómicos sobre los locales. Así es en todos los ordenamientos y así se desprende de la CEAL, que solo proclama una reserva de ley para las técnicas de control al decir que las decisiones de las autoridades locales en el ejercicio de sus competencias «no pueden ser puestas en tela de juicio ni limitadas por otra autoridad central o regional, más que dentro del ámbito de la ley» (art. 4.4).

Pero una vez aprobada la LRBRL, el TC entendió que esta Ley jugaba como canon de constitucionalidad de las leyes autonómicas, de manera que no cabía que estas previeran formas de control de las actuaciones locales distintas de las allí previstas. Además, en concreto, refiriéndolas a las de sus arts. 60, 61 y 65 a 67, y prescindiendo de las posibilidades que ofrecen otros preceptos de la propia LRBRL [por ejemplo, las de los arts. 51 y 52.2.a)]. Si acaso, ha salvado ciertas interferencias de las autoridades supralocales en las competencias locales cuando las considera, no propiamente medios de control sobre estas, sino expresión de concurrencia de competencias y de intereses. Es una jurisprudencia consolidada y aplicada rigurosamente, como se comprueba en las SSTC 213/1988, de 11 de noviembre (FF. JJ. 2 y 3); 259/1988, de 22 de diciembre (FJ 2); 214/1989, de 21 de

diciembre; 148/1991, de 4 de julio (FF. JJ. 5 y 6); 46/1992, de 2 de abril (FF. JJ. 2 y 3); 46/1992, de 2 de abril (FF. JJ. 2 y 3); 82/1993, de 8 de marzo; 36/1994, de 10 de febrero (FJ 7); 11/1999, de 11 de febrero (FF. JJ. 4 y 5); 159/2001, de 5 de julio (FF. JJ. 7 y 12); 51/2004, de 13 de abril (FJ 12); 57/2015, de 18 de marzo [FJ 16.b)]; 92/2015, de 14 de mayo [FJ 7.b)], y 154/2015, de 9 de julio (FF. JJ. 6 y 7). A todas las leyes autonómicas que prevén algún control que no encaje con los previstos en la LRBRL o con su concreto régimen (incluso respecto a los plazos) las considera incursas en inconstitucionalidad mediata. Por el contrario, ha declarado que la LRBRL no es canon de validez de otras leyes estatales [SSTC 6/2016, de 21 de enero, FJ 4.d); 95/2014, de 12 de junio, FJ 5; 240/2006, de 20 de julio]. Por tanto, otras leyes estatales sectoriales sí que pueden prever medios de control de las actuaciones locales que, respetando la autonomía constitucionalmente garantizada, no se ajusten a los de la LRBRL. Aunque toda esa jurisprudencia se refiere concretamente a la autonomía municipal, no se encuentra en principio justificación para no trasladarla por completo a la autonomía provincial.

Ahora, cuando ya se han manifestado las peores patologías a que conducen los excesos de la autonomía local, no es cuestión de propugnar una corrección de esa jurisprudencia constitucional, sino quizá de modificar esas bases estatales para abrir otras posibilidades de control autonómico o, en algún caso, estatal; o, incluso sin ello, introducir tales controles modificando ciertas leyes sectoriales (de suelo, de costas, de medio ambiente, etc.). Acaso podría verse un freno en la redacción de alguno de los nuevos Estatutos de Autonomía, que, acogiendo una visión maximalista de la autonomía local, parecen limitar la posibilidad de control. Pero el TC ha laminado la posibilidad de que los Estatutos de Autonomía puedan vincular al legislador estatal básico en materia de régimen local; por todas, STC 168/2016, de 6 de octubre, FJ 3.a): «... una norma estatutaria de régimen local no puede funcionar como límite al ejercicio de la

competencia constitucionalmente atribuida al Estado en esta materia».

6. Autonomía provincial frente a la coordinación por otras Administraciones

Los embates contra la autonomía provincial no han venido tanto de la instauración de medios de control por otras Administraciones como por la vía de los instrumentos de **coordinación**. Y ello porque se trata en algunos casos de una coordinación tan incisiva que ya parece otra cosa.

Seguro es que la autonomía ha de conciliarse con la coordinación, que, además, no comporta pérdida de las competencias de los coordinados, sino que, al contrario, la presupone. La autonomía admite incluso una coordinación no voluntaria en plano de igualdad entre los entes coordinados, sino impuesta en virtud de una potestad de coordinación de un ente sobre otro. Incluso admite el TC que las potestades de coordinación expresan la «posición de superioridad en que se encuentra el que coordina respecto al coordinado» y conllevan «un cierto poder de dirección» (STC 214/1989, FF. JJ. 18 y 20), de modo que permiten «establecer unilateralmente medidas armonizadoras destinadas a la más eficaz concertación de la actuación de todos los entes involucrados» (STC 109/1998, FJ 13). Pero, reconociendo que las potestades de coordinación son un límite a la autonomía, establece condiciones: han de estar previstas en la ley; no pueden situar al ente local en una situación de dependencia cuasi jerárquica; y «deben respetar un margen de libre decisión o de discrecionalidad en favor de las Administraciones sujetas a la misma, sin el cual no puede existir verdadera autonomía». En concreto, ha considerado facultades de coordinación vulneradoras de la autonomía provincial «la emanación de órdenes concretas que prefiguren exhaustivamente el contenido de la actividad del ente coordinado, agotando su propio ámbito de decisión autónoma» (FJ 6 de la

STC 27/1987, de 27 de febrero). Hasta aquí no hay ninguna peculiaridad. Además, la LRBRL contiene previsiones sobre coordinación en sus arts. 7.2, 10.2 y, sobre todo, 59; y hay incluso una específica regla en su art. 36.2.a) para una de las actuaciones más importantes de las Provincias, la de los planes de cooperación a las obras y servicios: «[...] la Comunidad Autónoma asegura, en su territorio, la coordinación de los diversos planes provinciales...». Los mismos Estatutos de Autonomía contienen preceptos que ofrecen una específica justificación a la coordinación autonómica sobre las Provincias.

Pero dicho todo esto, lo cierto es que se han aprobado algunas leyes autonómicas que, con la justificación y ropaje de la coordinación autonómica de las actividades de las Provincias, han establecido mecanismos severamente restrictivos de la autonomía de estas que el TC ha salvado. Así se vio primeramente en la STC 27/1987, de 27 de febrero, que enjuició una ley valenciana. Entre otras cosas se aceptó en su FJ 8 que la Administración autonómica formule «reparos» a los proyectos de presupuestos provinciales si «se aducen en razón del posible incumplimiento de las directrices de coordinación» y si constituyen «una simple advertencia previa de posible ilegalidad» cuyo desconocimiento no suponga de por sí la nulidad de los presupuestos provinciales, aunque sí la pérdida de transferencias e ingresos. También consintió requerimientos para que la Diputación se adecue a las decisiones de coordinación pero sin que conlleven la suspensión del acuerdo provincial, pues eso no lo permite la LRBRL, ni siquiera su art. 59.2, con la finalidad de coordinación (FJ 9). Y con esta sentencia algunas Comunidades Autónomas emprendieron la senda que abrió la valenciana. Tal vez ninguna de estas técnicas es contraria a la autonomía provincial; pero sumadas se puede llegar a un resultado que, en conjunto, deje en poca cosa la autonomía provincial. Un conjunto así, seguramente, no sería aceptado para los Municipios. También en esta vertiente la autonomía provincial parece más endeble que la municipal.

7. Autonomía provincial y titularidad de potestades

La autonomía administrativa requiere que el ente tenga las potestades administrativas superiores. Lo expresó con acierto la STC 32/1981, FJ 4. Después de referirse a la autonomía como derecho a participar en el gobierno y administración de cuanto atañe a la comunidad local, dice: «Para el ejercicio de esa participación en el gobierno y administración en cuanto las atañe, los órganos representativos de la comunidad local han de estar dotados de las **potestades** sin las que ninguna actuación autónoma es posible». Desde este punto de vista se plantean pocos problemas para la Provincia. Su configuración como ente territorial en la LRRL arrastra la atribución de todas esas potestades (art. 4). En concreto, respecto a la Provincia no se han planteado los problemas sobre la amplitud de la **potestad reglamentaria** que sí han suscitado gran controversia en el ámbito municipal y respecto de la que se han defendido con cierto éxito posturas maximalistas que pretenden hacer de los reglamentos municipales casi leyes. No es pertinente profundizar aquí en la crítica a tales posturas que han sacralizado la autonomía local y colocado por encima de principios superiores a los que más bien debería servir, pues nada de ello ha salpicado realmente a las Provincias. Respecto a estas, por el contrario, conviene hacer referencia a su potestad de gasto, que sí ha sido objeto de especial atención por el TC en relación con las Provincias.

8. Suficiencia financiera y potestad de gasto de las Provincias

La «autonomía de que gozan los entes locales, en lo que al ámbito económico se refiere, tiene dos vertientes: la de los ingresos y la de los gastos».

Respecto a los ingresos, la Constitución no garantiza la «autonomía financiera»; lo que su art. 142 proclama es la «**suficiencia**» de sus

medios [SSTC 4/1981, de 2 de febrero, FJ 15. A); 96/1990, de 24 de mayo, FJ 7; 179/1985, de 19 de diciembre, FJ 3; 166/1998, de 15 de julio, FJ 10; 48/2004, de 25 de marzo, FJ 10; entre otras], suficiencia que sí forma parte de la autonomía garantizada, pues es necesaria para posibilitarla realmente (SSTC 331/1993, de 12 de noviembre, FJ 2; 96/1990, de 24 de mayo, FJ 7; 237/1992, de 15 de diciembre, FJ 6) y que debe asegurar el Estado de acuerdo con el art. 149.1.14.ª CE (STC 48/2004, de 25 de marzo, FJ 10).

Pero lo que ahora importa es la autonomía provincial «en la vertiente del gasto público, entendiéndose por tal la capacidad genérica de determinar y ordenar, bajo la propia responsabilidad, los gastos necesarios para el ejercicio de las competencias conferidas». Así lo declaró, entre otras, la STC 109/1998, de 21 de mayo, FJ 10. Por ello, continuaba, «la **facultad de aprobar los presupuestos** es, ciertamente, como venimos indicando desde la STC 32/1981, «una potestad decisoria fundamental sin la que no cabe hablar de autonomía» y cuya privación, por consiguiente, «ha de considerarse contraria a la Constitución» (FJ 8; en términos similares, STC 27/1987, FJ 7). Dando un paso más, en la STC 237/1992 se profundizó en el alcance de la autonomía de gasto de las Corporaciones Locales, considerando aplicable en lo esencial la doctrina inicialmente vertida en torno a las Comunidades Autónomas, según la cual la misma entraña, en línea de principio, la plena disponibilidad de sus ingresos, sin condicionamientos indebidos y en toda su extensión, para poder ejercer las competencias propias». Ni siquiera la coordinación puede significar, dice el FJ 7 de la STC 27/1987, de 27 de febrero, que «se prive a las Diputaciones Provinciales de la potestad de elaborar y aprobar sus presupuestos bajo su exclusiva responsabilidad, ya que esta es una potestad decisoria fundamental, sin la que no cabe hablar de autonomía». Pero tras estas declaraciones tan enfáticas, se introduce una matización capital: todo ello en el bien entendido de que «esa libertad para establecer el plan de ingresos y

gastos, en definitiva el presupuesto, no se establece constitucionalmente con carácter absoluto» (STC 237/1992). Concretamente para las Provincias, la STC 109/1998, de 21 de mayo, FJ 10, dice:

«El ámbito sobre el que se proyecta la autonomía de gasto provincial no ha de concebirse como una esfera total y absolutamente resistente a cualquier mínima incidencia o afectación proveniente de otros niveles de gobierno. Tal y como antes señalamos respecto de la garantía institucional de la autonomía local, y ahora debemos lógicamente repetir en su concreta vertiente financiera, lo que la Constitución veda de una forma terminante y sin excepciones no es sino el menoscabo del núcleo esencial o reducto indisponible de la institución. [...] En consecuencia, la autonomía financiera, en la vertiente del gasto, [...] puede ser restringida por el Estado y las Comunidades Autónomas dentro de los límites establecidos en el bloque de la constitucionalidad.»

A partir de esa matización, la cuestión está en determinar hasta qué punto puede constreñirse por las leyes esa libertad de las Provincias para decidir sus gastos. Y lo cierto es que se han aprobado drásticas limitaciones que el TC solo ha aceptado parcialmente:

— La STC 109/1998 (a la que se remiten las SSTC 172 y 175/1998, de 23 de julio) se enfrentó con una legislación autonómica que imponía a las Diputaciones las cantidades mínimas que debían dedicar a financiar el Plan Único de Obras y Servicios de Cataluña con el que se sustituye a los Planes provinciales y cómo debían actualizarse. Se consideró que la restricción enjuiciada era proporcionada y lícita, sobre todo porque el montante se calculaba partiendo de lo dedicado libremente en el trienio anterior por las respectivas Diputaciones y porque no era ese el único cauce para que las Diputaciones ejercieran su competencia de cooperación.

— La misma STC 109/1998 sí anuló los preceptos que dificultaban que, al margen de su contribución al Plan Único, las Diputaciones pudieran cooperar económicamente con los municipios. Lo más significativo es este pasaje de su FJ 13: «[...] de aceptarse la obligación de encauzar a través del Plan Único, no solo el conjunto de las inversiones en obras y servicios municipales, sino toda suerte de manifestación de la cooperación económica con los municipios, no subsistiría en este ámbito competencial ninguna auténtica capacidad decisoria de las Provincias merecedora de tal nombre. A partir de esta configuración, en efecto, difícilmente podría mantenerse que dicha competencia de cooperación económica, reconocida en el art. 36.1.b) LRBRRL, continúa siendo una competencia propia de las Diputaciones, entendiéndose por tal la que es desempeñada por su titular bajo un régimen de autorresponsabilidad».

— La STC 48/2004, de 25 de marzo, declaró inconstitucionales los preceptos de unas leyes catalanas que obligaban a las Diputaciones a destinar determinados porcentajes de sus presupuestos a la Generalidad para financiar la sanidad y los servicios sociales, y ello pese a que se trataba de sufragar actividades que antes correspondían a las Provincias y que habían sido transferidas a la Administración Autonómica y a las comarcas. Dice el FJ 11: «[...] la citada detracción forzosa de fondos provinciales no solo limita directamente la plena disponibilidad de sus ingresos, mermándolos, por parte de las Diputaciones provinciales catalanas [...] sino que, al imponer a las citadas corporaciones provinciales la transferencia anual de un porcentaje actualizable de sus ingresos a favor de la Comunidad Autónoma, condiciona, al mismo tiempo, indirectamente, la capacidad de aquellas de decidir libremente sobre el destino de sus recursos o ingresos». La situación, sin embargo, es compleja: de un lado se admite privar a las provincias de sus competencias tradicionales y que sean asumidas por otras Administraciones; pero, de otro, no se permite imponer que los ingresos con los que se financiaban aque-

llas competencias se transfieran a las Administraciones que ahora tendrán que ejercerlas. En ese contexto el legislador autonómico encuentra un freno al desapoderamiento de competencias de las Provincias, máxime teniendo en cuenta que estas se nutren por el Estado, no por las Comunidades Autónomas.

9. Protección jurisdiccional de la autonomía provincial

Es habitual identificar como elemento de la autonomía el que su titular tenga medios de reacción jurisdiccional frente a las vulneraciones (así, art. 11 CEAL). Nunca han tenido problemas los entes locales en España cuando las vulneraciones proceden de otras Administraciones y menos los tienen ahora cuando el art. 19.1.e) LJCA les confiere legitimación para ello. Las dificultades se producían cuando el ataque a la autonomía provenía de normas con rango de ley. El art. 119 LRBRL solo pudo idear un medio indirecto por el que remotamente podían excitar la actuación de los legitimados para interponer recursos de inconstitucionalidad. Realmente solo la cuestión de inconstitucionalidad ofrecía una vía. Pero todo ello quedó superado al reformarse en 1999 la LOTC con la introducción del «conflicto en defensa de la autonomía local». Lo único que aquí interesa reseñar es que las Provincias tienen a este respecto un tratamiento similar al de los Municipios (art. 75 ter.1 LOTC).

10. Gobierno y administración de las Provincias

El art. 141.2 deja muchos aspectos abiertos en cuanto al gobierno y administración de las Provincias como entes locales. Debe notarse en primer lugar que establece una alternativa en plano de igualdad entre «**Diputaciones u otras Corporaciones de carácter representativo**». No se trata de una regla general y unas excepciones. Obsérvese en segundo lugar que tampoco impone un único modelo al-

ternativo, sino que pueden coexistir diferentes géneros de corporaciones representativas de las Provincias. Y añádase por último que su alusión a las Diputaciones tampoco alcanza gran significado, pues ni el precepto da ninguna indicación sobre sus órganos principales o sobre su forma de elección (aquí la diferencia con el art. 140 es notoria) ni, pese a una cierta tradición, la Diputación ofrece unos perfiles nítidos. Hablar de una «imagen que dé la Diputación en la conciencia social» resulta incluso risible. A cambio, sí puede afirmarse que la alusión a «corporación de carácter representativo», carácter que también han de tener las Diputaciones según se desprende del art. 141.2, sí alcanza algún significado que remite a la idea de autogobierno y autoselección de sus órganos principales. Una Corporación, tipo de persona jurídica opuesto a la institución, tiene como elemento fundamental a sus miembros, que son los que realmente la componen y los que determinan su voluntad. Pero hasta desde este punto de vista tal Corporación provincial queda poco dibujada en la Constitución, que bien admite que se trate de una corporación de los vecinos de los Municipios o de una corporación de los Municipios mismos. Volvemos así a topar con la duda antes expuesta sobre la naturaleza de la Provincia misma. Y lo cierto es que ello repercute hasta en la forma de elegir a sus órganos que admite al menos dos grandes posibilidades.

Respecto a la organización de las Diputaciones y elección de sus miembros, como reconoció la STC 38/1983, de 16 de mayo, FJ 6, «el texto constitucional nada disciplina al respecto» y confiere, dice, una «discrecionalidad política». Es la LRBRL la que establece los **órganos necesarios** de las Diputaciones (Pleno, Presidente, Vicepresidentes, Junta de Gobierno, comisiones informativas o similares), sus competencias y el ámbito de la **potestad de autoorganización** y de la legislación autonómica (arts. 32 a 35). Pero es la LOREG la que regula la **elección de los Diputados provinciales y del Presidente** (arts. 202 a 209) mediante un sistema comple-

jo en el que no son los ciudadanos ni los Municipios de la Provincia quienes deciden. Benévola puede ser considerada una elección de segundo grado; pero es una elección que dominan los partidos políticos y coaliciones utilizando como referencia una demarcación tan convencional como los partidos judiciales y en el que el voto popular solo aparece como remota legitimación. Tal sistema no se opone a la Constitución (como dejó claro la citada STC 38/1983, FJ 7), pero es de discutible acierto y dificulta el conferir más importancia a las Diputaciones. La STC 111/2016, de 9 de junio, FJ 9, no solo reitera que el sistema establecido por la LOREG «es uno de los constitucionalmente posibles», sino que trata de hacer frente a las objeciones que se han alzado contra «las reformas tendientes a reforzar el papel institucional de las diputaciones», precisamente basadas en su endeble sistema electivo. En cualquier caso, no respeta lo establecido en el art. 3.2 CEAL, bien es verdad que España hizo reserva frente a este precepto en cuanto a su aplicación a todas las entidades locales.

También la autonomía juega como garantía del gobierno de las entidades locales frente a las intromisiones de otras Administraciones, en especial frente a la **disolución o suspensión de los órganos provinciales**, como ya puso de manifiesto la STC 4/1981, de 2 de febrero, y ello exactamente en los mismos términos que para los órganos municipales, por lo que nos remitimos en este punto a lo dicho en el comentario al art. 140 CE.

III. COMUNIDADES UNIPROVINCIALES, MANCOMUNIDADES INTERINSULARES EN CANARIAS, TERRITORIOS HISTÓRICOS EN EL PAÍS VASCO Y VEGUERÍAS EN CATALUÑA

Aludiremos ahora a distintos supuestos que afectan a gran parte de España en los que la Provincia sufre variaciones respecto al modelo general, variaciones que podrían considerarse

expresión de la alternativa del art. 141.2 CE («Diputaciones u otras Corporaciones»), pero que en más de un caso parece que superan ese marco y que cuestionan la pervivencia de la Provincia como ente local.

En las **Comunidades Autónomas uniprovinciales** subsiste la Provincia con todas las funciones previstas en la Constitución; incluso es en ellas donde sigue siendo más cierto que la Provincia en la división territorial para el cumplimiento de las actividades del Estado. Pero en cuanto ente local solo sobrevive virtualmente, oculto tras la Comunidad Autónoma. Al menos, esa es la explicación acogida por el TC, por los Estatutos y por las leyes ordinarias. Así, según la STC 32/1981, de 28 de julio, FJ 3, en estas Comunidades la Provincia, no solo subsiste, sino que resulta «potenciada [...] asumiendo así un superior nivel de autonomía y estando en este caso confiado su gobierno y administración a la Comunidad, tal y como permite el art. 141.2 de la Constitución». Eso se consagró también en los Estatutos de Autonomía. Dice así, por ejemplo, el de Cantabria en su art. 32: «La Comunidad Autónoma de Cantabria asume desde su constitución todas las competencias, medios y recursos que según las Leyes correspondan a la Diputación Provincial de Santander. Los órganos de representación y gobierno de la Diputación Provincial establecidos por la legislación de régimen local quedan sustituidos en la provincia de Santander por los propios de la Comunidad Autónoma...». Y ello se completa en la disposición transitoria tercera: «A la entrada en vigor del presente Estatuto, la Diputación Provincial de Santander quedará integrada en la Comunidad Autónoma en los términos dispuestos en el art. 31 del presente Estatuto». Para el legislador estatal (art. 9 LPAut, cuya constitucionalidad admitió la STC 76/1983, de 5 de agosto, como legislación básica) desaparece la Diputación Provincial, pero no propiamente la Provincia como ente local. La Comunidad Autónoma es la heredera universal de la Provincia (art. 40 LRBRL), pero con la singularidad de que hereda hasta su personalidad

y espíritu en una especie de reencarnación paranormal. Así, puede decirse que no desaparece la Provincia por absorción de la Comunidad Autónoma, sino que hay una especie de yuxtaposición. Acaso sea este un planteamiento en exceso formalista (de hecho, no faltan autores incrédulos que afirman lisamente que en las Comunidades uniprovinciales la Provincia como ente local ha desaparecido), pero salva el imperativo del art. 141.1 CE de existencia de la Provincia como entidad local y desplaza la cuestión al plano más llevadero de la sustitución de la Diputación por otro sistema de gobierno y administración, lo que se relaciona con el art. 141.2 CE. Es lo que expresamente dispone el art. 9.2 LPAut: «Las Comunidades Autónomas uniprovinciales tendrán además el carácter de Corporación representativa a que se refiere el art. 141.2 CE». Ahora bien, forzoso es reconocer que hasta en este más modesto plano es problemático asimilar una Comunidad Autónoma a una Corporación de carácter representativo, entre otras cosas porque en ellas, como en el Estado, la representación se localiza en su Parlamento, no en su Administración. Pese a las singularidades de **Navarra**, en cuanto a esta cuestión se ha desarrollado en los mismos términos (disp. final 3.^a LORAFNA). Alguna peculiaridad presenta **Baleares**, pues allí las competencias de la Diputación pasan, no a la Comunidad, sino a los Consejos Insulares, como está previsto en su Estatuto de 2007 y en la legislación estatal (arts. 40 y 41.3 LRBRIL, 10.2 LPAut), lo que supone una dificultad añadida a la cuasi mitológica pervivencia de la entidad local provincial.

Peculiar es el caso de las Provincias vascas o **Territorios Históricos**, peculiaridad que parte de la disposición adicional primera de la Constitución, se plasma en el Estatuto vasco [arts. 3, 24.2 y 37.3.a)] y se refleja en la legislación estatal (art. 11 LPAut y art. 39 y, sobre todo, disposición adicional 2.^a LRBRIL). De acuerdo con ello, cada una de las Provincias vascas constituye un Territorio Histórico con una organización singular. El Estatuto elude

incluso la denominación de Provincia. Podría decirse entonces que se acomoda perfectamente a la previsión del art. 141.1, puesto que la Provincia subsiste, y que sus singularidades encajan en las previsiones del ap. 2 del mismo art. 141, en tanto que lo que cambia es que su gobierno y administración no está confiado a una Diputación ordinaria. Pero hay algo más, porque estos Territorios Históricos no son esencialmente una pura entidad local ni están determinados por la agrupación de Municipios. En ellos, las Juntas Generales, similares en muchos aspectos a una cámara parlamentaria, son elegidas según un régimen electoral propio, en el que son electores directos los ciudadanos. Son esas Juntas Generales las que eligen al correspondiente Diputado General, que nombra a los demás miembros de la Diputación Foral, semejante a un Gobierno. Hasta tal punto que se ha llegado a decir que los Territorios Históricos se parecen, más que a las Provincias, a las Comunidades Autónomas uniprovinciales. Al menos sí que cabe afirmar que son más que Administraciones Locales. La adecuación a la CE de este modelo no es cuestionable, dada su disposición adicional 1.^a Pero es más arriesgado decir que se trata de un modelo que encaje en alguna de las previsiones del art. 141 CE.

Entre los casos en que se ha optado por una fórmula distinta de la Diputación está el de las dos **Provincias canarias**, en las que, ya desde 1925, se sustituyó la Diputación por una Mancomunidad Provincial Interinsular (después dos, al dividirse el Archipiélago en dos Provincias). El constituyente tuvo sin duda en cuenta este precedente al contemplar la opción de las Corporaciones representativas distintas de las Diputaciones y, desde luego, el art. 141.2 CE daba cobertura a esta fórmula. Pero el Estatuto de Canarias previó la simple y pura desaparición de tales Mancomunidades (disp. trans. 6.^a). Frente a esta previsión, tan difícil de acomodar a la Constitución, el art. 41.2 LRBRIL impuso la pervivencia de estas entidades provinciales, si bien con un carácter singular: «En el Archipiélago Canario subsisten las Mancomunidades Provin-

ciales Interinsulares exclusivamente como órganos de representación y expresión de los intereses provinciales. Integran dichos órganos los Presidentes de los Cabildos insulares de las Provincias correspondientes...». Así, quizá se pueda mantener que pervive la Provincia como entidad local en Canarias. Pero resulta aún más dudoso que estas Mancomunidades actuales puedan considerarse una de las Corporaciones alternativas a las Diputaciones a que se refiere el art. 141.2 CE, porque no tienen encomendadas funciones que puedan ser consideradas de gobierno y administración de las Provincias. Ni siquiera tienen hacienda propia ni aprueban presupuestos. Cuando el art. 41.2 LRBRRL dice que «subsisten [...] exclusivamente como órganos de representación y expresión de intereses provinciales», parece que quiere excluir ese gobierno y administración que, en efecto, no le confiere la legislación autonómica. Además, el mismo art. 41.1 dispone que las competencias que la misma Ley atribuye a las Diputaciones, corresponderán en Canarias a los Cabildos. En suma, es difícil encontrar en el art. 141 CE encaje para la suerte que ha corrido el ente local provincial en Canarias.

Difícil es la situación de la Provincia en Cataluña. El Estatuto de 2006 no habla de las Provincias y en su lugar se ocupa de las **veguerías** (arts. 83.1, 90 y 91). Pudiera pensarse que las veguerías están allí configuradas como la Provincia en Cataluña y que los Consejos de veguería, de los que se dice que «sustituyen a las Diputaciones» (art. 91.3 EAC), son una de esas «otras Corporaciones de carácter representativo» de que habla el art. 141.2 CE. Así lo entendió el Consejo Consultivo de la Generalidad: «... los preceptos (...) que examinamos no vulneran la garantía institucional del ente provincial, en tanto que se limitan a modificar el nombre del ente provincial (que en Cataluña pasará a denominarse veguería) respetando en los otros aspectos, que son los sustanciales, los elementos identificadores del ente provincial». Es también lo que entendieron todas las partes en el proceso contra el *Estatut* que terminó con la STC 31/2010, de 28 de junio, como se

recoge en sus antecedentes y en su FJ 39. Y es también lo que concuerda con la Ley catalana 30/2010, de 3 de agosto, de veguerías, que ya en su preámbulo dice estar «en el marco de lo establecido en el art. 141.2 de la Constitución». Sin embargo, como la regulación estatutaria interpretada así se ajustaba mal al art. 141.2 CE, la STC 31/2010, FJ 40, con un esfuerzo denodado por salvar a toda costa su constitucionalidad, optó por entender que la veguería en el EAC es «una entidad local distinta de la Provincia, con la que convive en el respeto a su autonomía garantizada por la Constitución». Según esta acrobática interpretación, la veguería no es la Provincia ni los Consejos de veguería son de esas «Corporaciones de carácter representativo» que pueden sustituir a las Diputaciones según el art. 141.2 CE. Pero lo cierto es que el art. 91.3 del EAC dice que «los Consejos de veguería sustituyen a las Diputaciones» y que la Ley catalana 30/2010, con su previsión de siete veguerías, deja pocas dudas al respecto aunque se combine con fórmulas ingeniosas sobre la futura modificación estatal de los límites provinciales por decisión de las Cortes. Lo cierto es que estas previsiones de la veguería como entidad local (otra cosa es su utilización como simple demarcación para la organización de los servicios periféricos de la Generalidad, que no plantea problema) han quedado en estado latente y que hoy por hoy subsisten las cuatro Diputaciones Provinciales catalanas.

IV. ALTERACIÓN DE LOS LÍMITES PROVINCIALES

El art. 141.1 *in fine* CE exige que la alteración de los límites provinciales sea «aprobada por las Cortes Generales mediante ley orgánica». Así que la Constitución da por buena la división en cincuenta Provincias existente en 1978 (fruto del Real Decreto de 30 de noviembre de 1883 y del Real Decreto-Ley de 21 de septiembre de 1927).

La competencia exclusiva del Estado para modificar los límites provinciales es indiscuti-

ble, y obedece a una lógica aplastante. Si la STC 4/1981, FJ 9, hablando de la alteración de nombre y capitalidad de los Municipios, dijo que «[...] la concepción del Estado como organización compleja [...] permite sostener que el cambio de aspectos relevantes de una de las partes que lo constituyen no es indiferente y —de alguna manera— puede afectar a las demás», en el caso de las Provincias esto es evidente, no ya solo como ente local, sino sobre todo por ser la demarcación para las actividades del Estado y la circunscripción electoral por antonomasia. Pues téngase en cuenta que no cabe una modificación del mapa provincial que afectase a una sola de esas funciones: no cabe, en particular, modificar la Provincia a los efectos de su consideración como ente local y dejar incólume la demarcación anterior a los demás efectos. Seguramente su función como circunscripción electoral fue lo que llevó a exigir una ley orgánica.

Tal función no la pueden cubrir los Estatutos de Autonomía, pese a aprobarse como leyes orgánicas. Cosa distinta es que los Estatutos hagan algunas previsiones específicas a este respecto que completen, sin alterarla, la exigencia constitucional, máxime si la alteración provincial afecta a la misma delimitación territorial de la Comunidad Autónoma. Es el caso del art. 10 del Estatuto aragonés, del art. 8 del vasco y de la disposición transitoria 3.^a del castellano-leonés. Esto sí lo aceptó la STC 99/1986, de 11 de julio, respecto a previsión similar que se contenía en el primer Estatuto de Castilla y León. La exigencia de ley orgánica ha llevado, incluso, a que queden excluidas de las reglas normales las alteraciones de términos municipales que puedan suponer modificación de los límites provinciales (art. 13.1 LRBRL). Debe tenerse en cuenta, además, que el art. 5 CEAL exige que las colectividades locales sean consultadas previamente a cualquier modificación de sus límites territoriales. Pero es claro que ello no significa que su voluntad sea determinante. Si acaso, lo que podría estar en manos de las propias Provincias es la creación de Mancomunidades pro-

vinciales, cuya constitucionalidad admitió la STC 4/1981 en su FJ 17, aunque ahora tal posibilidad no es recogida por la LRBRL. Diferente es el simple cambio de denominación o de capitalidad de las Provincias: también ello es competencia del Estado, pero basta ley ordinaria (art. 25.2 TRRL).

Ya ha habido algún caso de ley orgánica modificativa de los límites provinciales (LO 15/1995, de 27 de diciembre). Pero no se ha producido, y el precepto constitucional también lo permite, la fusión de Provincias e incluso convertir lo que hoy son Comunidades pluriprovinciales en uniprovinciales. Los problemas políticos que esto suscita son de alcance, dado que, como antes se ha dicho, comportaría la desaparición de la Provincia a todos los efectos. Aquí bástenos destacar que esta posibilidad de supresión de alguna Provincia pone de relieve que se garantiza la institución de la Provincia, pero no de cada una de las Provincias y sus límites, no el mapa provincial existente.

V. AGRUPACIONES DE MUNICIPIOS DIFERENTES DE LA PROVINCIA

El lacónico art. 141.3 CE debe ser puesto en relación con el art. 152.3 de la misma Constitución, que, aunque no es mucho más expresivo, sí que ofrece algunos datos complementarios capitales. Por ello será con ocasión del análisis del art. 152.3 CE cuando estudiemos conjuntamente este otro precepto.

VI. LA ADMINISTRACIÓN PROPIA DE LAS ISLAS EN BALEARES Y CANARIAS

Lo único que impone la Constitución en su art. 141.4 es que las islas de los archipiélagos balear y canario tengan una administración propia y que adopte la «forma» de «Cabildos o Consejos». Es obvio que «la isla no sustituye a la Provincia en dichos archipiélagos» y que los Cabildos o Consejos no son «trasunto

de las Diputaciones provinciales sino (...) entes específicos por expresa voluntad del poder constituyente plasmada en el art. 141.4 CE». Así lo dice la STC 132/2012, de 19 de junio, en su FJ 3, que añadió, ya más discutiblemente, que «la garantía constitucional de la autonomía local alcanza a las islas en los archipiélagos balear y canario» y que «en su calidad de entidades locales territoriales (...) son titulares de la autonomía local reconocida por los arts. 137 y 140 CE» (*sic*). Ello sin perjuicio de que puedan ser al mismo tiempo instituciones de la Administración de la Comunidad Autónoma si así lo deciden sus normas (como lo han hecho), siempre que ello «no suponga detrimento de su naturaleza de Administración local de cada isla (...) ni merma de su autonomía para la gestión de los intereses propios...». Aquí solo nos interesa la isla como entidad local, aunque a muchos efectos (en especial, el de su propia organización interna) es inseparable de su papel como institución autonómica.

Aunque el TC extienda la garantía constitucional a la autonomía de las islas, cabe sostener, puesto que nada dicen ni el art. 137 ni el 141.4 CE, que no tiene idénticos caracteres y fuerza a la de Municipios y Provincias. Otra cosa es que los respectivos Estatutos de Canarias y de Baleares sí hayan conferido una autonomía similar o igual, que la LRBRL las equipare en los aspectos más trascendentales (arts. 1.2, 2, 3.1, etc.) y que hasta la LOTC les permita la defensa de su autonomía frente a las normas con rango de ley (disp. adic. 3.^a). Sobre todo hay que destacar que el art. 1.2 LRBRL establece que las islas gozan de «idéntica autonomía» a los Municipios y Provincias. Pero el que sea así con rango infraconstitucional no autoriza a afirmar que de la Constitución se derive una garantía de autonomía igual a la de Municipios y Provincias.

Nada dice la CE sobre las competencias de las islas ni sobre la concreta organización de Cabildos o Consejos y la garantía institucional que les ha reconocido el TC no añade mu-

cha concreción ni a uno ni a otro extremo. Si acaso, en cuanto a su organización puede desprenderse de ello el necesario carácter democrático de sus órganos principales. En esa línea se situó la STC 132/2012, FF. JJ. 4 y 5. Pero lo hizo con moderación y admitiendo con amplitud la posibilidad de órganos ejecutivos y burocráticos de los que son titulares personas no electas en términos más laxos que los aplicados a los Municipios.

Ante tan parca regulación constitucional, el TC ha reconocido que la **competencia del Estado** sobre Administración local (art. 149.1.18.^a CE) se proyecta igualmente sobre las islas. Y lo cierto es que la LRBRL contiene diversos preceptos específicos sobre ellas: además de los ya citados sobre la autonomía de las islas, tiene otros sobre su organización. Lo más importante está en su art. 41; pero hay otras determinaciones significativas en sus arts. 32 bis, 75 bis.2.2.º, 73 ter.3, 104 bis y DA 13.^a, que han ido aumentando con las sucesivas reformas de esa ley estatal. También los hay en la LOREG sin tacha de inconstitucionalidad (SSTC 45/1992, de 2 de abril, FJ 5; 225/1998, de 25 de noviembre, FJ 7). Sobre todo hay que destacar la remisión del art. 41.1 y 3 a las normas sobre Diputaciones en cuanto a los Consejos y Cabildos insulares, pese a que, como ya se ha dicho, no son de ningún modo equiparables a las Diputaciones. También es reseñable la DA 13.^a, que extiende a los Cabildos que superen cierto número de habitantes —y permite extenderlo a otros (véanse las Leyes canarias 5/2005 y 2/2006)— buena parte del régimen de los Municipios de gran población, lo que hace remota su sujeción a las normas sobre Diputaciones y pone de relieve la comprensión de las Islas Canarias como realidades similares a las metropolitanas. Pese a esa incidencia de las bases estatales en la organización de las islas, su configuración es y debe ser fundamentalmente propia del respectivo legislador autonómico y es razonable que se avance en esa «interiorización» de las islas en su correspondiente Comunidad.

BIBLIOGRAFÍA

AA. VV., *La Provincia en el Estado de las Autonomías*, Diputación de Barcelona-Marcial Pons, 1996.

- *Provincia y Diputaciones Provinciales en el Estado de las Autonomías*, CEMCI, Granada, 1982.
- *Cuatro estudios sobre la Ley de Consejos Insulares*, Govern de les Illes Balears-Institut d'Estudis Autònomic, Palma, 2003.

CARBALLEIRA RIVERA, M. T., *La provincia en el Estado de las Autonomías*, Madrid, 1996.

CARBONELL PORRAS, E., voz «Diputaciones provinciales», en MUÑOZ MACHADO, S., *Diccionario de Derecho Administrativo*, Iustel, Madrid, 2005.

COBREROS MENDAZONA, E., «Artículo 39», en REBOLLO PUIG, M. (Dir.) e IZQUIERDO CARRASCO, M. (Coord.), *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

COLOM PASTOR, B., «Comentario al artículo 41.3», en REBOLLO PUIG, M. (Dir.) e IZQUIERDO CARRASCO, M. (Coord.), *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

COSCULLUELA MONTANER, L., *La reforma de las elecciones locales*, Abella, Madrid, 1983.

COSCULLUELA MONTANER, L. y MUÑOZ MACHADO, S., *Las elecciones locales*, Abella, Madrid, 1979.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Los derechos históricos de los territorios forales*, CEC-Civitas, Madrid, 1985.

FUENTETAJA PASTOR, J. A. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C. (Dirs.), *Manual de Derecho Local*, Iustel, 2013.

GIMENO FELIÚ, J. M. (Coord.), *La organización local. Nuevos modelos*, Civitas, 2011.

GÓMEZ-FERRER MORANT, R. (Dir.), *La provincia en el sistema constitucional*, Civitas-Diputación de Barcelona, Madrid, 1999.

GRACIA RETORTILLO, R., *La veguería como gobierno local intermedio en Cataluña*, Huygens, 2008.

LEGUINA VILLA, J., «Los territorios históricos vascos», *REDC*, núm. 3, 1981.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., *La provincia. Pasado, presente y futuro*, Civitas, Madrid, 1991.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., «Provincia-entidad local y Comunidades Autónomas uniprovinciales», *REVL*, núm. 209, 1981.

MORELL OCAÑA, L., *La Administración local*, Madrid, Tecnos, 1984.

- *El régimen local español*, Civitas, Madrid, 1988.

MUÑOZ MACHADO, S. (Dir.), *Tratado de Derecho Municipal*, 3.^a ed., Civitas, Madrid, 2011.

ORTEGA ÁLVAREZ, L. y PUERTA SEGUIDO, F., «Artículos 36 y 37», en REBOLLO PUIG, M. (Dir.) e IZQUIERDO CARRASCO, M. (Coord.), *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

PARADA VÁZQUEZ, J. R., «El irracional destino de la provincia: una prótesis para municipios obsoletos», en *La segunda descentralización: del Estado autonómico al municipal*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007.

PAREJO ALFONSO, L., *Garantía institucional y autonomías locales*, IEAL, Madrid, 1981.

RAZQUIN LIZARRAGA, M., «Artículo 40», en REBOLLO PUIG, M. (Dir.) e IZQUIERDO CARRASCO, M. (Coord.), *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, M., «Artículo 38», en REBOLLO PUIG, M. (Dir.) e IZQUIERDO CARRASCO, M. (Coord.), *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

RIVERO YSERN, J. L., *Manual de Derecho local*, 7.^a ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2014.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A., «Nota sobre la sentencia de las Diputaciones Provinciales», *REDA*, núm. 34, 1982.

SARMIENTO ACOSTA, M. J., *Las competencias de los Cabildos insulares en Canarias*, Cabildo Insular de Gran Canarias, 1993.

SUAY RINCÓN, J., «Artículo 41.1 y 2» y «Disposición adicional decimocuarta», en REBOLLO PUIG, M. (Dir.) e IZQUIERDO CARRASCO, M. (Coord.), *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

Artículo 142

Las Haciendas locales deberán disponer de los medios suficientes para el desempeño de las funciones que la ley atribuye a las Corporaciones respectivas y se nutrirán fundamentalmente de tributos propios y de participación en los del Estado y de las Comunidades Autónomas.

Sumario: I. El principio de suficiencia financiera de las entidades locales. 1. El principio de suficiencia financiera como integrante constitutivo de la autonomía local constitucionalmente protegida. 2. Los obligados a satisfacer el mandato constitucional de suficiencia. 3. La participación en tributos del Estado como principal fuente de financiación local. 4. Algunas derivaciones del principio de suficiencia. II. Otras dimensiones de la autonomía financiera local. En especial, la autonomía en la vertiente del gasto. III. Financiación local y control de constitucionalidad: sobre la justiciabilidad del art. 142 CE.

MANUEL MEDINA GUERRERO

CATEDRÁTICO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
UNIVERSIDAD DE SEVILLA

I. EL PRINCIPIO DE SUFICIENCIA FINANCIERA DE LAS ENTIDADES LOCALES

1. La suficiencia financiera como integrante constitutivo de la autonomía local constitucionalmente protegida

Aunque, como tendremos ocasión de comprobar más adelante, el art. 142 CE no se circunscribe a garantizar la suficiencia de las Haciendas locales, esta sí constituye su más evidente y, tal vez, relevante manifestación. Pues nuestra Constitución ha venido a reconocer de forma expresa la vigencia de dicho principio, al establecer que «las haciendas locales deberán disponer de los medios suficientes para el desempeño de las funciones que la ley atribuye a las corporaciones respectivas [...]». De esta forma, nuestro art. 142 CE apuntala y refuerza el **anclaje constitucional de la garantía de**

suficiencia, con independencia de que la misma pueda entenderse inherente al reconocimiento de la autonomía local. Así es, partiendo de la idea de que la suficiencia financiera constituye el «complemento y presupuesto» de dicha autonomía (ENTRENA CUESTA, 2001, 2460), la doctrina viene reconociendo de forma absolutamente generalizada que existe una indisociable relación de necesidad entre la **vigencia efectiva de la autonomía local** y la provisión de un suficiente suministro de recursos a las entidades locales (RAMALLO MANSANET y ZORNOZA PÉREZ, 1993, 500-501).

Por lo demás, la concepción de que hay una relación estrecha y necesaria entre suficiencia y autonomía ha sido asumida en términos inequívocos por el Tribunal Constitucional, tal y como se desprende del siguiente pasaje del FJ 4 de la STC 104/2000: «[...] el principio de autonomía (para «la gestión de sus respectivos intereses», según el art. 137 CE) que pre-

side la organización territorial del Estado, configura uno de los pilares básicos del ordenamiento constitucional (STC 32/1981, de 28 de julio, FJ 3), ofreciendo una vertiente económica relevante ya que, aun cuando tenga un carácter instrumental, la amplitud de los medios determina la posibilidad real de alcanzar los fines (STC 135/1992, de 5 de octubre, FJ 8). La autonomía de los entes locales va, entonces, estrechamente ligada a su suficiencia financiera, por cuanto exige la plena disposición de medios financieros para poder ejercer, sin condicionamientos indebidos y en toda su extensión, las funciones que legalmente les han sido encomendadas [...]; es decir, para posibilitar y garantizar, en definitiva, el ejercicio de la autonomía constitucionalmente reconocido en los arts. 137, 140 y 141 CE [SSTC 96/1990, de 24 de mayo, FJ 7; 331/1993, de 12 de noviembre, FJ 2. B); 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 22; y ATC 382/1993, de 1 de diciembre, FJ 4].»

En consecuencia, no puede en modo alguno dudarse de que las entidades locales están capacitadas para elevar directamente al Tribunal Constitucional las reclamaciones relativas a una eventual quiebra de su suficiencia, siempre y cuando —claro está— sean a normas con rango de ley a las que pueda imputarse esta peculiar forma de lesionar «la autonomía local constitucionalmente garantizada» (art. 75 bis.1 LOTC). Pues el **conflicto en defensa de la autonomía local** no se circunscribe al examen de las eventuales vulneraciones de la misma que traigan causa de invasiones o intromisiones ilícitas en el ámbito competencial de la Administración Local, sino que se extiende a cualquier otro elemento constitutivo de la autonomía, incluyendo las controversias relativas a los «medios financieros y patrimoniales» (FERNÁNDEZ FARRERES, 2002, 66). Así se desprende inequívocamente de la reiterada vinculación estrecha que relaciona la suficiencia financiera con la autonomía local, según ha sostenido insistentemente el Tribunal Constitucional. Y, en cualquier caso, conviene recordar que, en los conflictos de competencia entre el Estado y

las Comunidades Autónomas, se ha admitido la posibilidad de que estas últimas aleguen eventuales lesiones de su autonomía financiera, sin que quepa excluir las reivindicaciones centradas en una disminución de sus recursos (SSTC 128/1999, FJ 8, y 192/2000, FJ 8). Por lo demás, a esta misma conclusión se llega si se parte de la idea de que el canon o parámetro a utilizar en el conflicto en defensa de la autonomía local no se ciñe a las concretas disposiciones constitucionales que establecen dicho principio (arts. 137, 140 y 141 CE), sino que también pueden emplearse a tal objeto cualesquiera otras normas del bloque de la constitucionalidad que sirvan de auxilio para acotar con precisión el alcance de dicha autonomía. Así pues, no puede sino concluirse afirmando que los Municipios y Provincias son titulares de un derecho a la suficiencia financiera derivado directamente del propio texto constitucional, que, además, pueden hacer valer directamente ante el Tribunal Constitucional en el caso de que su vulneración se impute a una norma con rango de ley.

2. Los obligados a satisfacer el mandato constitucional de suficiencia

El «carácter bifronte» del régimen local —por utilizar la muy extendida terminología acuñada por el Tribunal Constitucional— encuentra una manifiesta proyección en el propio texto de la Constitución a propósito de la materia financiera. Al fin y al cabo, como dice el art. 142 CE, las Haciendas locales «se nutrirán fundamentalmente de tributos y de participación en los del Estado y de las Comunidades Autónomas». Ambos niveles de gobierno resultan, pues, constitucionalmente obligados a proveer de recursos a los gobiernos locales. Y, sin embargo, su grado de compromiso no puede considerarse igual ni tan siquiera parangonable, puesto que, como se recuerda insistentemente en la jurisprudencia constitucional, el **primer responsable** en la tarea de alcanzar la suficiencia es el Estado. Y ello por la esencial razón de que es el propio Estado quien está constitucionalmente llamado

en primera instancia a definir en su conjunto las relaciones financieras en el seno del Estado Autonómico. A él corresponde, ciertamente, tanto determinar el modelo de financiación de las Comunidades Autónomas (art. 157.3 CE), como el de las entidades locales, en virtud fundamentalmente de su competencia exclusiva sobre la Hacienda General *ex* art. 149.1.14.^a CE [SSTC 179/1985, FJ 1; 13/1992, FJ 6, y STC 233/1999, FJ 4. B)].

De hecho, a la hora de determinar qué concreto título competencial es el que autoriza al Estado a intervenir —si el contenido en el art. 149.1.18 o el previsto en el art. 149.1.14 CE—, el Tribunal Constitucional ha sostenido que este último entra en juego «en aquellos casos en los que la normativa estatal tenga por objeto la regulación de instituciones comunes a las distintas Haciendas o de medidas de coordinación entre la Hacienda estatal y las Haciendas de las Corporaciones Locales. O también cuando su finalidad sea la salvaguarda de la suficiencia financiera de las Haciendas locales garantizada por el art. 142 CE, en cuanto presupuesto indispensable para el ejercicio de la autonomía local constitucionalmente reconocido en los arts. 137, 140 y 141 CE (SSTC 96/1990, FJ 7.º; 237/1992, FJ 6.º; 331/1993, FF. JJ. 2.º y 3.º; y 171/1996, FJ 5.º)» [STC 233/1999, FJ 4. B)]. Y en el FJ 22 de esta STC 233/1999 se insistiría en este extremo: «Además, y desde el momento en que esta concreta potestad normativa tiene como inmediata finalidad garantizar la suficiencia financiera de tales Corporaciones —suficiencia financiera que, según indicamos ya en el FJ 2.º, es en última instancia responsabilidad de aquel—, su ejercicio encuentra anclaje constitucional en la competencia exclusiva sobre la Hacienda General [...] A mayor abundamiento, es preciso recordar que los citados constituyen en la actualidad los tributos locales de mayor trascendencia desde el punto de vista de la financiación de los Entes locales, de donde se deduce que también el principio de suficiencia financiera estuvo muy presente en la mente del legislador a la hora de seleccionar qué tributos habían de ser necesaria-

mente exigidos por todos los municipios, suficiencia financiera cuya efectividad, como hemos dicho en muchas ocasiones, corresponde garantizar al legislador estatal [SSTC 96/1990, FJ 7; 237/1992, FJ 6; 331/1993, FJ 2. B); 171/1996, FJ 5]».

En definitiva, como se ha recordado en la más reciente STC 48/2004, «sin perjuicio de la contribución que las Comunidades Autónomas puedan tener en la financiación de las haciendas locales [...], es al Estado, a tenor de la competencia exclusiva que en materia de hacienda general le otorga el art. 149.1.14 CE, a quien, a través de la actividad legislativa y en el marco de las disponibilidades presupuestarias, incumbe en última instancia hacer efectivo el principio de suficiencia financiera de las haciendas locales [...]» (FJ 10).

Ahora bien, esta responsabilidad financiera última que la Constitución hace recaer sobre el Estado se ciñe fundamentalmente a la financiación de los Municipios y Provincias, esto es, **se circunscribe** en línea de principio **a los entes constitucionalmente necesarios**. Todas aquellas entidades locales que las Comunidades Autónomas decidan libremente instaurar tendrán que financiarse, en consecuencia, con cargo a los propios ingresos autonómicos, sin que en ningún caso el Estado esté constreñido a transferirles recursos o a diseñar sus posibles fuentes de financiación. Esta es la conclusión que se desprende de la STC 233/1999, que, entre otros muchos extremos, debió abordar la posible inconstitucionalidad del precepto de la Ley de Haciendas Locales que excluía a las comarcas de la potestad impositiva y de la participación en los tributos del Estado. Pues, frente a las alegaciones del Parlamento y el Consejo Ejecutivo de la Generalidad, y sobre la base de que la autonomía de las comarcas no estaba constitucionalmente garantizada, razonó el Tribunal Constitucional que debía ser «la propia Comunidad Autónoma la que, a la hora de proceder a la creación de tales entidades supramunicipales, habrá de prever al mismo tiempo el régimen de recursos financieros

aplicable a las mismas en el marco de sus propias competencias», pudiendo «asignar a las mismas los recursos financieros que estimen pertinentes con cargo a los presupuestos de la respectiva Comunidad Autónoma» (FJ 10; asimismo, STC 48/2004, FJ 13).

Por lo que hace a la responsabilidad de las Comunidades Autónomas en asegurar la suficiencia financiera de los entes locales, puede afirmarse sin atisbo de duda que los **Estatutos reformados** han regulado la cuestión de forma mucho más satisfactoria que en su versión originaria. De una parte, se ha reafirmado el reparto competencial en materia de financiación local, puesto que algunos de los nuevos Estatutos recuerdan expresamente que las facultades autonómicas que puedan desplegarse al respecto han de moverse en el marco de la normativa del Estado (así, por ejemplo, art. 218.2 del Estatuto de Cataluña y art. 60.3 del Estatuto andaluz). Y, de otro lado, porque todos los Estatutos reformados articulan fórmulas de participación de los entes locales en los ingresos de las Comunidades Autónomas, y se prevé a tal objeto la constitución de un fondo autonómico destinado específicamente a proveer a la suficiencia financiera local (art. 64.3 del valenciano; art. 219.1 del catalán; art. 192.1 del andaluz; art. 75.9 del balear; art. 114.4 y 5 del Estatuto aragonés; art. 55.3 del Estatuto de Castilla y León).

3. La participación en tributos del Estado como principal fuente de financiación local

Aun cuando nada impida constitucionalmente que el grueso de la financiación se haga depender de los tributos propios de los Municipios y Provincias, lo cierto es que en la práctica ha sido la participación en los tributos estatales la **primordial fuente de ingresos** de las entidades locales. Así ha sido, en efecto, desde que en el año 1988 la Ley de Haciendas Locales institucionalizó de forma estable la vía de participación en los tributos del Estado; y así se ha mantenido desde en-

tonces pese a la profunda modificación del modelo de financiación acometida por la Ley 51/2002, de 27 de diciembre, de reforma de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales. Como es sabido, a raíz de la Ley 51/2002 cabe distinguir, por un lado, un sistema de financiación dual aplicable a las Provincias y a los Municipios capital de Provincia o con una población igual o superior a 75.000 habitantes (y con alguna peculiaridad a los Municipios turísticos), y de otro lado, un sistema aplicable a los restantes Municipios, que sigue fundamentado en las tradicionales participaciones ordinarias en los tributos del Estado. La reforma afectó fundamentalmente al primer grupo de entidades locales mencionado, al que ahora se proyecta un modelo de financiación claramente inspirado en el sistema hacendístico de las Comunidades Autónomas, ya que se estructura asimismo en la cesión parcial de la recaudación de determinados impuestos estatales (IRPF, IVA y algunos impuestos especiales) y en un Fondo Complementario destinado a garantizar la suficiencia financiera de todos los entes locales con independencia de su capacidad fiscal. Pues bien, dado el escaso porcentaje de impuestos cedido a este grupo de entidades locales (que oscila, para los Municipios, del 2,1336% del IRPF al 2,9220 de los impuestos especiales; y, para las Provincias, del 1,2561 del IRPF al 1,7206 de los impuestos especiales), va de suyo que la suficiencia de sus Haciendas sigue dependiendo de una fórmula de participación en los tributos del Estado, cual es el Fondo Complementario.

Que el **Fondo Complementario** no constituye más que una forma de articulación de la participación en tributos del Estado a que alude el art. 142 CE, es una afirmación que cabe inferir sin dificultad del examen de la normativa reguladora de la cuestión. En primer lugar, este es el resultado que cae por su propio peso tras realizar una interpretación sistemática de la Ley 51/2002. Esta Ley dio, de una parte, una nueva redacción al Capítulo III del Título II de la LHL («Recursos de los Municipios»), que pasó a escindirse en dos: el Capí-

tulo III A), relativo a la «Cesión de recaudación de impuestos del Estado»; y el Capítulo III B), titulado «Participación de los Municipios en los tributos del Estado». Y dentro de este último Capítulo no solo se regula el mecanismo tradicional de participación para el resto de los Municipios (Sección 2.^a), sino también el «Fondo Complementario de Financiación» (Sección 1.^a). Asimismo, la Ley 51/2002 modificó el Capítulo III del Título III de la LHL («Recursos de las provincias»), distinguiendo igualmente entre un Capítulo III A) dedicado a la «Cesión de recaudación de los impuestos del Estado» y un Capítulo III B) relativo a la «Participación de las Provincias en los tributos del Estado», en el que se incluye la «Participación en el Fondo Complementario de Financiación» (Sección 1.^a). El Fondo Complementario no es, pues, sino una nueva manifestación de la participación en los tributos del Estado, como se cuidaría de subrayar la propia Exposición de Motivos de la Ley 51/2002: «[...] se fija para los grandes municipios una participación en tributos del Estado que evolucionará al mismo ritmo que los ingresos tributarios del Estado, con determinación de este índice en los mismos términos que para las Comunidades Autónomas. Este componente de participación se configura como complementario de los recursos que obtengan los municipios por la cesión de los rendimientos recaudatorios en los impuestos estatales cedidos [...] Por lo que se refiere a la participación en tributos del Estado de las Provincias, Consejos y Cabildos Insulares, Comunidades Autónomas uniprovinciales, de régimen común, y Ciudades con Estatuto de Autonomía, se configura también un modelo de financiación dual análogo al definido para los grandes municipios y capitales de provincia» [V].

Y la aprobación del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo) no vino sino a ratificar la naturaleza del Fondo Complementario como fórmula de participación en los ingresos tributarios estatales. Manteniendo el esquema aludido, incluye el

Fondo Complementario de Financiación Municipal en el Capítulo IV del Título II, que se dedica a la «Participación de los Municipios en los tributos del Estado»; y, por lo que hace a las Provincias, la «Participación en el Fondo Complementario de Financiación» aparece en el Capítulo IV del Título III, relativo precisamente a la «Participación de las Provincias en los tributos del Estado».

Comoquiera que sea, ya se trate del tradicional mecanismo de participación en tributos estatales aplicable a la generalidad de los Municipios, o de su peculiar articulación bajo la forma de Fondo Complementario para las Provincias y Municipios con población igual o superior a 75.000 habitantes, lo cierto es que algún papel viene reconociendo el bloque de la constitucionalidad a las Comunidades Autónomas a este respecto. En efecto, buena parte de los Estatutos de Autonomía ha previsto que los ingresos locales consistentes en participaciones en ingresos estatales y en subvenciones incondicionadas **se perciban a través de la correspondiente Comunidad Autónoma**, de conformidad con los criterios legales que se establezcan. Previsión estatutaria que no ha dejado de suscitar algún interrogante acerca del papel exacto que están llamadas a desempeñar las Comunidades Autónomas, y más concretamente el de determinar a qué nivel de gobierno corresponde fijar los criterios de reparto de tales participaciones entre los entes locales. Pues bien, desde que el Tribunal Constitucional tuvo que enfrentarse por primera vez a este interrogante en la STC 96/1990, puso el acento en que la cuestión suscitada debía «ponerse en relación con el principio de suficiencia financiera de las Haciendas Locales recogido en el art. 142 CE» (FJ 7). En este sentido, proseguiría el Tribunal en este mismo FJ, «la participación de las Corporaciones locales en los tributos del Estado prevista en el art. 142 CE constituye una de las fuentes de financiación constitucionalmente posible, a través de la cual se pretende dotar al conjunto de Entes locales de la necesaria suficiencia de fondos para el cumplimiento

de las funciones que legalmente les han sido encomendadas, esto es, para posibilitar y garantizar, en definitiva, el ejercicio de la autonomía constitucionalmente reconocido (arts. 137, 140 y 141 CE) [...]». Y esa estrecha relación de esta fuente de ingresos con la garantía de la autonomía local es un argumento determinante para interpretar el bloque de la constitucionalidad en el sentido de que la **fijación de los criterios de reparto corresponde al Estado**: «Es precisamente el legislador estatal en este caso, ya que se trata de fondos mediante los que se pretende posibilitar al conjunto de las Corporaciones locales y a cada una de ellas el ejercicio de la autonomía constitucionalmente garantizada, a quien incumbe, en virtud de aquella reserva de Ley, a través de la actividad legislativa, dar efectividad a los principios de suficiencia de las Haciendas locales (art.142 CE) y de solidaridad y equilibrio territorial (art. 138 CE) mediante la determinación de unos criterios homogéneos y uniformes de distribución entre los distintos Entes locales de su participación en los ingresos del Estado», pues, al fin y al cabo, «es justamente el apuntado carácter que reviste la participación de las Entidades locales en los tributos del Estado en cuanto garantía de su autonomía la que convierte aquella participación en garante del funcionamiento de la Hacienda local dentro del conjunto de la Hacienda general y, en consecuencia, lo que la constituye en elemento básico de esta» (STC 96/1990, FJ 7; doctrina reiterada en las SSTC 237/1992, FJ 6; 331/1993, FJ 2; 171/1996, FJ 5; 233/1999, FJ 31, y 104/2000, FJ 5). Así pues, radicada en el Estado la potestad de fijar los criterios de reparto, **las Comunidades Autónomas actúan como «canal o cauce» de distribución de esta fuente de recursos**; función esta última que les autoriza, por ejemplo, a instrumentar dicho reparto a través de un Fondo de Cooperación Local, «siempre que, al efectuarlo, respete los criterios de distribución establecidos por el Estado en el ejercicio de una competencia que constitucionalmente le corresponde» [STC 331/1993, FJ 3. A)].

4. Algunas derivaciones del principio de suficiencia

A través de las diversas (y no especialmente numerosas) resoluciones recaídas a propósito del art. 142 CE, la jurisprudencia constitucional ha ido paulatinamente perfilando el ámbito de aplicación del precepto y, en particular, los límites y posibilidades que el principio de suficiencia impone o permite al legislador. Así, por ceñirnos a sus proyecciones más significativas, el Tribunal Constitucional ha excluido que pueda cometerse una **«vulneración por exceso» del principio de suficiencia** en la hipótesis de que las entidades locales tengan acceso a un volumen de recursos superior al que precisan para hacer frente a sus cargas financieras. En efecto, en la STC 233/1999 se enjuició la constitucionalidad del art. 60 LHL —que enumeraba los impuestos municipales tanto preceptivos como potestativos—, ya que, entre otros argumentos, los recurrentes habían alegado que podría producirse tal «vulneración por exceso» del principio de suficiencia financiera (art. 142 CE) en el caso de aquellos Municipios que no tienen la «necesidad de aplicar los tributos obligatorios sin que se forzase o resintiera su suficiencia económica». Frente a esta argumentación, la posición del Tribunal Constitucional fue inequívoca: «En fin, por lo que a las alegaciones sobre el principio de suficiencia financiera respecta, es obvio que, tal y como se desprende de la dicción literal del art. 142 CE, y hemos enunciado en anteriores pronunciamientos, este implica la necesidad de que los entes locales cuenten con fondos suficientes para cumplir con las funciones que legalmente les han sido encomendadas [...], esto es, «para posibilitar y garantizar, en definitiva, el ejercicio de la autonomía constitucionalmente reconocido (arts. 137, 140 y 141 CE)» [SSTC 96/1990, FJ 7; 331/1993, FJ 2. B); ATC 382/1993, FJ 4], pero no impide ni descarta que dichos fondos superen la cifra precisa para cubrir las necesidades del Municipio o, dicho de otro modo, no se opone a que exista superávit presupuestario» (FJ 22; en la misma línea, STC 48/2004, FJ 13).

Mayor alcance tiene otra de las consecuencias que, según la jurisprudencia constitucional, se desprende necesariamente del mandato de suficiencia *ex* art. 142 CE, a saber, la de que no puede exigirse a las entidades locales que **continúen financiando con sus recursos propios**, no afectos a la prestación de los correspondientes servicios, **la competencia cuya titularidad ya se haya transferido** a otro nivel de gobierno. La cuestión se afrontó abiertamente en la STC 48/2004, que vino a resolver cinco cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas en las que se planteó la adecuación al orden constitucional del art. 12 de la Ley catalana 5/1987. De acuerdo con el reiterado artículo, en caso de transferencia competencial a la Comunidad Autónoma, las Diputaciones continuarían aportando los recursos económicos precisos vía «porcentaje de participación en los ingresos provinciales, calculándose los costes directos e indirectos del servicio transferido y según los gastos de inversión real y mantenimiento para el funcionamiento y desarrollo normal de los servicios», previéndose además el establecimiento de «los mecanismos o criterios de actualización automática de las dotaciones económicas» (art. 12.1).

Pues bien, a juicio del Tribunal Constitucional, este precepto entrañaba, de una parte, la quiebra del principio de suficiencia financiera y, de otro lado, una intrusión ilegítima en la autonomía financiera de las entidades locales afectadas: «[...] es claro —se afirmó en el FJ 11 de la STC 48/2004— que la obligación impuesta a las Diputaciones catalanas de financiar con sus ingresos corrientes servicios inherentes a competencias cuya titularidad plena han traspasado a la Comunidad Autónoma, establecido por el art. 12 de la Ley 5/1987, constituye una medida que no está comprendida en el bloque de la constitucionalidad, toda vez que el art. 142 CE vincula, en principio, la suficiencia de ingresos de las haciendas locales al ejercicio, por los correspondientes entes locales, de las funciones o competencias legalmente atribuidas [...]». En consecuencia, se apostillaría más adelante en este mismo FJ 11, el referido

artículo «desconoce la exigencia constitucional de que el gasto de los entes locales se destine en todo caso a financiar el desempeño de sus funciones o competencias, vulnerando de este modo la autonomía local en su vertiente financiera, garantizada en el art. 142 CE». Por lo demás, importa destacar que en nada afecta a esta conclusión la circunstancia de que pueda haber mediado el **consentimiento del ente local afectado**, como sucedió en el supuesto en cuestión, en el que hubo acuerdo de la Comisión Mixta y del Pleno de la Diputación. Pues, con independencia de que la legislación catalana contemplaba la capacidad decisoria final de la Comunidad Autónoma en caso de desacuerdo, la STC 48/2004 rechazó dicha objeción «además» con el siguiente argumento: «[...] ha de tenerse en cuenta que si, como hemos afirmado, «la autonomía y las propias competencias son indisponibles tanto para el Estado como para las Comunidades Autónomas» (STC 13/1992, de 6 de febrero, FJ 7), también ha de serlo para los entes locales» (FJ 13).

Debemos señalar, por otro lado, que se ha descartado categóricamente que afecte al principio de suficiencia la exigencia de que las entidades locales se sujeten al objetivo de estabilidad presupuestaria, puesto que en nada interfiere «en los recursos que el Estado debe poner a su disposición mediante la participación de dichos entes en los tributos estatales» [STC 134/2011, FJ 14.a)].

II. OTRAS DIMENSIONES DE LA AUTONOMÍA FINANCIERA LOCAL. EN ESPECIAL, LA AUTONOMÍA EN LA VERTIENTE DEL GASTO

Decíamos al comenzar estas líneas que el contenido normativo del art. 142 CE no se agotaba, ni mucho menos, con la consagración del principio de suficiencia financiera a favor del nivel local de gobierno.

Otra de las facetas o dimensiones de la autonomía financiera local que goza de una protec-

ción constitucional inmediata y directa es la que podemos calificar como **autonomía de endeudamiento**. Pues, como se reconoció expresamente en la STC 233/1999, un «necesario margen autónomo de endeudamiento [...] también ha de ser reconocido a las Corporaciones Locales por imperativo del principio constitucional de autonomía local» (FJ 21). Ahora bien, como se argumentó en el FJ 14.b) de la STC 134/2011 a propósito de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria, no se considera que vulnere la autonomía financiera de los entes locales el hecho de que se condicione la autorización de sus operaciones de crédito y emisiones de deuda a que el desequilibrio presupuestario desaparezca en tres ejercicios económicos, de acuerdo con la doctrina existente en torno a la capacidad estatal de limitar la capacidad de endeudamiento local con base en el art. 149.1.11 y 13 CE (entre otras, SSTC 4/1981, 57/1983 y 233/1999).

Pero el precepto que nos ocupa ha servido muy especialmente como anclaje constitucional de la dimensión más elemental e incuestionable de la autonomía financiera local, a saber, la relativa al poder de gasto. Y es que, como el Tribunal Constitucional se ha cuidado de subrayar desde la STC 32/1981, es la atinente al «gasto» la parcela de la actividad financiera más directa y estrechamente conectada con la noción de autonomía, hasta el punto de estimarse un elemento imprescindible de la misma. Desde entonces, en efecto, se ha venido afirmando que la facultad de aprobar los presupuestos es «una potestad decisoria fundamental sin la que no cabe hablar de autonomía» y cuya privación, por consiguiente, «ha de considerarse contraria a la Constitución, especialmente en su art. 142» (STC 32/1981, FJ 8; en términos similares, STC 27/1987, FJ 7).

Con todo, pese a su temprana aparición en la jurisprudencia constitucional, habría que esperar hasta la STC 109/1998 —que bien puede considerarse el *leading case* en la materia que nos ocupa— para profundizar en la conexión de la autonomía de gasto con el art. 142 CE y

en la acotación del alcance exacto de la misma: «[...] si bien el art. 142 CE solo contempla de modo expreso la vertiente de los ingresos —razona el Tribunal Constitucional en el FJ 10.º—, no hay inconveniente alguno en admitir que tal precepto constitucional, implícitamente y en conexión con el art. 137 de la Norma suprema, consagra, además del principio de suficiencia de las Haciendas Locales, la autonomía en la vertiente del gasto público, entendiéndose por tal la capacidad genérica de determinar y ordenar, bajo la propia responsabilidad, los gastos necesarios para el ejercicio de las competencias conferidas. Solamente así, en rigor, asegurando *prima facie* la posibilidad de decidir libremente sobre el destino de los recursos, adquiere pleno sentido la garantía de la suficiencia de ingresos «para el desempeño de las funciones que la ley atribuye a las Corporaciones respectivas», según la dicción literal del mencionado art. 142 CE». Y más adelante, en ese mismo FJ, concluiría el Tribunal: «Dando un paso más, en la STC 237/1992 se profundizó en el alcance de la autonomía de gasto de las Corporaciones Locales, considerando aplicable en lo esencial la doctrina inicialmente vertida en torno a las Comunidades Autónomas, según la cual la misma entraña, en línea de principio, la plena disponibilidad de sus ingresos, sin condicionamientos indebidos y en toda su extensión, para poder ejercer las competencias propias [...]» (STC 109/1998, FJ 10; desde entonces doctrina constantemente reiterada, *vid.*, por ejemplo, la STC 48/2004, FJ 10).

En definitiva, y sobre la base de su alcance **equiparable al que disfrutaban las Comunidades Autónomas**, la autonomía en la vertiente del gasto de los entes locales comprende la «capacidad para disponer libremente de sus recursos financieros, asignándolos a los fines mediante programas de gasto elaborados según sus propias prioridades», lo que entraña que son libres no solo «en cuanto a la fijación del destino y orientación del gasto público», sino también «para la cuantificación y distribución del mismo dentro del marco de sus competencias» (SSTC 13/1992, FJ 7, y 68/1996, FJ 10).

Y, sin embargo, dicho lo anterior, conviene recordar que la garantía constitucional de la autonomía local no entraña que todos y cada uno de los elementos constitutivos de la misma devengan un núcleo absolutamente resistente frente a la acción del legislador, puesto que, estrictamente, lo que garantiza la Constitución no es sino el «reducto indisponible o núcleo esencial de dicha autonomía». Así sucede también, como no podía ser de otra manera, con la vertiente de gasto de la autonomía financiera, según vino igualmente a recordarlo la STC 109/1998: «Ahora bien, bajo el prisma de los arts. 137 y 142 CE, el ámbito sobre el que se proyecta la autonomía de gasto [provincial] no ha de concebirse como una esfera total y absolutamente resistente a cualquier mínima incidencia o afectación proveniente de otros niveles de gobierno. Tal y como antes señalamos respecto de la garantía institucional de la autonomía local, y ahora debemos lógicamente repetir en su concreta vertiente financiera, lo que la Constitución veda de una forma terminante y sin excepciones no es sino el menoscabo del núcleo esencial o reducto indisponible de la institución, estrictamente. En consecuencia, la autonomía financiera, en la vertiente del gasto, de la que gozan los entes locales —esto es, la capacidad genérica de determinar y ordenar, bajo su propia responsabilidad, los gastos necesarios para el desempeño de sus competencias— puede ser restringida por el Estado y las Comunidades Autónomas dentro de los límites establecidos en el bloque de la constitucionalidad [...]» (STC 109/1998, FJ 10).

De acuerdo con esta doctrina constitucional, según la cual la autonomía financiera local en la vertiente del gasto no tiene un carácter absoluto e ilimitado, resulta incuestionable que el art. 142 CE no impide que los otros niveles de gobierno puedan destinar a la financiación local **subvenciones condicionadas**, toda vez que —como es palmario— las fuentes de ingresos mencionadas en dicho precepto (tributos propios y participación en tributos estatales o autonómicos) no agotan el elenco de los posibles recursos locales. Así pues, con las li-

mitaciones referidas en la STC 109/1998, ninguna objeción cabe hacer, en línea de principio, a que el Estado o las Comunidades Autónomas concedan a las entidades locales recursos afectados en el marco de concretos programas de subvenciones elaborados en ejercicio de las correspondientes competencias. El carácter excepcional de esta fuente de financiación —dada su condición de recursos no obligatorios, al ser su creación y concesión discrecionales para el ente subvencionante— explica por qué estas subvenciones condicionadas pueden considerarse, *prima facie*, no lesivas de la garantía constitucional de la autonomía financiera en la vertiente de gasto.

Por el contrario, resulta mucho más difícil justificar constitucionalmente la posibilidad de que se «condicionen» los recursos locales destinados a garantizar la suficiencia, como lo son sin duda los percibidos vía **participación en los ingresos de otros niveles de gobierno**. Al tratarse de fuentes de ingresos ordinarias y estables del sistema hacendístico local incardinadas derechamente a la satisfacción del mandato constitucional *ex art.* 142 CE, parece lógico que las mismas provean necesariamente de medios económicos que garanticen una plena libertad en su empleo por parte de los entes locales receptores de los mismos. Y, de hecho, como viene sosteniéndose en la doctrina desde fecha temprana, en nuestro ordenamiento el concepto de «participación», a diferencia del de «subvención», evoca inequívocamente la noción de **libertad de disposición** (MATEO RODRÍGUEZ, 1988, 2233; asimismo, GIMÉNEZ REYNA-RODRÍGUEZ/I. ZURDO RUIZ-AYÚCAR/J. ZURDO RUIZ-AYÚCAR, 1994, 55). En resumidas cuentas, el modelo que parece ajustarse más correctamente a las exigencias constitucionales es aquel en el que las transferencias condicionadas se conciben como una fuente de financiación puramente complementaria, llamadas a operar una vez satisfecha la suficiencia de recursos de libre disposición.

Esta comprensión constitucionalmente adecuada de la autonomía de gasto local ha sido

acogida de forma irreprochable en algunas de las recientes **reformas estatutarias**. Así, tanto el Estatuto catalán como el andaluz consagran, en primer término, con alcance general, el carácter incondicionado de los recursos que se suministren vía participación de los entes locales en los ingresos tributarios autonómicos (primer inciso del art. 219.1 y art. 192.1, respectivamente); mientras que el posible establecimiento de programas de colaboración financiera específica para materias concretas solo se contempla como una medida «adicional» (segundo inciso del art. 219.1 y art. 192.2).

Aunque, como es obvio, la principal incidencia en la autonomía de gasto se ha producido con ocasión de la incorporación del principio de estabilidad presupuestaria. De hecho, la sustancial reforma del régimen local acometida por la Ley 27/2013, de racionalidad y sostenibilidad de la Administración local, no tenía otro objetivo que adaptar la normativa básica a dicho principio en cumplimiento del art. 135 CE y de la LO 2/2012. Así, el nuevo art. 116 bis de la Ley reguladora de las bases del régimen local impone a los entes locales que incluyan determinadas medidas en sus planes económico-financieros a fin de restituir la disciplina fiscal vulnerada; obligación que no se considera lesiva de su autonomía, ya que dicho art. 116 bis «deja un amplio margen de decisión en manos de los gobiernos locales para definir el programa de medidas y, en consecuencia no les priva de participar en los asuntos que son de interés para la comunidad local con una intensidad que se corresponde con la combinación de intereses locales y supralocales presente en esta materia» (STC 180/2016, FJ 8).

Para terminar ya con la vertiente de gasto de la autonomía financiera local, conviene reseñar que la misma se opone frontalmente a la práctica consistente en imponer a las entidades locales que sigan financiando, con los recursos establecidos por el Estado, las competencias que previamente la Comunidad Autónoma les ha arrebatado. Es una cuestión

que, como hemos visto líneas atrás, se planteó abiertamente al Tribunal Constitucional a propósito del art. 12 de la Ley del Parlamento de Cataluña 5/1987, de 4 de abril, de régimen provisional de las competencias de las Diputaciones Provinciales, declarándose su inconstitucionalidad en la STC 48/2004 por considerarse contrario, no solo al mandato de suficiencia, sino también a la autonomía de gasto. A juicio del Tribunal, «la citada detracción forzosa de fondos provinciales no solo limita directamente la plena disponibilidad de sus ingresos, mermándolos, por parte de las Diputaciones provinciales catalanas para «el desempeño de las funciones que la ley atribuye a las Corporaciones respectivas» (art. 142 CE), sino que, al imponer a las citadas corporaciones provinciales la transferencia anual de un porcentaje actualizable de sus ingresos a favor de la Comunidad Autónoma, condiciona, al mismo tiempo, indirectamente, la capacidad de aquellas de decidir libremente sobre el destino de sus recursos o ingresos» (FJ 11). En definitiva, dado que —según se apuntó en la STC 109/1998— la autonomía de gasto local solo puede restringirse cuando el bloque de la constitucionalidad ofrece base para ello, no podía sino declararse la inconstitucionalidad de la práctica que nos ocupa, ya que el art. 142 CE «vincula, en principio, la suficiencia de los ingresos de las haciendas locales al ejercicio, por los correspondientes entes locales, de las funciones o competencias legalmente atribuidas», no previéndose la financiación de competencias ajenas (FJ 11).

III. FINANCIACIÓN LOCAL Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD: SOBRE LA JUSTICIABILIDAD DEL ART. 142 CE

Como suele igualmente suceder cuando lo que está en juego es el reparto de los recursos entre el Estado y las Comunidades Autónomas, la jurisprudencia constitucional muestra una clara **tendencia a la autocontención** al enjuiciar la constitucionalidad de las leyes pretendidamente lesivas de la suficiencia fi-

nanciera local. Sencillamente, parece partirse de la certidumbre de que los conflictos suscitados en torno a la asignación de recursos tienen su más natural vía de resolución en el proceso político.

Esta es, muy probablemente, la convicción que subyace en la afirmación, vertida inicialmente en la STC 179/1985 a propósito de una ley que afectaba a la Hacienda Local, de que «no es el recurso de inconstitucionalidad, en ausencia de preceptos constitucionales que así lo exijan, una vía adecuada para obtener el establecimiento de uno u otro sistema de financiación de las Haciendas territoriales o la coordinación de la actividad financiera de los diversos entes territoriales entre sí» (FJ 3). A partir de entonces, el Tribunal Constitucional ha sostenido sistemáticamente en materia de financiación local la necesidad de preservar la **esfera de decisión propia del legislador**, como ha venido a recordarlo recientemente en la STC 45/2007, trayendo a colación la doctrina sintetizada en la STC 13/2007: «el control de la constitucionalidad de las leyes debe ejercerse por este Tribunal de forma que no se impongan constricciones indebidas al Poder Legislativo y se respeten sus opciones políticas» (FJ 4).

Esta tendencia a la autocontención se fundamenta, por otra parte, en la dificultad inherente a la tarea de definir qué sea «lo suficiente» en el caso concreto; circunstancia que se traduce en un laxo control por parte del Tribunal Constitucional de la actuación pretendidamente vulneradora del principio de suficiencia, extremando en estos supuestos la exigencia de que la **carga de la argumentación** recaerá sobre los recurrentes. Así, en la STC 104/2000 prácticamente no encontró ocasión para emprender un control material del principio de suficiencia: «[...] la Ley 5/1993 no vulnera el principio de suficiencia financiera de las Corporaciones locales, sencillamente, porque se limita a concretar el índice de evolución del gasto definitivo para el ejercicio 1990 conforme a los postulados de los arts. 112 a 114, y disposición adicional

duodécima LHL [...] Es, además, una Ley que se enmarca dentro de un quinquenio de financiación a través de la participación en los presupuestos generales del Estado (1989-1993), por lo que no se aprecia en qué manera puede afectar por sí misma y de forma individualizada a esta participación quinquenal. De hecho, este es un resultado que los recurrentes no han probado que se produzca (en idénticos términos, STC 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 22), no bastando la mera invocación en la demanda para que este Tribunal deba pronunciarse sobre el mismo, siendo preciso que en el cuerpo del recurso se contenga la argumentación específica o los razonamientos que fundamenten su presunta contradicción con la Norma Fundamental [...]» (FJ 5).

Así pues, la principal razón esgrimida por el Tribunal para desestimar el recurso no fue otra que el hecho de que no se hubiera atendido adecuadamente las cargas de la prueba y de la argumentación que pende sobre los recurrentes. Desatención que, como parece evidente, está relacionada con la dificultad consustancial que encierra concretar en la práctica un concepto tan impreciso como el de suficiencia financiera. Ahora bien, dicho lo anterior, es menester señalar que esta tendencial renuencia del Juez constitucional a efectuar un intenso control de este tipo de controversias no solo obedece a lo especialmente indeterminado que resulta el propio concepto de «suficiencia financiera» desde el punto de vista jurídico. Como el propio Tribunal Constitucional se ha cuidado de reseñar, también el peso de lo «material» o lo «fáctico» impone sus condicionantes en este ámbito: toda pretensión de suficiencia financiera se reconoce u otorga bajo reserva de lo económicamente posible, esto es, haciéndola depender de los medios realmente existentes de los que pueda disponerse en cada momento. Consideración que ya se apuntó, a propósito de las Haciendas Locales, en la STC 96/1990 (FJ 7), pero que encontraría su más evidente manifestación en el FJ 4 de la STC 104/2000: «Aunque el soporte material

de la autonomía financiera son los ingresos y en tal sentido la Constitución configura como principio la suficiencia de recursos (en el art. 142), sin embargo tiene un primer límite «en el marco de las disponibilidades presupuestarias» (STC 96/1990, de 24 de mayo, FJ 7)». Como a nadie habrá pasado inadvertido, la necesaria delimitación del mandato de suficiencia *ex* art. 142 CE en el marco de las «**disponibilidades presupuestarias**» juega como otro factor desincentivador de la capacidad revisora del Juez constitucional, pues, al fin y al cabo, siempre podrá considerarse que mensurar dicha disponibilidad entraña, en buena medida, una valoración esencialmente política. Por consiguiente, también bajo este prisma las posibilidades de desempeñar un riguroso control de las decisiones del legislador a la luz del mandato de suficiencia se topan con los límites jurídico-funcionales de la jurisdicción constitucional.

Una vez examinados los condicionantes que, según la propia jurisprudencia constitucional, existen para apreciar una eventual quiebra del art. 142 CE, puede afirmarse que las facultades revisoras del Tribunal Constitucional se concentran al respecto en el **control de la arbitrariedad** de las decisiones recurridas. Pues, ciertamente, en la medida en que la interdicción de la arbitrariedad constituye un elemento consustancial al Estado de Derecho que la jurisdicción constitucional no puede soslayar, siempre será factible revisar si el reparto de los recursos entre los entes locales adolece de falta de razonabilidad y puede, por ende, considerarse arbitrario. Así lo reconocería sin ambages el Tribunal Constitucional cuando tuvo la primera ocasión para ello con motivo de la impugnación de la Ley madrileña del Fondo de Solidaridad Municipal: «De otra parte, es claro que, como señalan acertadamente los recurrentes, las transferencias y subvenciones de las Comunidades Autóno-

mas a los Entes locales deben distribuirse conforme a criterios objetivos y razonables, pues en caso contrario podrían resultar vulnerados los principios constitucionales de igualdad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes público» (STC 150/1990, FJ 12).

Y sin embargo, dada la lógica cautela con que ha de efectuarse el control de arbitrariedad cuando se proyecta, no a la Administración, sino sobre el legislador mismo, no debe extrañar que en las contadas ocasiones en que el Tribunal Constitucional ha tenido que aplicarlo a problemas concernientes a la suficiencia financiera local —ya autónomamente *ex* art. 9.3 CE, ya inserto en el test del principio de igualdad—, se haya desestimado la alegada vulneración del art. 142 CE. Y es que, frente al legislador, su empleo solo puede hacerse de forma mesurada, como recuerda el Tribunal cada vez que tiene ocasión para hacerlo: «Ese control de la constitucionalidad de las leyes debe ejercerse, sin embargo, de forma que no imponga constricciones indebidas al Poder Legislativo y respete sus opciones políticas. El cuidado que este Tribunal ha de tener para mantenerse dentro de los límites de ese control ha de extremarse cuando se trata de aplicar preceptos generales e indeterminados, como es el de la interdicción de la arbitrariedad, según han advertido ya algunas de nuestras Sentencias. Así, al examinar un precepto legal impugnado, desde ese punto de vista, el análisis se ha de centrar en verificar si tal precepto establece una discriminación, pues la discriminación entraña siempre una arbitrariedad, o bien, si aun no estableciéndola, carece de toda justificación, lo que también evidentemente supondría una arbitrariedad, sin que sea pertinente un análisis a fondo de todas las motivaciones posibles de la norma y de todas sus eventuales consecuencias [...]» (STC 104/2000, FJ 8; reiterado en términos prácticamente idénticos en la STC 45/2007, FJ 4).

BIBLIOGRAFÍA

CALVO ORTEGA, R., «Constitución y Haciendas Locales», *Civitas. Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 100, 1998, págs. 559 y ss.

ENTRENA CUESTA, R., «Comentario al art. 142 de la CE», en GARRIDO FALLA, F. (Dir.), *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 2001, págs. 2458 y ss.

ESQUERDA ROSET, J. M., «Una interpretación congruente de la Sentencia del Tribunal Constitucional 109/1998 con la autonomía financiera de las diputaciones catalanas», en CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F. (Coord.), *La autonomía de los entes locales en positivo*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2003, págs. 189 y ss.

FERNÁNDEZ FARRERES, G., «El conflicto de defensa de la autonomía local: justificación, configuración jurídica y funcionalidad», *Anuario del Gobierno Local 2001*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2001, págs. 55 y ss.

FERNÁNDEZ MONTALVO, R., «Financiación de los entes locales», en MEDINA GUERRERO, M. y ARROYO GIL, A. (Coords.), *Las haciendas locales: situación actual y líneas de reforma*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2005, págs. 13 y ss.

GIMÉNEZ-REYNA-RODRÍGUEZ, E., ZURDO RUIZ-AYÚCAR, I. y ZURDO RUIZ-AYÚCAR, J., *La participación de las haciendas autonómicas y locales en los tributos del Estado*, Ayuntamiento de Madrid, 1994.

MATEO RODRÍGUEZ, L., «Ingresos no tributarios de las Corporaciones Locales», en MUÑOZ MACHADO, S. (Dir.), *Tratado de Derecho Municipal*, vol. II, Civitas, Madrid, 1988, págs. 2201 y ss.

MEDINA GUERRERO, M., *La protección constitucional de la autonomía financiera de los entes locales frente a las alteraciones de su ámbito competencial*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid 2004.

— «La garantía constitucional de la suficiencia financiera de las entidades locales», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 1, 2003, págs. 38 y ss.

RAMALLO MASSANET, J. y ZORNOZA PÉREZ, J., «Autonomía y suficiencia en la financiación de las Haciendas locales», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 259, 1993, págs. 499 y ss.

RAMOS PRIETO, J., *La participación de las haciendas locales en los tributos de las Comunidades Autónomas*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid/Barcelona, 2009.

DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS [ARTS. 143 A 158]

Artículo 143

1. *En el ejercicio del derecho a la autonomía reconocido en el art. 2 de la Constitución, las provincias limítrofes con características históricas, culturales y económicas comunes, los territorios insulares y las provincias con entidad regional histórica podrán acceder a su autogobierno y constituirse en Comunidades Autónomas con arreglo a lo previsto en este Título y en los respectivos Estatutos.*

2. *La iniciativa del proceso autonómico corresponde a todas las Diputaciones interesadas o al órgano interinsular correspondiente y a las dos terceras partes de los municipios cuya población represente, al menos, la mayoría del censo electoral de cada provincia o isla. Estos requisitos deberán ser cumplidos en el plazo de seis meses desde el primer acuerdo adoptado al respecto por alguna de las Corporaciones locales interesadas.*

3. *La iniciativa, en caso de no prosperar, solamente podrá reiterarse pasados cinco años.*

Sumario general:

Ejercicio del derecho a la autonomía: determinación de los sujetos, por **ENRIC FOSSAS ESPADALER**

La iniciativa del proceso autonómico, por **CÉSAR AGUADO RENEDO**

ARTÍCULO 143.1

EJERCICIO DEL DERECHO A LA AUTONOMÍA: DETERMINACIÓN DE LOS SUJETOS

Sumario: I. Introducción. II. Principio autonómico y principio dispositivo. III. Derecho a la autonomía: ejercicio y titularidad. IV. Proceso autonómico y definición del mapa autonómico.

ENRIC FOSSAS ESPADALER

CATEDRÁTICO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BARCELONA
EXLETRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. INTRODUCCIÓN

El art. 143 CE encabeza el Capítulo III («De las Comunidades Autónomas»), dentro del Título VIII de la Constitución («De la organización territorial del Estado»), y en su primer apartado contiene las condiciones que deben reunir los territorios que en ejercicio del derecho a la autonomía, reconocido y garantizado a las nacionalidades y regiones en el art. 2 CE, quieran acceder a su autogobierno y constituirse en Comunidades Autónomas, una de las entidades en las que se organiza territorialmente el Estado. El precepto es expresión de dos de los principios constitucionales que rigen dicha organización territorial: el principio de autonomía y el llamado principio dispositivo. De acuerdo con el primero, el poder público no se ejerce solo por los órganos generales del Estado, sino que se distribuye verticalmente, de tal forma que en su ejercicio participan entidades de distinto rango: los municipios, las provincias y las Comunidades Autónomas (art. 137 CE). De acuerdo con el segundo, la Constitución no crea las Comunidades Autónomas, ni delimita su territorio, sino que establece unos procedimientos para que las nacionalidades y Regiones, primero expresen su voluntad de autogobierno, y después se constituyan en Comunidades Autónomas mediante la aprobación de su respectivo

Estatuto de Autonomía, donde se contiene «la delimitación de su territorio» [art. 147.2.b) CE]. Ahora bien, siguiendo este mismo principio, inspirado en la Constitución de la Segunda República, tampoco la Constitución identifica a las nacionalidades y Regiones que integran la Nación española y ostentan el derecho a la autonomía reconocido en el art. 2 CE. Precisamente el primer apartado del art. 143 CE establece unos criterios para determinar los territorios que pueden ser sujetos de aquel derecho (Provincias limítrofes, territorios insulares y Provincias singulares con entidad regional), y voluntariamente («podrán acceder a su autogobierno») constituirse en Comunidades Autónomas de acuerdo con lo previsto en el Título VIII y en su respectivo Estatuto de Autonomía, si bien en otros preceptos del mismo Título (art. 144 CE) y en varias disposiciones transitorias se contienen reglas especiales para la determinación de dichos sujetos territoriales.

Este precepto constitucional, como otros del Título VIII, es hoy solo historia, pues carece de virtualidad alguna, ya que una vez constituidas todas las Comunidades Autónomas a principios de los años ochenta, mediante la aprobación de los correspondientes Estatutos de Autonomía, y delimitado definitivamente el mapa autonómico a mediados de los

noventa, con el acceso a la autonomía de Ceuta y Melilla, los potenciales sujetos del derecho a la autonomía, entendido como «derecho a acceder al autogobierno y constituirse en Comunidad Autónoma», no pueden ya ejercerlo de nuevo en los términos del art. 143 CE. Cuestión distinta es que se conciba el derecho a la autonomía de un modo más amplio, o que pueda imaginarse la creación de nuevas Comunidades Autónomas a partir de la reforma de los actuales Estatutos de Autonomía, algunos de los cuales contienen normas para la modificación de su propio territorio. El art. 143 CE no tiene presente, ni tampoco futuro: se trata de una norma procesal autonómica que no podrá aplicarse de nuevo, y de ahí que, en una eventual reforma constitucional destinada a incluir la denominación de las Comunidades Autónomas en la Constitución, el precepto se vería condenado a su desaparición, al menos en su redacción actual.

En cuanto a su pasado, debe destacarse que tampoco el precepto desplegó toda la eficacia que estaba llamado a tener en el proceso de definición del mapa territorial, uno de los elementos esenciales de la nueva organización política prefigurada por la Constitución, que esta dejaba en manos del principio dispositivo. Y ello porque la determinación de los sujetos territoriales que podían ejercer el derecho a la autonomía se vio realmente condicionada por dos decisiones políticas: en primer lugar, la instauración de los regímenes de pre-autonomías mediante reales decretos-leyes aprobados en 1977 y 1978, los cuales establecieron una división de (casi todo) el territorio español que no solo condicionó la redacción del Título VIII de la Constitución, sino que pesó decisivamente en la determinación y delimitación de las futuras Comunidades Autónomas; y en segundo lugar, los Acuerdos Autonómicos firmados por el Gobierno de la UCD y el PSOE en 1981, los cuales fijaron un mapa autonómico que se convirtió en definitivo con la aprobación de los correspondientes Estatutos de Autonomía. Ambas decisiones, adoptadas desde la perspectiva y los intere-

ses de los dos grandes partidos estatales, redujeron e incluso sustituyeron la voluntariedad que había de presidir el proceso autonómico, y en concreto, la constitución de las Comunidades Autónomas, que debía ser resultado del ejercicio del derecho a la autonomía por parte de los sujetos determinados en el art. 143.1 CE.

Probablemente por el pasado y el presente de este precepto, los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre el mismo han sido muy escasos, y tuvieron su origen en los litigios surgidos en el transcurso de la constitución de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, de cuyo territorio pretendió segregarse la provincia de León (STC 89/1984, de 28 de septiembre), y al que se integró la provincia de Segovia por la vía del art. 144.c) CE (STC 100/1984, de 8 de noviembre). Ambas resoluciones, junto a otras relativas al principio dispositivo (principalmente, la STC 16/1984, de 6 de febrero) sirvieron para establecer la doctrina constitucional sobre el art. 143 CE.

II. PRINCIPIO AUTONÓMICO Y PRINCIPIO DISPOSITIVO

El art. 143 es expresión del principio autonómico, por cuanto establece los sujetos que podrán constituirse en Comunidades Autónomas, una de las entidades en las que se organiza territorialmente el Estado y, al igual que los Municipios y las Provincias, «gozan de autonomía para la gestión de sus propios intereses», de acuerdo con el art. 137 CE. Este artículo contiene el principio organizativo según el cual el poder del Estado se ejerce por unas instancias centrales o generales, y por diversas instancias territoriales. Como declaró el Tribunal en una de sus primeras sentencias, «los órganos generales del Estado no ejercen la totalidad del poder público, porque la Constitución prevé, con arreglo a la distribución vertical de poderes, la participación en el ejercicio del poder de entidades territoriales de distinto rango, tal como expresa el art. 137 de la Constitución»

(STC 4/1981, de 2 de febrero, FJ 2). En la misma resolución se afirma que este precepto «refleja una concepción amplia y compleja del Estado, compuesto por una pluralidad de organizaciones de carácter territorial dotadas de autonomía» (FJ 3).

Las entidades a las que se refiere el art. 137 CE son de «distinto rango», debido a la distinta naturaleza de su autonomía, y se diferencian en cuanto a su existencia, pues mientras las entidades locales (Municipios y Provincias) preexisten a la Constitución, asumiendo esta el mapa territorial de la Administración Local vigente en el momento de su aprobación, las Comunidades Autónomas son entidades territoriales que se crearán en el futuro, y de ahí que el precepto utilice la expresión «que se constituyan». Tal diferencia también ha sido puesta de manifiesto por el Tribunal en los siguientes términos: «frente a la autonomía municipal y provincial, el acceso de las nacionalidades y regiones a la autonomía aparece regulado en la Constitución de acuerdo con unos principios dispositivos que permiten que el régimen autonómico se adecue en cada caso a las peculiaridades y características de esas regiones y nacionalidades» (STC 16/1984, de 6 de febrero, FJ 2).

De ahí que el art. 143 CE sea también expresión del llamado principio dispositivo, por cuanto la creación de las Comunidades Autónomas es fruto de la iniciativa y la voluntad de autogobierno de las nacionalidades y regiones, al que acceden mediante la aprobación de su respectivo Estatuto de Autonomía. Como es sabido, la Constitución de 1978 se inspiró en este punto en la experiencia de la Segunda República, cuya Constitución creó el llamado *Estado integral*, basado también en el principio según el cual el acceso a la autonomía de las regiones se hacía depender de su voluntad, y de ahí que el art. 137 CE presente gran similitud con el art. 8 de la Constitución de 1931, que rezaba: «El Estado español [...] estará compuesto por municipios, mancomunados en provincias y por las regiones que se constituyan en régimen de au-

tonomía». Siguiendo este mismo principio, la Constitución republicana no identificaba a las regiones que podían acceder a la autonomía, y su art. 11 disponía: «Si una o varias provincias limítrofes, con características históricas, culturales y económicas comunes, acordaran organizarse en región autónoma para formar un núcleo político-administrativo dentro del Estado español, presentará su Estatuto con arreglo a lo establecido en el art. 12». Como puede verse, se trata del precedente directo y la principal fuente de inspiración del primer apartado del art. 143 CE, que aquí se comenta.

A pesar de la similitud entre los textos constitucionales de 1931 y 1978, las manifestaciones del principio dispositivo en la creación de las nuevas entidades territoriales (Regiones Autónomas/Comunidades Autónomas), presentan dos diferencias notables. La primera es que la Constitución de 1931 no consagraba formalmente en su art. 1 la autonomía como un derecho, que sí se introduce en el art. 2 de la Constitución de 1978. La segunda es que en la Constitución republicana la voluntad de autogobierno se expresaba mediante una única forma: la presentación de un Proyecto de Estatuto, mientras la Constitución actual establece una pluralidad de vías de impulso, o de iniciativa autonómica, como trámite previo y diferenciado de los distintos procedimientos de elaboración de los Estatutos de Autonomía. Conviene examinar estas diferencias porque ambas arrojan luz sobre la interpretación del primer apartado del art. 143 CE.

El art. 143.1 CE concreta el «ejercicio del derecho a la autonomía reconocido en el art. 2 de la Constitución», donde se afirma que la «Nación española», sujeto constituyente, está «integrada» por «nacionalidades y regiones» a las que se reconoce y garantiza tal derecho. La Constitución de 1931 proclamaba que «España es una República»; que esta «constituye un Estado integral» (art. 1); que el «Estado español [...] estará integrado por [...] las regiones que se constituyan en régimen de autonomía» (art. 8); y que una o varias provincias con unas determinadas características podían

acordar «organizarse en región autónoma para formar un núcleo político-administrativo, dentro del Estado español [...]» (art. 11). La Constitución actual introduce pues el derecho a la autonomía de las «nacionalidades y regiones» que integran la Nación española, pero el art. 2 CE no determina los sujetos de este derecho, ni delimita su contenido, aspectos que en principio deberían precisarse en el Título VIII. Sin embargo, en dicho Título no se mencionan a las nacionalidades y regiones, y la única referencia al derecho a la autonomía que en aquel se hace se encuentra en el art. 143 CE, cuya redacción ha suscitado diversas interpretaciones sobre la titularidad y ejercicio de este derecho, el primero que aparece en el articulado de nuestra Constitución.

III. DERECHO A LA AUTONOMÍA: EJERCICIO Y TITULARIDAD

Según el art. 143.1 CE, **el ejercicio del derecho a la autonomía reconocido en el art. 2 CE consiste en el acceso de las nacionalidades y regiones al autogobierno y su constitución en Comunidades Autónomas**. Así parece haberlo entendido el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia, aunque esta no es la única interpretación que la doctrina y el legislador han realizado del contenido de este derecho.

En efecto, se podría sostener que el objeto del derecho del art. 2 CE no es propiamente el acceso a la autonomía, sino que aquel se reduce a la iniciativa del proceso autonómico o al contenido de la autonomía. Tal concepción es difícil de compartir, pues parece poco admisible que la garantía de un derecho se limite a su contenido, para el caso de que se ejercite, pero no así al ejercicio mismo. Las nacionalidades y Regiones, en ejercicio del derecho a la autonomía reconocido en el art. 2 CE, «podrán acceder a su autogobierno y constituirse en Comunidades Autónomas» (art. 143.1 CE) si los entes determinados por la Constitución previamente han ejercido la iniciativa autonómica por alguna de las vías

previstas en el Título VIII. En caso de haberse seguido alguno de los procedimientos constitucionales de acceso a la autonomía, y de cumplirse las mencionadas reglas para ser «sujeto» del derecho, no parecería constitucionalmente aceptable otorgar al legislador estatal la posibilidad de negarse a la constitución de la Comunidad Autónoma. El derecho de iniciativa no conduce necesariamente al derecho a la autonomía. Pero una vez ejercido aquel de acuerdo con la Constitución, las Cortes no podrían obstaculizar el derecho a la autonomía del territorio, y de este modo, su capacidad de convertirse en Comunidad Autónoma.

En la STC 100/1984, **el Tribunal ha diferenciado el derecho a la autonomía, reconocido por el art. 2 CE a las nacionalidades y regiones, del derecho de iniciativa autonómica**, cuyo titular sería la provincia (en ese caso, de Segovia) «cuando ella entienda que reúne los requisitos del art. 143.1 y 2 para convertirse en Comunidad Autónoma [...]». Pero ello no significa, sin más, que directamente emanado de la Constitución, Segovia, o cualquier otra provincia, tenga un derecho a constituirse en Comunidad Autónoma uniprovincial, pues han de ser las Cortes Generales las que verifiquen si en Segovia concurre el requisito que el art. 143.1 de la CE exige al respecto, esto es, si se trata de una provincia «con entidad regional histórica», y si, por otra parte, en su proceso hacia la autonomía se han cumplido las exigencias del art. 143.2 CE» (FJ 2). El Tribunal llega en ese caso a la discutible conclusión de que «las provincias *uti singuli* no son titulares de un derecho de autonomía en el sentido del art. 2 de la Constitución, sino de un derecho a ejercer la iniciativa autonómica [...]» (FJ 3).

Se puede sostener, en cambio, que el contenido del derecho a la autonomía *ex* art. 2 CE no se limita a la iniciativa autonómica, y efectivamente garantiza el derecho de las nacionalidades y regiones a convertirse en una Comunidad Autónoma siguiendo los procedimientos previstos en la norma fundamental, pero a

nada más. Así concebido, el ejercicio del derecho tendría carácter *dispositivo*, pues los sujetos titulares del mismo pueden renunciar a ejercerlo, mientras su resultado tendría carácter *imperativo*, ya que solo puede conducir a la formación de una Comunidad Autónoma, pero no otra entidad territorial (a una nueva provincia, a una mancomunidad o una federación). De ahí que el derecho a la autonomía no quedaría indefinidamente abierto, sino que agotaría sus efectos una vez (la nacionalidad o región) se hubiera constituido en la correspondiente Comunidad Autónoma, sin que fuera posible jurídicamente un nuevo ejercicio del mismo. Esta parece ser la concepción que el Tribunal Constitucional sostiene del derecho a la autonomía, «que la Constitución reconoce y garantiza a “las nacionalidades y regiones” que integran la Nación española (art. 2) y que conectado con el art. 143.1 (al margen de otros supuestos que no hacen al caso) consiste en el derecho a “acceder a su autogobierno y constituirse en Comunidades Autónomas”» (STC 100/1984, FJ 2). El derecho a la autonomía se distinguiría del derecho de iniciativa autonómica, como se ha dicho, y el Tribunal reitera la misma idea en su STC 89/1984, al declarar que «los actos a los que se refiere el art. 143 son, como el propio precepto indica, actos de iniciativa, actos de primera impulsión del proceso que agotan sus efectos cuando este ha entrado en su siguiente fase» (FJ 5), en referencia al proceso de elaboración del proyecto de Estatuto previsto en el art. 146 CE. Este sería un entendimiento del derecho a la autonomía basado en la difuminación o desaparición de sus titulares en el Título VIII de la Constitución, que en ningún momento habla de las «nacionalidades y regiones», sino de las Comunidades Autónomas. Una eventual modificación del resultado del ejercicio de tal derecho ya no podría tener su base en el art. 2 CE, sino en la reforma de su correspondiente Estatuto de Autonomía, que no formaría parte del contenido del derecho reconocido en este precepto constitucional.

También se ha defendido que el derecho a la autonomía garantizado en el art. 2 no es solo

el derecho a acceder a esta, sino también el derecho a conservarla. No se trataría ya del derecho de las nacionalidades y regiones a constituirse en Comunidades Autónomas, sino de disponer de su autogobierno como una garantía constitucional, de tal forma que el contenido esencial o nuclear de los Estatutos no sería ni siquiera disponible mediante la reforma constitucional por la vía del art. 167 CE, ya que entonces se «afectaría» al art. 2, la modificación del cual está reservada al procedimiento del art. 168 CE. Dicha concepción corre el riesgo de confundir el derecho a la autonomía, consagrado en el art. 2 del texto constitucional vigente, con la autonomía de «las Comunidades Autónomas que se constituyan», proclamada en el encabezamiento del Título VIII (art. 137 CE), y que no es un derecho, sino un principio organizativo, según el cual el Estado español se construye sobre un doble nivel de gobierno, al igual que en los Estados federales, y las Comunidades Autónomas, como instancias territoriales de poder, son entidades políticas de carácter estatal.

Para resolver esta confusión entre las dos dimensiones de la autonomía se ha sugerido que en una eventual reforma constitucional sería preciso cuestionar en el art. 2 CE la configuración indefinida de la autonomía esencialmente como un derecho, con desplazamiento de su contenido estructural. Así parece hacerlo el Consejo de Estado en su «Informe sobre modificaciones de la Constitución española» cuando propone «sustituir la referencia a un derecho «a» la autonomía, ya realizado, por una garantía constitucional de la autonomía que gozan nacionalidades y regiones mediante su transformación en Comunidades Autónomas. El hecho de que las nacionalidades y regiones, en virtud del ejercicio que hicieran de su derecho constitucional «a» la autonomía, se hayan constituido en Comunidades Autónomas, sirve para consolidar el carácter y el fundamento constitucional del derecho «de» autonomía, que es el que corresponde en esta fase, como reconocido y garantizado por la Constitución».

Finalmente, el principio dispositivo permitiría dar un significado al derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que no lo reduce a la mera posibilidad de convertirse en CC. AA., ni lo confunde con la autonomía de estas como principio estructural, es decir, como división vertical del poder asimilable al principio federal. La capacidad decisiva que deben mantener los entes territoriales, no solo en la creación sino también en la modificación de la estructura territorial, exige que el derecho a la autonomía contenga una garantía de su contenido, así como una capacidad de disposición del autogobierno al que las nacionalidades y regiones aspiren en cada momento dentro del marco de la Constitución. Este significado del derecho a la autonomía es el que parece acogerse en las reformas estatutarias de 2006 y 2007. Así se desprende del *Informe sobre la reforma del Estatuto* (IEA, Barcelona, 2003), estudio jurídico sobre la reforma del Estatuto de Cataluña, donde se considera la autonomía «como el *reconocimiento de un derecho*, cuyo ejercicio tiene origen en el propio territorio que quiere acceder al régimen de autogobierno, y que debe hacerse efectivo, precisamente, en el Estatuto como norma específica y singular que completa una remisión constitucional. [...] El Estatuto es, por lo tanto, el instrumento mediante el cual se produce el reconocimiento y la garantía del derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones (art. 2 CE)» (pág. 45). Puede verse asimismo la Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto Autonomía de Aragón. El art. 1 de esta Ley, intitulado *El autogobierno de Aragón*, dispone en su ap. 1: «Aragón, nacionalidad histórica, ejerce su autogobierno de acuerdo con el presente Estatuto, en el ejercicio del derecho a la autonomía que la Constitución reconoce y garantiza a toda nacionalidad». Nótese que el precepto atribuye la titularidad del derecho a la autonomía a la «nacionalidad», y su ejercicio se traduce (valga la redundancia) en «ejercer su autogobierno».

En cuanto a la **titularidad del derecho a la autonomía, la Constitución señala como**

sujetos del mismo a las «nacionalidades y regiones» que integran España, pero sin designar cuáles son aquellas, sino que deja parcialmente a la libre voluntad de determinados entes locales tal delimitación territorial, estableciendo en el Título VIII algunas reglas abstractas que restringen la libre disposición. Así, el primer apartado del art. 143.1 reconoce el derecho a la autonomía a entidades territoriales determinadas según un triple criterio: a) provincias limítrofes con características históricas, culturales y económicas comunes; b) territorios insulares, y c) provincias con entidad regional histórica. En principio, son los territorios que responden a alguna de estas tres categorías los que se constituyen en sujetos del derecho a la autonomía, apreciando por sí mismos la concurrencia de los criterios establecidos en el art. 143.1 CE. **El principio dispositivo se manifiesta no solo atribuyendo a la voluntad territorial la capacidad creadora de nuevas instancias de poder, las Comunidades Autónomas, sino confiando una potestad de autoidentificación o autodelimitación de su ámbito territorial**, de manera que son las entidades territoriales mencionadas en el art. 143.1, sin intervención del Estado (con las excepciones que se dirán), a quienes corresponde la apreciación de los conceptos utilizados por la Constitución como criterios definitorios de los mismos. Ello no se vería contradicho por la intervención del Estado-poder central en el proceso de creación de las Comunidades Autónomas, ni por la necesaria intervención de las Cortes Generales, que, según se desprende de la STC 100/1984 (FJ 2), ostentarían el poder de controlar el cumplimiento de los requisitos exigidos por el art. 143.1 y 2 CE para que un territorio pueda ejercer el derecho a la autonomía. Los territorios que cumplen los requisitos del art. 143.1 CE son titulares de un derecho reconocido y garantizado por el art. 2 CE, cuyo ejercicio no podría ser impedido en caso de concurrir tales requisitos.

Pero como se ha avanzado, **el Título VIII contiene reglas especiales para la deter-**

minación de los sujetos territoriales que pueden acceder a la autonomía, y que no responden a los criterios del art. 143.1 CE.

Así, el art. 144 prevé que «las Cortes Generales, mediante ley orgánica, podrán por motivos de interés nacional: a) autorizar la constitución de una Comunidad Autónoma cuando su ámbito territorial no supere el de una provincia y no reúna las condiciones del ap. 1 del art. 143; b) autorizar o acordar, en su caso, un Estatuto de Autonomía para territorios que no estén integrados en la organización provincial; c) sustituir la iniciativa de las corporaciones locales a que se refiere el ap. 2 del art. 143». En estos casos, no puede entenderse que el acceso a la autonomía de los territorios se realice mediante el ejercicio del derecho a la autonomía del art. 2 CE, ni tan siquiera que la misma determinación o identificación del territorio se deje a la voluntad de este, pues ambos extremos son decididos por las Cortes Generales «por motivos de interés general». En el último supuesto, el Tribunal ha entendido que se trata de una cláusula de cierre del sistema «que cumple una función de garantía respecto de la viabilidad misma del resultado del proceso autonómico» (STC 100/1984, FJ 3), que permitiría a las Cortes Generales sustituir una falta de iniciativa de las Corporaciones locales por no haberla ejercido, por haber fracasado el intento, e incluso para rectificar iniciativas ya ejercidas bajo el régimen del art. 143. 1 CE que resultaran lesivas del interés nacional. Si bien el mismo Tribunal admite que la facultad del art. 144.c) CE no es ilimitada, pues solo cabe que las Cortes lo ejerzan respecto a las Corporaciones del art. 143.2 CE, pero no respecto a los territorios citados en las disposiciones transitorias 2.^a, 4.^a y 5.^a

En efecto, además de las reglas especiales para la determinación de los territorios de las futuras Comunidades Autónomas, previstas en el art. 144.c) CE, deben mencionarse las contenidas en **diversas disposiciones transitorias de la Constitución, que también operan como excepción a los criterios establecidos en el art. 143.1 CE.** Es cierto

que en ellas lo que se establece propiamente son las vías de acceso a la autonomía, pero al mismo tiempo **se determina singularmente el sujeto del derecho a la autonomía, precisando su territorio.** Este es el caso de la disposición transitoria 2.^a, que se refiere a «los territorios que en el pasado hubiesen plebiscitado afirmativamente proyectos de Estatuto de autonomía y cuenten, al tiempo de promulgarse este Constitución, con regímenes provisionales de autonomía», condiciones que solo cumplían Cataluña, Galicia y el País Vasco. Asimismo, la disposición transitoria 4.^a, junto a la disposición adicional 1.^a, que se refiere a Navarra, aunque su acceso a la autonomía se concretó por la vía del «Amejoramiento del Fuero», tal como se previó en los Acuerdos Autonómicos del 1981. Por su parte, la disposición transitoria 5.^a dispone que «las ciudades de Ceuta y Melilla podrán constituirse en Comunidades Autónomas si así lo deciden sus respectivos Ayuntamientos, mediante acuerdo adoptado por la mayoría absoluta de sus miembros y así lo autorizan las Cortes Generales, mediante una ley orgánica, en los términos previstos en el art. 144». Finalmente, la disposición transitoria 1.^a dispone que «En los territorios dotados de un régimen provisional de autonomía, sus órganos colegiados superiores, mediante acuerdo aprobado por la mayoría de absoluta de sus miembros, podrán sustituir la iniciativa que el ap. 2 del art. 143 atribuye a las Diputaciones Provinciales o a los órganos interinsulares correspondientes». Esta disposición, como se verá, tuvo una gran incidencia en la delimitación del territorio de las futuras Comunidades Autónomas debido a la generalización de los regímenes provisionales de autonomía, hasta el punto de que esta norma, prevista como excepción, se convirtió en regla general del proceso autonómico frente a las reglas del art. 143 CE.

A fin de precisar el titular del derecho a la autonomía, a cuyo ejercicio se refiere el art. 143.1 CE, conviene volver a la distinción que la jurisprudencia constitucional ha realizado (SSTC 89/1984, FJ 5; 100/1984, FJ 2) entre el

derecho a la iniciativa autonómica y el derecho a la autonomía, porque distinto es el sujeto de cada derecho. El primero se ciñe a la facultad de impulsar la constitución de la provincia en Comunidad Autónoma o la de constituir una Comunidad con otras provincias que manifiesten asimismo una voluntad concordante (art. 143.2 CE). **Los sujetos de este derecho, como facultad de impulso preliminar en el proceso de constitución de una Comunidad Autónoma, son los Ayuntamientos y Diputaciones** (y los órganos preautonómicos, disposiciones transitorias 1.^a y 2.^a CE). El segundo consiste en el **derecho a acceder a su autogobierno y constituirse en Comunidades Autónomas** (art. 143.1 CE), **y sus titulares son los «sujetos activos del proceso», que no son los anteriores, sino un nuevo «órgano» que expresa la voluntad del territorio en su conjunto:** una asamblea compuesta por los miembros de las Diputaciones de las Provincias afectadas y por los Diputados y Senadores elegidos, que elaborará el proyecto de Estatuto conteniendo el régimen jurídico futuro del territorio, el cual ya ha manifestado su voluntad de constituirse en Comunidad Autónoma. La STC 98/1984 lo expresa claramente: «Los Ayuntamientos y la Diputación impulsan un proceso, pero no disponen de él, por la doble razón de que, producido válidamente el impulso, son otros los sujetos activos del proceso y otro también el objeto de la actividad que en este se despliega: según el art. 146, una asamblea compuesta por los miembros de las Diputaciones de las provincias afectadas y por los Diputados y Senadores elegidos en ellas elaborará un proyecto de Estatuto que será elevado a las Cortes para su tramitación como Ley. El sujeto del proceso no está integrado ya, como en su fase de impulsión preliminar, por las Diputaciones y Municipios, sino que es un nuevo órgano que nace porque ya se ha manifestado la voluntad impulsora y que expresa ahora la del territorio en su conjunto; y esa voluntad ya tiene un objeto distinto, el régimen jurídico futuro del territorio que ya ha manifestado su voluntad de constituirse en Comunidad

Autónoma mediante actos de iniciativa que ya han agotado sus efectos» (FJ 5).

Conviene subrayar el **carácter territorial de los titulares del derecho a la autonomía, pues el «órgano» al que se refiere el Tribunal Constitucional expresa la «voluntad del territorio», en este caso para ejercer en su nombre aquel derecho.** La cuestión tiene su importancia porque mientras se ha afirmado unánimemente que las Comunidades Autónomas «son entes territoriales», podría ponerse en cuestión que las «nacionalidades y regiones» gozan de este carácter de ente territorial. Ciertamente, una cosa son las entidades naturales, históricas o sociológicas que tienen una existencia previa a la misma Constitución (nacionalidades y regiones), a las que se reconoce el derecho a la autonomía (art. 2 CE); y otra distinta son las entidades jurídico-políticas (las Comunidades Autónomas) en que se pueden convertir aquellas siguiendo los procedimientos constitucionales previstos para ejercer tal derecho. El principio dispositivo permite una «auto-identificación» de las primeras como titulares del mismo, dejando por tanto indeterminadas las instancias territoriales concretas que pueden ejercer tal derecho, constituyéndose en Comunidades Autónomas. Los preceptos constitucionales (arts. 143.1, 144, DT 2.^a CE) son inequívocos en cuanto al carácter territorial de los entes que pueden ejercer el derecho a la autonomía, y de ahí que no cabría constitucionalmente una concepción no territorial de aquellos.

Con ello no se quiere decir que las «nacionalidades y regiones» (art. 2 CE) sean un territorio (además indeterminado), y en consecuencia resulte dudoso hablar de un «derecho» que le es reconocido y garantizado, al no tratarse ni de una persona física ni jurídica. Los titulares del derecho a la autonomía es obvio que no son los territorios, sino unas entidades colectivas integradas por una población asentada en un territorio —de «características históricas, culturales y económicas comunes» (art. 143.1 CE)— que, a través de sus repre-

sentantes (y también directamente, en algunos casos), ejercen aquel derecho, el cual consiste en «acceder al autogobierno y constituirse en Comunidades Autónomas» (art. 143.1 CE), es decir, en «corporaciones públicas de base territorial y naturaleza política» (STC 25/1981, FJ 3). En consecuencia, resulta impensable que el ejercicio del derecho a la autonomía *ex art. 2 CE*, tal como está regulado, pueda ser individual, como la mayoría de los derechos de autonomía garantizados a las personas en las Constituciones liberales, o pueda quedar desvinculado del territorio, como algunos derechos colectivos, que se atribuyen a determinados grupos o minorías, independientemente de su ubicación territorial.

El Tribunal Constitucional declaró tempranamente que el art. 2 CE reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones «introduciendo así en el ordenamiento una nueva categoría de entes territoriales, dotados de autonomía, diferentes de los ya existentes, provincias y municipios» (STC 16/1984, FJ 2). Y ello a pesar de que la jurisprudencia constitucional ha construido su concepción territorial del Estado a partir del art. 137 CE, sin superar la tensión que este mantiene con el art. 2 CE, quizá porque el Título VIII solo habla de las Comunidades Autónomas, o sea, de la organización política resultante del ejercicio del derecho a la autonomía que ostentan las nacionalidades y regiones. A pesar de su desaparición del Título VIII, las nacionalidades y regiones que integran España siguen siendo los sujetos territoriales del derecho a la autonomía reconocido en el art. 2 CE, cuyo ejercicio les ha convertido en Comunidades Autónomas.

IV. PROCESO AUTONÓMICO Y DEFINICIÓN DEL MAPA AUTONÓMICO

Ya se ha señalado que el ap. 1.º del art. 143 CE vio condicionada su eficacia como norma destinada a determinar las nacionalidades y regiones que pueden constituirse en Comuni-

dades Autónomas ejerciendo el derecho a la autonomía, y por tanto, como regla para definir el mapa autonómico que la Constitución no establecía en virtud del principio dispositivo, remitiendo la delimitación del territorio de cada Comunidad Autónoma a su propio Estatuto [art. 147.2.b) CE]. La primera razón de ello radica en que el proceso autonómico emprendido durante la transición política se inició con anterioridad a la aprobación del texto de 1978, mediante la generalización de los regímenes provisionales de autonomía que configurarían un mapa territorial, el cual condicionaría la redacción del Título VIII y el mismo proceso de constitución de las Comunidades Autónomas. La segunda razón debe buscarse en los primeros pactos autonómicos suscritos en 1981, mediante los cuales los dos principales partidos de ámbito estatal acordaron ordenar algunos aspectos del proceso autonómico, entre ellos, la concreción del mapa autonómico siguiendo las líneas maestras de las pre-autonomías.

La Constitución no estableció el mapa autonómico, que remitió a los Estatutos de Autonomía, pero estos en realidad asumieron casi en su totalidad las divisiones territoriales correspondientes a los regímenes provisionales de autonomía anteriores a la Constitución utilizando en la mayoría de los casos la vía de la disposición transitoria 1.ª, como se ha dicho. De ahí que la delimitación actual de las Comunidades Autónomas quedara prefigurada, en buena medida, en la etapa de los llamados entes pre-autonómicos, creados entre 1977 y 1978 mediante reales decretos-leyes, siguiendo el esquema que sirvió para la restauración provisional de la Generalidad de Cataluña. Esta operación, realizada desde el Gobierno, supuso la generalización de la autonomía a prácticamente todo el territorio del Estado, influyó en la redacción del Título VIII de la Constitución, que vino a reconocer dicho mapa, y pesó decisivamente en la posterior delimitación de los territorios mediante los respectivos Estatutos de Autonomía, ya que el mapa pre-autonómico, con algunas correc-

ciones, fue asumido posteriormente en las normas estatutarias. La autoidentificación de las nacionalidades y regiones, como sujetos del derecho a la autonomía, que debía realizarse en aplicación de las reglas del art. 143.1 CE, y la misma facultad de impulso autonómico, no se guiaron tanto por la voluntariedad de los territorios, tal como exigía el principio dispositivo, como por las decisiones del Gobierno de la UCD, y los acuerdos políticos basados en los intereses de los dos partidos estatales, todo ello conducido con una cierta improvisación para resolver situaciones coyunturales.

En este sentido, se ha señalado que con las pre-autonomías se cerró el debate sobre uno de los elementos sustanciales a la forma territorial, lo cual supuso un hurto a la actividad del poder constituyente y al propio diseño constitucional, puesto que se trató de proceso constituyente implícito. La decisión política que el constituyente teóricamente remitió al legislador postconstitucional se adoptó por un Gobierno preconstitucional, y con esa forma de proceder se limitó la facultad de impulso y la capacidad decisiva de los sujetos territoriales, limitando seriamente la eficacia del principio dispositivo.

En efecto, el mapa pre-autonómico se empezó a diseñar con el acuerdo entre el Gobierno del Presidente Adolfo Suárez y el Presidente de la Generalidad de Cataluña en el exilio, señor Tarradellas, cuyo resultado fue el restablecimiento provisional de dicha institución mediante el Real Decreto-Ley 41/1977, de 29 de septiembre, y el nombramiento de aquel como Presidente de la Generalidad provisional. A partir de este momento, y hasta el mes de octubre de 1978, se dictaron sucesivas tandas de decretos-leyes que se negociaron previamente con la Asamblea de Parlamentarios formada por los Diputados y Senadores elegidos en las Provincias que comprenderían el territorio de la futura pre-autonomía, hasta un total de catorce decretos-leyes. Después de Cataluña, se aprobó el régimen preautonómico para el País Vasco en enero de 1978, y a

continuación el de Navarra, que contemplaba la posibilidad de su incorporación al País Vasco mediante una solución de compromiso. A estos le siguieron Galicia, que junto a Cataluña y el País Vasco habían mostrado su voluntad autonómica durante la Segunda República. Inmediatamente después se aprobaron los reales decretos-leyes para Canarias, Aragón y el País Valenciano, a los que siguió Andalucía. Posteriormente se aprobaron los correspondientes a Baleares, Extremadura, Castilla y León, Asturias, Murcia y Castilla-La Mancha. Estos reales decretos-leyes contenían reglas para introducir una cierta flexibilidad, puesto que dejaban abierta la posibilidad de que algunas Provincias inicialmente integradas en una autonomía la abandonaran, o que se integraran en ella otras nuevas, y ello porque en algunos casos (Madrid, La Rioja, Cantabria, Segovia) estaba en discusión esa posible integración o abandono. De esta forma se crearon catorce pre-autonomías en el territorio español, la mayoría de las cuales se convertirían en Comunidades Autónomas con la aprobación de sus respectivos Estatutos de Autonomía.

La delimitación definitiva del mapa autonómico se llevaría a cabo mediante otro mecanismo de singular naturaleza constitucional: los Acuerdos Autonómicos suscritos en 1981 entre el Gobierno de la UCD y el PSOE, precedidos por el *Informe de la Comisión de Expertos sobre Autonomías*, del mismo año, elaborado por un grupo de académicos presidida por el Profesor Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, por encargo del Gobierno con el acuerdo del partido de la oposición. La Comisión dictaminó que la fuerza innovadora que la Constitución otorgaba a las iniciativas territoriales en la construcción del Estado de las Autonomías era muy amplia y los resultados de su actualización podían ser muy heterogéneos. Por ello, «de un empleo exclusivo e inmoderado del principio dispositivo, sin que le sean aplicadas correcciones que la propia Constitución establece, es difícil que pueda resultar una racional organización del Estado». En consecuencia, las

propuestas fijaron importantes elementos de la estructura territorial que la Constitución dejaba a la voluntariedad o disponibilidad de los entes territoriales: desde la delimitación del mapa autonómico hasta las vías de acceso a la autonomía, pasando por los plazos y el procedimiento para la aprobación de los Estatutos de Autonomía. En concreto, en lo referente a la fijación del mapa autonómico español se abogaba por la generalización de la autonomía, a la que deberían acceder por la vía del art. 143 CE los territorios que aún no se habían constituido en Comunidad Autónoma, recomendando que se evitara el acceso a la autonomía de Provincias en solitario, y que se adoptara en los futuros Estatutos mecanismos de flexibilización, dejando abierta la posibilidad de que algunas Provincias se integraran con posterioridad a una Comunidad Autónoma ya constituida. El mismo Informe proponía diversas formas de articular estas propuestas, descartando la reforma constitucional. Las que finalmente prosperaron fueron la conclusión de unos Acuerdos Políticos que realizaran una nueva lectura del Título VIII de la Constitución, y la elaboración de una Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico. Así, con base en aquel Informe se suscribieron los *Acuerdos autonómicos firmados por el Gobierno de la Nación y el Partido Socialista Obrero Español el 31 de julio de 1981*, calificados de «convención constitucional», para evitar la llamada «desconstitucionalización» de la forma territorial del Estado.

Los Acuerdos Autonómicos de 1981 recogieron prácticamente la totalidad de las propuestas del Informe, concretando elementos esenciales de la estructura territorial que afectaban al ámbito material del principio dispositivo. En relación con el mapa autonómico, ya se ha dicho que los Acuerdos optaban por la generalización de la autonomía a todo el territorio, y se fijaba el mapa autonómico siguiendo prácticamente el diseñado para las pre-autonomías, aunque a diferencia del citado Informe se admitía el acceso a la autonomía de Provincias singulares (Santan-

der y Logroño), si bien previendo su posible integración en otras; se acordaba que esos territorios (dejando pues al margen Cataluña, País Vasco, Galicia y Andalucía) se constituirían en Comunidades Autónomas utilizando la vía del art. 143 CE (en total, 16), con algunas excepciones, como el caso de Navarra, para el que se establecía la vía del «Amejoramiento del Fuero».

En realidad, **se llegaron prácticamente a utilizar todas las vías de acceso a la autonomía** o, para ser precisos, las vías de impulso y las formas de acceso, **lo cual significa que la determinación de los sujetos del derecho a la autonomía se realizó en muchos casos mediante reglas diversas a las contenidas en el art. 143.1 CE**. Si bien es cierto que la mayoría de territorios se ajustaron a las reglas de este precepto, no lo es menos que recurrieron a la disposición transitoria 1.^a, que no identifica los sujetos del derecho a la autonomía a través de los tres criterios del art. 143.1 CE, sino refiriéndose a «los territorios dotados de un régimen provisional de autonomía». Tampoco Cataluña, Galicia y el País Vasco siguieron estas reglas, porque estaba ya identificado su territorio en la disposición transitoria 1.^a, que es la que utilizaron. Asimismo, Navarra se constituyó al margen de tales criterios debido a su acceso por la citada vía del «Amejoramiento del Fuero», cuya base constitucional se hallaría en la disposición adicional 1.^a, dejando abierta la posibilidad de su incorporación a la Comunidad Autónoma del País Vasco por la vía de la disposición transitoria 4.^a Andalucía utilizó la vía de impulso especial del art. 151.1, y no la forma de iniciativa autonómica del art. 143.2 CE, pero la ausencia de mayoría absoluta que arrojó el referéndum en la Provincia de Almería, exigida por aquel precepto, se resolvió a través de dos medidas ciertamente singulares: la modificación de la Ley Orgánica reguladora de las distintas modalidades de referéndum, y la posibilidad de sustitución de la iniciativa autonómica del art. 143.2 CE prevista en el art. 144.c) CE. Esta vía fue también utilizada para la incorporación de la Provin-

cia de Segovia a la Comunidad Autónoma de Castilla y León, acordada en los Pactos Autonómicos de 1981, y cuya legitimidad constitucional fue avalada por la ya citada STC 100/1984. El Tribunal argumentó su decisión en los siguientes términos: «Ante la no formalización de la iniciativa autonómica uniprovincial de Segovia, las Cortes se encuentran a 1 de marzo de 1983 [...] con que Segovia es la única provincia que, ante el grado de generalización del proceso autonómico alcanzado en aquella fecha no está incorporada a una Comunidad, por lo que quedaría como única provincia «de régimen común» (situación, por cierto, no prevista, aunque tampoco prohibida, en la Constitución, que no contiene ningún precepto semejante al art. 22 de la de 1931). Ante esta situación las Cortes invocan «razones de interés nacional» para no prolongarla más y para resolverla en un determinado sentido, que es el de la incorporación de Segovia a Castilla y León, «región a la que está la provincia de Segovia» conforme a los criterios del art. 143.1 de la Constitución, unida por lazos históricos, culturales y económicos» (FJ 4). La vía del art. 144.a) CE fue la utilizada para el acceso a la autonomía de la provincia de Madrid, aunque al constituirse el ente pre-autonómico de la región castellano-manchega se previó la posibilidad de que los parlamentarios madrileños acordasen integrarse en la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, que no fue utilizada. Finalmente, la vía de la disposición transitoria 5.^a, conjuntamente con la del art. 144.b) CE, era la prevista para Ceuta y Melilla, pero el Tribunal entendió (AATC 201 y 202/2000, de 25 de julio) que la concreta vía utilizada por ambas no les convertía en Comunidades Autónomas, sino en Ciudades Autónomas. En concreto, el ATC 202/2000 declaró que «el Estatuto de Autonomía de Ceuta no se elaboró y aprobó siguiendo el procedimiento previsto en la disposición transitoria 5.^a, en relación con el inciso del art. 144.b) CE, relativo a la «autorización» de las Cortes Generales, sino con el que se refiere al «acuerdo» adoptado por las mismas previsto en el segundo inciso del art. 144 CE» (FJ 4). La STC 240/2006, de 20 de ju-

lio, precisó que: «Dicho procedimiento, que permite a las Cortes Generales, mediante ley orgánica, «acordar» [...] «por motivos de interés nacional» un Estatuto de Autonomía para territorios que no estén integrados en la organización provincial, no debe concluir necesariamente con la creación de una Comunidad Autónoma. Y si bien los Estatutos de Autonomía están llamados a ser normalmente la norma institucional básica de cada Comunidad Autónoma (art. 147.1 CE), ningún impedimento constitucional existe para que también excepcionalmente puedan cumplir otras funciones específicas, supuesto en el que precisamente cabe encuadrar a los Estatutos de Autonomía de Ceuta y Melilla, configurados como la expresión jurídica de una y otra Ciudad, tal como se desprende de la iniciativa legislativa gubernamental que inició los procedimientos de los que surgieron las Leyes Orgánicas 1 y 2/1995, de 13 de marzo, y su tramitación parlamentaria, que pone claramente de manifiesto que la voluntad de las Cortes Generales no fue la de autorizar la constitución de Ceuta y Melilla como Comunidades Autónomas» (FJ 4).

A través de los procedimientos señalados, entre 1979 y 1982 se aprobaron los Estatutos de Autonomía de las diecisiete Comunidades Autónomas, y en 1995 los Estatutos de las dos Ciudades Autónomas, quedando establecido el mapa autonómico, que respondía esencialmente al diseñado para las pre-autonomías, con las variaciones que se han expuesto, y que ha permanecido inalterado durante 30 años. De acuerdo con lo dispuesto en el art. 147.2.b) CE, la delimitación del territorio de cada Comunidad Autónoma está reservado a la norma estatutaria, y según declaró la STC 99/1986, de 11 de julio, «tal reserva estatutaria [...] no solo entraña la definición del territorio de cada Comunidad, sino también las previsiones relativas a su posible alteración [...]» (FJ 4), teniendo en cuenta que «a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos, la Constitución española no contiene norma que condicione expresamente el procedimiento de alteración del territorio de

las Comunidades Autónomas» (FJ 8). En consecuencia, el ejercicio del derecho a la autonomía previsto en el art. 143.1 CE ya no puede ser utilizado por los sujetos del mismo para acceder al autogobierno y constituirse en nuevas Comunidades Autónomas, ya que la modificación del resultado del ejercicio de tal derecho debería realizarse mediante la modificación de su correspondiente Estatuto de Autonomía. Por ello, como hemos afirmado, el art. 143.1 CE es ya historia y carece de sentido su mantenimiento en el texto de la Constitución en su actual redacción.

El mapa autonómico está pues consolidado, pero no figura en el texto constitucional, que sigue hablando de las Comunidades Autónomas «que se constituyan» (art. 137 CE) como resultado del ejercicio del derecho a la autonomía (art. 143.1 CE) de las «nacionalidades y regiones» que integran España (art. 2 CE), las cuales tampoco se identifican en la Constitución. Para poner fin a la «desconstitucionalización» de uno de los elementos esenciales en un Estado compuesto (la determinación de las entidades territoriales entre las que se distribuye el poder público), el Gobierno surgido de las elecciones del 14 de marzo de 2004, presidido por el socialista J. L. Rodríguez Zapatero, adoptó el Acuerdo de 4 de marzo de 2005 por el cual solicita del Consejo de Estado que emita un informe sobre la reforma de la Constitución basada en cuatro puntos, uno de los cuales está destinado a «la recepción constitucional de la denominación oficial de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades Autónomas». El Acuerdo afirma que las Comunidades Autónomas se han convertido en un «elemento irrenunciable de la

estructura territorial del Estado», y que su inclusión en la Constitución significa «superar la apertura inicial del modelo de descentralización política establecido por el constituyente» para convertirlas «en sujetos políticos pertenecientes a la Constitución misma».

El Pleno del Consejo de Estado de 16 de febrero de 2006 aprobó el «Informe sobre modificaciones de la Constitución española», cuyo Capítulo IV se titula «Inclusión de la denominación de las Comunidades Autónomas». En el mismo se analiza la propuesta del Gobierno y sus consecuencias constitucionales, ofreciendo distintas alternativas para la redacción que debería darse a algunos preceptos del Título VIII de la Constitución, y eventualmente al art. 2 CE, a fin de llevar a cabo dicha reforma constitucional. No es casual que en todas ellas se proponga la desaparición de la actual redacción del primer apartado del art. 141 CE y su sustitución por el listado de las «denominaciones ordinarias» de las diecisiete Comunidades Autónomas y las dos Ciudades Autónomas. Sin embargo, del Informe no se deduce que ello condujera al «cierre» del mapa autonómico, pues el Consejo de Estado parece sugerir la posibilidad de futuras variaciones del territorio de las Comunidades Autónomas «constitucionalizadas» mediante reformas estatutarias, lo que se vería confirmado por la ausencia de una propuesta de incluir en el texto constitucional un procedimiento previsto para la eventual alteración de sus actuales límites territoriales. En todo caso, mientras no prospere la propuesta de reforma constitucional, el art. 143.1 CE permanecerá como un testimonio histórico del proceso autonómico a la espera de su derogación.

BIBLIOGRAFÍA

AGUADO RENEDO, C., «La jurisprudencia constitucional sobre la delimitación del ámbito territorial de Castilla y León» (I), *Autonomies*, núm. 11, 1989; (II), *Autonomies*, núm. 14, 1992.

AJA, E., TORNOS, J., FONT, T., PERULLES, J. M. y ALBERTÍ, E., *El sistema jurídico de las Comunidades Autónomas*, Tecnos, Madrid 1985.

DÍEZ-PICAZO, L. M., «Sobre la delimitación estatutaria del territorio de las Comunidades Autónomas y la rigidez de los Estatutos (Comentario a la STC 99/1986, en el caso del Condado de Treviño)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 20, 1987.

ESTEVE PARDO, J., «La conclusión del mapa autonómico: comentario a las Sentencias del Tribunal Constitucional 89/1984, de 28 de septiembre, y 100/1984, de 8 de noviembre», *Autonomías*, núm. 1, junio 1985.

FOSSAS ESPADALER, E., *El principio dispositivo en el Estado autonómico*, Marcial Pons-IVAP, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2007.

GARCÍA ROCA, J., «El principio de voluntariedad autonómica: teoría y realidad constitucionales», *Revista de Derecho Político*, núm. 21, 1984.

LEGUINA VILLA, J., *Escritos sobre autonomías territoriales*, Tecnos, Madrid, 1995.

MUÑOZ MACHADO, S., *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, Iustel, Madrid, 2007, 2 vols.

RUIPÉREZ ALAMILLO, J., *Formación y determinación de las Comunidades Autónomas en el ordenamiento constitucional español*, Tecnos, Madrid, 1991.

RUBIO LLORENTE, F. y ÁLVAREZ JUNCO, J. (Eds.), *El Informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del Informe y debates académicos*, Consejo de Estado-CEPC, Madrid, 2006.

ARTÍCULO 143.2 Y 3

LA INICIATIVA DEL PROCESO AUTONÓMICO

Sumario: I. Vía común de iniciativa autonómica y particularidades constitucionales de la misma. II. Doctrina constitucional en relación con la iniciativa autonómica ordinaria o común. III. Penalización del fracaso de la iniciativa autonómica e independencia de la misma respecto de los motivos de interés nacional.

CÉSAR AGUADO RENEDO

PROFESOR DE DERECHO CONSTITUCIONAL
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

I. VÍA COMÚN DE INICIATIVA AUTONÓMICA Y PARTICULARIDADES CONSTITUCIONALES DE LA MISMA

El art. 143.2 CE constituye la regulación común del ejercicio de «la iniciativa del proceso autonómico» (en los términos del propio texto constitucional: art. 151.1 CE, en referencia precisamente a este art. 143.2 CE), de naturaleza política como paso previo a la fase propiamente jurídica, que es la de la elaboración del Estatuto: frente al carácter normativo de la iniciativa necesaria para la elaboración de este, la regulación de la iniciativa autonómica constituye el cauce para la expresión, por un conjunto de entes territoriales inferiores (Municipios y Provincias, mediante sus respectivos órganos representativo y de gobierno, que son los Ayuntamientos y Diputaciones), y por tanto más inmediatos a los ciudadanos, de su voluntad política dirigida a conformar una Comunidad Autónoma; lo que el TC ha denominado «impulso del proceso», como más adelante se dirá (fase de la que prescindía la Constitución de 1931 para la creación de las regiones).

Nótese que estos entes territoriales, municipios y provincias son la traducción procedimental, desde el punto de vista práctico —es decir, a quienes corresponde la acción política

inicial sin la cual no se pondría en marcha el proceso— para hacer efectivo, mediante sus órganos de gobierno, el «derecho a la autonomía» que el art. 2.º CE atribuye a «nacionalidades y regiones», pero que al no especificar cuáles son tales nacionalidades y regiones (frente a lo que ocurre como regla general en las Constituciones de los sistemas descentralizados modernos con los entes territoriales intermedios que las integran), resulta un derecho de titularidad indeterminada que se concreta, tal y como explicita el inciso inicial del art. 143.1: «En el ejercicio del derecho a la autonomía reconocido en el art. 2 de la Constitución...». Lo que hace este precepto es, en lo que aquí interesa, disponer como unidad territorial necesaria para constituir CC. AA. a la provincia (ya con otras limítrofes, ya por sí sola si tiene entidad regional histórica) o a los territorios insulares. Quiere ello decir, por tanto, que por muchos que sean los municipios, por muchos que sean los habitantes que estos tengan y por muy significativos que sean sus lazos (p. ej., porque compartan muy mayoritariamente el dato esencial de la relación que han de tener con el Estado, oponiéndose radicalmente a esa relación los demás municipios de las mismas provincias), si tales municipios no pertenecen a una misma provincia no podrán iniciar, porque incumplirían el art. 143.2, un «proceso autonómico». Cuestión distinta,

claro está, es la hipótesis de la modificación de una CA existente, previa reforma de su Estatuto, alguna/s de cuyas provincias (en su configuración actual, o en otra que quisiera/h constituir otra/s CC. AA., supuesto no contemplado constitucionalmente y, por ello mismo, factible desde el punto de vista jurídico en virtud del principio dispositivo (con total independencia de su posibilidad política o de su conveniencia social, económica o política), y al que habría de aplicarse este art. 143.2 en su plenitud, es decir, sin el paliativo que supuso en el origen del actual sistema constitucional la disposición transitoria 1.^a CE (cfr. el comentario de la misma) para el nacimiento de la gran mayoría de las CC. AA. Y cuestión más distinta aún, si cabe, sería la modificación del mapa provincial mediante la creación de una nueva provincia, como no puede ser de otra manera con municipios de otra u otras ya existentes, lo que podría tener lugar sin intervención de la/s CA/CC. AA. afectada/s, pues las competentes para ello son las Cortes Generales mediante ley orgánica: «La provincia es una... división territorial para el cumplimiento de las actividades del Estado. Cualquier alteración de los límites provinciales habrá de ser aprobada por las Cortes Generales mediante ley orgánica». Entre estas alteraciones se encontraría la creación de una nueva provincia (como es sabido, la alteración más importante hasta la fecha del mapa provincial originario diseñado por Javier de Burgos y que se remonta a 1833, tuvo lugar casi un siglo después, en 1927, justamente para generar una nueva provincia mediante la división de la única que hasta ese momento constituía Canarias), o su supresión o fusión (cfr. el comentario al anterior art. 141 CE). La total inutilidad que tan generalizadamente se ha venido predicando de este y de todos los preceptos del Tít. VIII CE que regulan la generación de CC. AA., ha de matizarse, por tanto, respecto de lo que se acaba de razonar. Y no puede dejar de hacerse en tanto en cuanto el principio dispositivo siga vigente en el ordenamiento territorial español y, por tanto, lo mantenga abierto.

Centrándose no obstante en la regulación específica que dispone el art. 143.2 CE, la misma

consiste en **tres contenidos**. En primer lugar, en la determinación de los órganos legitimados para emprender la iniciativa del proceso autonómico (Diputaciones interesadas o su equivalente órgano interinsular en el caso de las islas, y Municipios). En segundo lugar, el número requerido de acuerdos para iniciar con éxito dicho proceso autonómico: todas las Diputaciones u órganos interinsulares de las provincias o islas que vayan a integrarse en la Comunidad que se pretende, y dos de cada tres Municipios cuya población represente, al menos, la mayoría del censo electoral «de cada Provincia o isla» (acotación esta, dicho sea de paso, que supone una diferencia esencial respecto del régimen de la Constitución republicana en orden a la creación de las regiones, pues, en este caso, bastaba solamente la mayoría de los Ayuntamientos y, aun sin ella, bastaba con los que supusiesen la mayoría del censo electoral de la región); es claro que esa necesaria mayoría electoral del censo otorga un papel decisivo a las capitales de provincia. Y por último, el plazo máximo en que han de lograrse tales acuerdos: seis meses desde que se adopte el primero al respecto por alguna de las Corporaciones locales interesadas. Sujetos legitimados y plazo coinciden con el que se verá en el art. 151.1 CE, que constituye el procedimiento especial para acceder al autogobierno (en el caso del plazo, se remite al 143.2 CE el art. 8.1 LORDMR, que constituye el desarrollo del art. 151.1 CE), lo que evidencia el carácter de iniciativa común u ordinaria que tiene esta del art. 143.2 CE; sin embargo, los demás contenidos, o son matizados posteriormente por el propio texto constitucional (o por la interpretación que admite este), en algún caso de forma muy importante, o son directamente excluidos en su aplicación para los supuestos de que se trate.

Así, en cuanto a los órganos legitimados, la disposición transitoria primera CE suple el acuerdo de las Diputaciones u órganos interinsulares equivalentes, por la mayoría absoluta de los órganos colegiados preautonómicos (compuestos por representantes de las

mismas y los parlamentarios nacionales del territorio), pero no el acuerdo de los municipios en los aspectos antes señalados del cualificado número de dos tercios de cada provincia ni en la mayoría absoluta del censo electoral de esta, que resultaron plenamente efectivos; y el art. 144 CE y la disposición adicional primera CE en virtud de su interpretación como cauce de acceso a la autonomía, excepcionan totalmente el régimen ordinario establecido en el art. 143.2 para los supuestos a los que pudieren ser aplicados. En cuanto al número de acuerdos requeridos para iniciar con éxito dicho proceso autonómico, sucede lo mismo con el art. 151 CE y, por relación con este, con la disposición transitoria segunda CE. Y en cuanto al plazo de seis meses dentro del cual necesariamente había de tener lugar los diversos acuerdos por las Corporaciones locales según el art. 143.2 CE, el momento en que podía comenzar a computarse fue diferido por la disposición transitoria tercera, con todos sus efectos, a la celebración de las primeras elecciones locales una vez vigente la Constitución. Aquí procede remitirse al comentario de todos los preceptos citados para constatar esas matizaciones o exclusiones de los elementos del régimen común u ordinario de iniciativa autonómica y centrarse en la aplicación práctica de este precepto 143.2, lo que en el caso es lo mismo que decir centrarse en la interpretación que de él hizo el TC con motivo de las situaciones a las que dio lugar.

II. DOCTRINA CONSTITUCIONAL EN RELACIÓN CON LA INICIATIVA AUTONÓMICA ORDINARIA O COMÚN

En tal sentido, este art. 143.2, como el resto de los reguladores del acceso a la autonomía por la vía común, comienza a ser aplicado una vez firmados los Acuerdos Autonómicos de julio de 1981, auténtica convención constitucional *de facto* que configura el mapa territorial español. Y en la proyección práctica de ese mapa, el Tribunal Constitucional hubo de pronunciarse acerca de si era posible, o no, la

revocación por las Corporaciones locales del acuerdo que hubieren adoptado en un sentido para sustituirlo por otro, dando origen a la STC 89/1984, de 28 de septiembre (LA LEY 9183-JF/0000). Dicha sentencia trajo causa del cambio de postura de la Diputación Provincial de León en relación con el inicio del proceso autonómico castellano-leonés, adoptando un acuerdo favorable al mismo y otro revocatorio de aquel después. El Alto Tribunal determinó la imposibilidad de esa revocación una vez finalizada la fase de «impulso» del proceso autonómico en la que consisten los acuerdos a que se refiere el art. 143.2 CE («[c]on los acuerdos adoptados en tal sentido —afirma el Tribunal— se produce, por tanto, un impulso del proceso de constitución de la Comunidad Autónoma [...]»), pues efectuado el impulso [correctamente: un ejemplo contrario, que determinó la nulidad del acuerdo de un municipio, puede verse en la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) del 9 de febrero de 1985], la primera fase queda cerrada en el sentido más estricto, puesto que la misma tiene entidad propia y resulta, en consecuencia, independiente de lo que suceda en la siguiente, tal y como razona el TC. En efecto, la siguiente fase viene dada por la constitución de la asamblea de cargos representativos del territorio para elaborar el proyecto de Estatuto de la que constituirá la CA tal y como se regula en el art. 146 CE, y respecto de su relación con la anterior apunta el Tribunal «que tal impulso inicial sea necesario [...] no significa que haya de mantenerse en lo sucesivo y que [...] la revocación del acuerdo de la Diputación Provincial, o del de suficiente número de Ayuntamientos, haya de suponer que la provincia de que se trate tenga que considerarse excluida de la Comunidad Autónoma en cuestión. Los Ayuntamientos y la Diputación impulsan un proceso, pero no disponen de él, por la doble razón de que, producido válidamente el impulso, son otros los sujetos activos del proceso y otro también el objeto de la actividad que en este se despliega» (FJ 5). Exactamente lo contrario tendría lugar, respecto del proceso de conformación de esa misma Comunidad Autónoma de Castilla

y León, en el caso del Ayuntamiento segoviano de Cuéllar, que primero adoptaría un acuerdo a favor de la autonomía uniprovincial de Segovia en la misma línea de la Diputación Provincial y muchos otros Ayuntamientos, y luego adoptaría otro revocando aquel, si bien no tendría trascendencia práctica alguna toda vez que, en virtud del art. 144.c) CE, las Cortes Generales acabarían integrando forzosamente dicha Provincia en la Comunidad citada: la vicisitud de la incorporación forzosa de Segovia a la Comunidad Autónoma de Castilla y León, mediante la LO 5/1983, de 1 de marzo, por la que se aplica el art. 144.c) a la provincia de Segovia, también fue sometida al TC, que la resolvió mediante la STC 100/1984, de 8 de noviembre (La Ley 340-TC/1985), aunque en ella no incide al dato señalado.

En realidad, ya antes, en el modo de elaboración del Estatuto de Autonomía por el cauce del art. 151.2 CE, con motivo de la tramitación del Estatuto de Galicia, tuvo lugar un modo de proceder que adelantaba lo que en la citada STC 89/1984 se ha visto que razona el Tribunal Constitucional, pues el proyecto de dicho Estatuto acordado entre la Comisión Constitucional del Congreso y la delegación de la Asamblea proponente del mismo, pudo ser modificado un año después por no haberse abierto aún la fase que lo hubiera impedido, que era la de convocatoria del referéndum (cfr. el comentario al art. 151 CE).

III. PENALIZACIÓN DEL FRACASO DE LA INICIATIVA AUTONÓMICA E INDEPENDENCIA DE LA MISMA RESPECTO DE LOS MOTIVOS DE INTERÉS NACIONAL

Por lo que hace al art. 143.3 CE, el precepto establece lo que bien puede considerarse una penalización al fracaso de la iniciativa autonómica por no lograr las exigencias establecidas en el anterior art. 143.2 CE en el plazo por él marcado (seis meses), penalización consistente en **la prohibición de su reintento hasta pasados cinco años**. Cabe atribuir a

esta previsión [idéntica a la que establecía la Constitución de 1931: art. 12.b)] un sentido disuasorio respecto de pretensiones de autogobierno insuficientemente maduras o infundadas. En sentido idéntico, la disposición transitoria séptima CE determina que **los organismos provisionales autonómicos se considerarán disueltos** también en caso de fracaso de la iniciativa autonómica por no cumplirse los requisitos previstos en el art. 143 o si no hubieren ejercido el derecho que les reconoce la aludida disposición transitoria primera (en sustitución de las Diputaciones Provinciales u órganos interinsulares correspondientes) en el plazo de tres años. Manifiestamente, la voluntad del constituyente con ambas determinaciones era la de proveerse de mecanismos para, si se optaba por generalizar la descentralización, **evitar mantener permanentemente abierto el proceso autonómico**, dando paso a la actuación de las Cortes Generales en virtud de las cláusulas que constituían el subsiguiente art. 144 CE.

Así es. El Tribunal dejó clara la inexistencia de relación entre la prohibición del art. 143.3 CE y las posibilidades que confiere el art. 144 CE como cláusula de cierre del mapa autonómico, caso del fracaso de una iniciativa: «la iniciativa a la que se refiere el 143.3 como no reiterable hasta pasados cinco años de su primera formulación es la de los entes a los que se refieren los dos primeros apartados del mismo artículo, y ello es así, no solo... por los criterios de interpretación literal y sistemática [...], sino porque sería un contrasentido supeditar «los motivos de interés nacional» que son la única razón de ser de la actuación de las Cortes en el art. 144 de la CE, al transcurso de un largo plazo cuyo término inicial depende de la esfera de decisión de los diversos entes a que se refiere el 143.1 y 2 de la Constitución, lo que equivaldría a dejar en las manos de entes integrantes de la totalidad nacional un mecanismo impeditivo de la defensa directa del propio interés nacional atribuida, en este caso, por el inciso primero del 144 de la CE, a las Cortes Generales que represen-

tan al pueblo español, en quien reside la soberanía nacional (arts. 66.1 y 1.2 de la Constitución)» [STC 100/1984, de 8 de noviembre (LA LEY 340-TC/1985)], FJ 1].

Esta misma orientación es la que legitima una interpretación de la penalización del art. 143.3 CE como únicamente aplicable a la iniciativa autonómica común ordinaria, no a la especial regulada en el art. 151.1 CE, puesto que lo que una y otra buscan es (que no imponer, ciertamente) la articulación del territorio nacional

en entes territoriales intermedios con autogobierno, de suerte que el fracaso de una iniciativa autonómica por la vía especial deja siempre como alternativa posible la iniciativa común. Dicho de otro modo, los severos requisitos dispuestos constitucionalmente en el citado art. 151 para acceder a la autonomía más plena desde el mismo nacimiento de la CA están necesariamente ligados a esta intención, no a la de acceder a la autonomía gradual, que es la posibilidad que, por defecto o como regla general, ofrece la Constitución.

BIBLIOGRAFÍA

AGUADO RENEDO, C., «La jurisprudencia constitucional sobre la delimitación del ámbito territorial de Castilla y León (I)», *Autonomies. Revista Catalana de Derecho Público*, núm. 11, 1989, págs. 109 y ss.

ÁLVAREZ CONDE, E., «Los titulares de la iniciativa del proceso autonómico», *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 202, 1979.

ARÉVALO GUTIÉRREZ, A., «Regionalización y conformación del Estado autonómico», *Asamblea. Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 8, 2003, págs. 19 y ss.

BIGLINO CAMPOS, P., «La revocación de la iniciativa autonómica, la naturaleza de la reserva estatutaria y los reglamentos parlamentarios como parámetro de la constitucionalidad de la Ley», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 14, 1985.

BOQUERA OLIVER, J. M., «La voluntad popular en la creación de las Comunidades Autónomas», en *Estudios en homenaje al profesor Diego Sevilla Andrés*, Universidad de Valencia, vol. I, 1984, págs. 177 y ss.

ESTEVE PARDO, J., «La conclusión del mapa autonómico: comentario a las Sentencias del Tribunal Constitucional 89/1984, de 28 de septiembre; y 100/1984, de 8 de noviembre», *Autonomies*, núm. 1, 1985.

FOSSAS ESPADALER, E., *El principio dispositivo en el Estado autonómico*, Marcial Pons, 2007.

GARCÍA ÁLVAREZ, J., *Provincias, Regiones y Comunidades Autónomas. La formación del mapa político de España*, Temas del Senado, 2002.

LINDE PANIAGUA, E., «Procedimientos de creación de Comunidades autónomas», *Documentación Administrativa*, núm. 182, 1979.

MARTÍN OVIEDO, J. M., «Comentario al art. 143», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, tomo XI, Editoriales de Derecho Reunidas-Cortes Generales, Madrid 1999, págs. 46 y ss.

MUÑOZ MACHADO, S., *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, vol. I, 2.^a ed., Iustel, Madrid, 2007, págs. 312 y ss.

SÁNCHEZ BLANCO, A., «La delimitación del territorio de la Comunidad de Castilla y León: I. Las sentencias del Tribunal Constitucional a la integración de las provincias de León (S. núm. 89/1984, de 28 de septiembre) y Segovia (S. núm. 100/1984, de 8 de noviembre)», *Revista de Estudios de la Vida Local y Autonómica*, núm. 227, 1985, págs. 517 y ss.

TORNOS MAS, J., «Los Estatutos de las Comunidades Autónomas en el ordenamiento jurídico español», *RAP*, núm. 91, 1980.

VANDELLI, L., *El ordenamiento español de las Comunidades Autónomas*, IEAL, Madrid, 1982.

Artículo 144

Las Cortes Generales, mediante ley orgánica, podrán, por motivos de interés nacional:

a) Autorizar la constitución de una comunidad autónoma cuando su ámbito territorial no supere el de una provincia y no reúna las condiciones del apartado 1 del artículo 143.

b) Autorizar o acordar, en su caso, un Estatuto de autonomía para territorios que no estén integrados en la organización provincial.

c) Sustituir la iniciativa de las Corporaciones locales a que se refiere el apartado 2 del artículo 143.

Sumario: I. En general. II. Los supuestos contemplados en el precepto. 1. La autorización para la constitución de Comunidades Autónomas uniprovinciales. 2. El caso de los territorios no integrados en la organización provincial. 3. La sustitución de la iniciativa de las Corporaciones Locales. III. Consideración final.

JUAN FRANCISCO MESTRE DELGADO
CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

I. EN GENERAL

El diseño constitucional sobre el acceso a la autonomía, caracterizado por el principio dispositivo, subrayó el protagonismo de las entidades públicas representativas de los intereses de los territorios que pretendían acceder a la autonomía. De esta forma, ni resultaba obligado acceder al régimen de autonomía, ni se encontraba prefigurado en el texto constitucional el mapa de las Comunidades que pudiesen constituirse. La decisión de iniciar el procedimiento para acceder a la autonomía se atribuyó, por un lado, «a todas las Diputaciones interesadas o al órgano interinsular correspondiente y a las dos terceras partes de los municipios cuya población represente, al

menos, la mayoría del censo electoral de cada provincia o isla» (art. 143.2); por otro lado, esta legitimación podía ser sustituida por los órganos colegiados superiores de los territorios dotados de un régimen provisional de autonomía, en los términos de la disposición transitoria primera. Finalmente, la disposición transitoria quinta estableció un régimen específico, a iniciativa de sus respectivos Ayuntamientos, para los casos de Ceuta y Melilla.

Ejercida la iniciativa, resulta preciso la elaboración de un proyecto de Estatuto, cuya formulación corresponde a «una asamblea compuesta por los miembros de la Diputación u órgano interinsular de las provincias afecta-

das y por los Diputados y Senadores elegidos en ellas» (art. 146), o a convocatoria del órgano colegiado preautonómico (disposición transitoria segunda); el proyecto de Estatuto se eleva a las Cortes Generales para su tramitación como ley, conforme a lo establecido en el citado art. 146.

II. LOS SUPUESTOS CONTEMPLADOS EN EL PRECEPTO

Frente a las reglas citadas en punto a la disponibilidad de la iniciativa para el acceso a la autonomía, conforme al principio dispositivo que las anima, el art. 144 contempla tres supuestos en los que, por excepción a aquellas reglas, se atribuye a las Cortes Generales la posibilidad de participar en el acceso a la autonomía de algunos territorios específicos. Esta atribución competencial se condiciona en el texto constitucional, por un lado, a la concurrencia de «motivos de interés nacional» que deben acreditarse y que quedan bajo el control de la Jurisdicción constitucional; y por otro lado, a la instrumentación mediante Ley Orgánica.

La intervención de las Cortes Generales se concreta en tres supuestos específicos: para autorizar la constitución de Comunidades Autónomas uniprovinciales; para autorizar o acordar un Estatuto de Autonomía para territorios no integrados en la organización provincial; y para sustituir la iniciativa de las Corporaciones Locales.

1. La autorización para la constitución de Comunidades Autónomas uniprovinciales

El art. 143.1 de la Constitución establece que pueden acceder al autogobierno y constituirse en Comunidades Autónomas «las provincias limítrofes con características históricas, culturales y económicas comunes, los territorios insulares y las provincias con entidad regional histórica». La iniciativa se atribuye

(art. 143.2) a las Diputaciones, a los órganos interinsulares y a los Ayuntamientos, que son —salvo el caso de la disposición transitoria primera— quienes tienen atribuida la facultad de impulsar el acceso a la autonomía, aunque —como recordó la STC 89/1984, de 28 de septiembre— no disponen del proceso, «por la doble razón de que, producido válidamente el impulso, son otros los sujetos activos del proceso y otro también el objeto de la actividad que en este se despliega».

Frente a ello, se reconoce a las Cortes Generales en el precepto que nos ocupa la posibilidad de «autorizar la constitución de una comunidad autónoma cuando su ámbito territorial no supere el de una provincia y no reúna las condiciones del ap. 1 del art. 143». La previsión se encuentra referida, en consecuencia, a los supuestos en los que la provincia ni cuenta «con entidad regional histórica», que es el presupuesto que maneja el art. 143.1, y cuya concurrencia sí permite emplear la iniciativa general del art. 143.2.

En la experiencia constitucional únicamente se ha empleado este mecanismo en el caso de la Comunidad de Madrid, cuyo primer Estatuto fue aprobado mediante Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero; en su art. 1.1 reflejaba este origen: «el pueblo de la provincia de Madrid, de acuerdo con la voluntad manifestada por sus legítimos representantes en el ejercicio del derecho de autogobierno, se constituye en Comunidad Autónoma...».

2. El caso de los territorios no integrados en la organización provincial

El segundo supuesto de intervención de las Cortes Generales está constreñido a «autorizar o acordar, en su caso, un Estatuto de autonomía para territorios que no estén integrados en la organización provincial». Comprende dos supuestos concretos: por un lado, el específico de las ciudades de Ceuta y Melilla; por otro, el que pudiera producirse, en su caso, con respecto a Gibraltar.

Este último es el destinatario de la previsión constitucional consistente en que las Cortes Generales puedan acordar, en su caso, un Estatuto de Autonomía, en los términos del art. 144.b). Como es claro, se trata de una regla que solo podría desplegar efectos en el caso de que España recupere la soberanía sobre Gibraltar, como hizo notar MUÑOZ MACHADO.

El supuesto de Ceuta y Melilla presente caracteres específicos, en la medida en que la Constitución contempla en este precepto la competencia de las Cortes Generales para autorizar el Estatuto de Autonomía, que se encuentra en inmediata conexión con la disposición transitoria quinta, que atribuye la iniciativa del procedimiento, para que las ciudades de Ceuta y Melilla se constituyan en Comunidades Autónomas, a sus respectivos Ayuntamientos, especificando entonces que una vez iniciado el procedimiento corresponde a las Cortes, en los términos del art. 144, la autorización mediante Ley Orgánica.

Los Estatutos de Autonomía para Ceuta y Melilla fueron aprobados mediante Leyes Orgánicas, respectivamente, 1/1995, de 13 de marzo, y 2/1995, de 13 de marzo.

El Tribunal Constitucional, mediante AATC 201/2000 y 202/2000, de 25 de julio, declaró que las ciudades de Ceuta y Melilla no podían ser consideradas Comunidades Autónomas. El último de los citados señaló que «el Estatuto de Autonomía de Ceuta no se elaboró y aprobó siguiendo el procedimiento previsto en la disposición transitoria quinta, en relación con el inciso del art. 144 b) CE, relativo a la «autorización» de las Cortes Generales, sino con el que se refiere al «acuerdo» adoptado por las mismas previsto en el segundo inciso del art. 144 CE» (FJ 4). Dicho procedimiento, que permite a las Cortes Generales, mediante ley orgánica, «acordar... por motivos de interés nacional» un Estatuto de Autonomía para territorios que no estén integrados en la organización provincial, no debe concluir necesariamente con la creación de una Comunidad Autónoma. Y si bien los Esta-

tutos de Autonomía están llamados a ser normalmente la norma institucional básica de cada Comunidad Autónoma (art. 147.1 CE), ningún impedimento constitucional existe para que excepcionalmente puedan cumplir otras funciones específicas, supuesto en el que precisamente cabe encuadrar a los Estatutos de Autonomía de Ceuta y Melilla, configurados como la expresión jurídica de una y otra ciudad, tal como se desprende de la iniciativa legislativa gubernamental que inició los procedimientos de los que surgieron las Leyes Orgánicas 1/1995 y 2/1995, de 13 de marzo, y de su tramitación parlamentaria, que pone claramente de manifiesto que la voluntad de las Cortes Generales no fue la de autorizar la constitución de Ceuta y Melilla como comunidades autónomas».

La STC 240/2006, de 20 de julio, subrayó que: «excluida la posibilidad de que las ciudades de Ceuta y Melilla constituyan sendas Comunidades Autónomas, y como quiera que tampoco se integran en la organización provincial del Estado, no cabe negarles, al menos a los efectos de poder acceder ante el Tribunal Constitucional en defensa de su autonomía, su condición de entes municipales».

3. La sustitución de la iniciativa de las Corporaciones Locales

El Tribunal Constitucional ha señalado (STC 89/1984, de 28 de noviembre) que esta «facultad de sustitución solo puede ejercitarse mediante Ley Orgánica, según dice el art. 144, y, si bien el precepto no lo dice expresamente, está claro que ha de tratarse de Ley aprobada precisamente al amparo de dicho precepto, sin que pueda considerarse que se ha cumplido el requisito, y ejercida la facultad por él condicionada, al aprobar un Estatuto de Autonomía como Ley Orgánica, según exige la norma constitucional, porque de ser así no tendría sentido alguno la iniciativa de las Corporaciones, cuya eventual ausencia resultaría siempre automáticamente suplida por la voluntad de las Cortes manifestada en el solo

hecho de aprobar un estatuto que las abarcase». Por otra parte, en la STC 100/1984, de 8 de noviembre, señaló que «la facultad del 144.c) de la CE es así, como en otro contexto dijimos con referencia al 150.3 de la CE, «una norma de cierre del sistema» [STC 76/1983, FJ 3.a)], esto es, una cláusula que cumple una función de garantía respecto a la viabilidad misma del resultado final del proceso autonómico. La Constitución, que no configura el mapa autonómico, no ha dejado su concreción tan solo a la disposición de los titulares de iniciativa autonómica, sino que ha querido dejar en manos de las Cortes un mecanismo de cierre para la eventual primacía del interés nacional. Bien entendido que tampoco esta facultad del 144 c) de la CE es ilimitada, pues en el juego de contrapesos propio de la regulación de la autonomía este mecanismo tiene también sus límites, ya que solo cabe que las Cortes lo ejerzan respecto a las Corporaciones del 143.2 de la CE, esto es, no respecto a los territorios citados en las disposiciones transitorias segunda, cuarta y quinta y solo por motivos de interés nacional».

Se trata, en consecuencia, de una previsión excepcional, desde la perspectiva de las eventuales insuficiencias que pudiera producir la aplicación del principio dispositivo. En nuestro Derecho positivo se ha empleado en dos

casos: en la Ley Orgánica 13/1980, de 16 de diciembre, de sustitución de la provincia de Almería en la iniciativa autonómica, y en la Ley Orgánica 5/1983, de 1 de marzo, por la que se aplica el art. 144.c) de la Constitución a la provincia de Segovia.

III. CONSIDERACIÓN FINAL

Conviene finalmente señalar que en el Informe sobre modificaciones de la Constitución Española, de febrero de 2006, emitido por el Consejo de Estado, se indica que si se modificase la Constitución para incluir los nombres de las Comunidades Autónomas ya constituidas, sería preciso derogar los aps. a) y c) del art. 144, en la medida en que «ambos quedan privados de sentido». Por el contrario, en relación con el ap. b) del mismo precepto se declara que «tiene, sin embargo, un contenido específico que tal vez convenga conservar», ya que «puede ser aún de utilidad en el futuro». Aunque propuso una redacción alternativa («Las Cortes Generales, a propuesta del Gobierno y siguiendo el procedimiento previsto para la reforma de los Estatutos, podrán, por motivos de interés nacional, autorizar o acordar, en su caso, un Estatuto de Autonomía singular para territorios que actualmente no estén integrados en ninguna Comunidad Autónoma»).

BIBLIOGRAFÍA

MUÑOZ MACHADO, S., *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, 2.^a ed., Iustel, Madrid, 2007.

Artículo 145

1. *En ningún caso se admitirá la federación de Comunidades Autónomas.*
2. *Los Estatutos podrán prever los supuestos, requisitos y términos en que las Comunidades Autónomas podrán celebrar convenios entre sí para la gestión y prestación de servicios propios de las mismas, así como el carácter y efectos de la correspondiente comunicación a las Cortes Generales. En los demás supuestos, los acuerdos de cooperación entre las Comunidades Autónomas necesitarán la autorización de las Cortes Generales.*

CONVENIOS Y ACUERDOS ENTRE COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Sumario: I. Introducción al art. 145 CE. II. El criterio delimitador de los convenios y de los acuerdos de cooperación. III. Reglas de procedimiento y entrada en vigor. IV. Naturaleza del control por las Cortes. V. El art. 145 CE y el desarrollo de la «cooperación horizontal».

JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO
CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID
EXLETRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. INTRODUCCIÓN AL ART. 145 CE

A los convenios que pueden celebrar entre sí las Comunidades Autónomas se refiere el art. 145 CE, que, en su primer apartado, prohíbe la federación entre las mismas y, en el segundo, establece un régimen de **comunicación** a las Cortes Generales de los **convenios** que se celebren para la gestión y prestación de servicios propios de las Comunidades Autónomas —comunicación esta que debe ser regulada, en cuanto a su carácter y efectos, por los Estatutos de Autonomía—; y un régimen de **autorización previa** por las Cortes para la suscripción del resto de los convenios, a los que, de forma no muy expresiva, se denomina

acuerdos de cooperación. Como ha dicho el Tribunal Constitucional, en la única ocasión —salvo error por mi parte— en que se ha pronunciado sobre esta regulación constitucional, «no es (...) el núm. 2 del art. 145, un precepto que habilite a las Comunidades para establecer convenios entre ellas, sino que, su puesta esa capacidad, delimita por su contenido los requisitos a que ha de atenerse la regulación de esta materia en los Estatutos y establece el control por las Cortes Generales de los acuerdos o convenios de cooperación» (STC 44/1986, de 17 de abril, FJ 2).

Esta Sentencia puso término a una impugnación formulada por el Gobierno (arts. 76 y 77 LOTC)

contra una resolución del Presidente de la Generalidad de Cataluña por la que se aprobaba un convenio suscrito con el Presidente del Consejo Regional de Murcia sobre participación y cooperación en cuantas actuaciones afecten a las aspiraciones y necesidades de ambas colectividades. El Tribunal anula la resolución impugnada y el convenio entre las Comunidades Autónomas de Cataluña y Murcia «por falta de un requisito constitucionalmente exigido para su validez, la autorización de las Cortes Generales que exige el art. 145.2 CE y que configura como previo a su aprobación el art. 27.2 del (entonces vigente) Estatuto de Cataluña» (FJ 4).

La atención prestada a estos acuerdos por el constituyente y por la doctrina contrasta, desde luego, con el escaso número de ocasiones en que las Comunidades Autónomas se han decidido a hacer uso de esta vía de «**cooperación horizontal**» (26 convenios y acuerdos tramitados al amparo del art. 145.2 CE hasta 2006, según la detallada información de CALAFELL FERRÁ, 2006, 513 y ss.; el número debe de estar creciendo progresivamente, si se tiene en cuenta que en la XII Legislatura, desde 2016 hasta que se escriben estas líneas, han sido presentados ante y calificados por el Congreso de los Diputados un total de 12 de estos convenios), frente a la frecuencia con la que, sin apoyo constitucional ni —en su momento— legal expreso, se utilizaron las vías de «**cooperación vertical**» entre las Comunidades Autónomas y el Estado, muchas veces, para que este financiara por convenio tareas autonómicas y remediara por esta vía los defectos estructurales del sistema de financiación autonómica (me permito remitir sobre esto a RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 1997, 150 y ss.). Con independencia de otras causas más profundas (ALBERTÍ ROVIRA, 1993, 67, destaca la falta de maduración de una cultura política que haya permitido la identificación de intereses comunes frente a la instancia central), que han coadyuvado a que esa cooperación horizontal se siga encontrando todavía en un estadio que puede calificarse de incipiente, también es cierto que la interpretación del ré-

gimen de los convenios y acuerdos regulados en el art. 145 CE no ha estado exenta de problemas y dificultades.

II. EL CRITERIO DELIMITADOR DE LOS CONVENIOS Y DE LOS ACUERDOS DE COOPERACIÓN

Problemática ha sido, en primer término, la interpretación de este precepto constitucional en lo que respecta al criterio delimitador de las dos figuras convencionales que regula: los convenios para la gestión de servicios y los acuerdos de cooperación. El tenor literal del texto no presta, en efecto, ayuda considerable en esta tarea, pues si hay que entender los términos «gestión y prestación de servicios propios» —que deben constituir el objeto de la primera clase de convenios— no en el sentido tradicional de servicio público, sino en el sentido amplio de «**actividad administrativa**» (MENÉNDEZ REXACH, 1982, 98), poco es (salvo los acuerdos de tipo estrictamente político) lo que no quepa incluir en este concepto que, por su amplitud e indefinición, cumple una pésima función delimitadora.

Quizás por eso, se ha intentado en ocasiones, distinguir ambos tipos de convenios o acuerdos conforme a **criterios de tipo formal**: serían convenios de gestión —la primera clase— aquellos que se refirieran a competencias propias de las Comunidades Autónomas (bien exclusivas, bien compartidas, asumidas estatutariamente o incluso transferidas por la vía del art. 150.2 CE), pues el art. 145.2 CE se refiere a la gestión y prestación de servicios *propios*; y, frente a ellos, los acuerdos de cooperación —segundo tipo— se celebrarían en materia de competencias que, siendo del Estado, este ha procedido a una delegación de las mismas a las Comunidades Autónomas que son parte del acuerdo, en virtud de una Ley de delegación del art. 150.2 CE (SANTOLAYA, 1984, 408-409). O, por lo menos, se ha concedido demasiada importancia, en mi opinión, a datos de carácter formal —expresa previsión en los Estatutos de la posibilidad de

celebrar convenios (LÓPEZ GONZÁLEZ, 1980, 240), atribución como exclusiva de la competencia autonómica sobre la que se celebra el convenio (MENÉNDEZ REXACH, 1982, 95-97)— para considerar que si no concurren en el supuesto concreto, ya no nos encontramos ante convenios de gestión, sino ante acuerdos de cooperación.

Desde luego, es necesario un criterio delimitador (puede verse, entre los últimos propuestos, CALAFELL FERRÁ, 2006, 161 y ss.), pues exige la seguridad jurídica que los órganos autonómicos puedan distinguir qué convenios está en su mano celebrar con comunicación posterior a las Cortes Generales y qué acuerdos exigen la autorización previa de estas; y desde la perspectiva del Estado, también las Cortes Generales han de contar con una regla de juicio que justifique, en su caso, su decisión de dar a un convenio simplemente comunicado, tras su celebración por dos Comunidades Autónomas, la tramitación de un acuerdo de cooperación, que requiere autorización previa de las Cortes, y sobre el que, por tanto, deberá volver a recaer (en caso de que se conceda efectivamente la autorización) el acuerdo de las partes para su válida celebración (*vid.* art. 137.2 a 4 del Reglamento del Senado).

La doctrina constitucional que ha afirmado que ni el art. 145.2 de la Constitución ni los Estatutos de Autonomía «habilitan» a las Comunidades Autónomas para establecer convenios entre ellas, sino que esa capacidad se da por supuesta, y lo que hace ese precepto constitucional es delimitar *por su contenido* los requisitos a que ha de atenerse la regulación estatutaria de esta materia (STC 44/1986, de 17 de abril, FJ 2), apoya, a mi juicio, la aceptación de un **criterio de distinción objetivo o material** que atienda al contenido del convenio y deje de lado circunstancias formales como las señaladas.

Por un lado, ha sido común la idea de que el art. 145 CE contiene una **escala de supuestos** de vinculación convencional en intensi-

dad decreciente: prohibición de los que constituyan una federación entre Comunidades Autónomas (sin duda, el concepto de federación está utilizado en este precepto de forma técnicamente imprecisa; puede verse sobre esto SÁNCHEZ NAVARRO, 1999, 89-91; y LEGUINA VILLA, 1980, 753), permisión con autorización previa de los acuerdos de cooperación y permisión con comunicación posterior de los convenios de gestión. Y parece claro también que la gradación de supuestos en esa escala depende de la **intensidad** y del **tipo** de la vinculación que las Comunidades Autónomas hacen surgir entre ellas por vía convencional. A esto habrá que atender, por tanto, para distinguir entre convenios de gestión y acuerdos de cooperación. Esta directiva interpretativa parece contenerse en la STC 46/1986, de 17 de abril, FJ 2, al afirmar que «el núm. 1 del art. 145 CE (...) establece que en ningún caso se admitirá la federación de Comunidades Autónomas. Y en el núm. 2 del mismo precepto, una vez establecida claramente aquella prohibición, se incluyen normas o previsiones estatutarias para la regulación de los acuerdos o convenios de cooperación, a fin de que a través de estos no puedan crearse situaciones contrarias a la prohibición».

De acuerdo con una clasificación de los convenios que atienda al objeto de los mismos y utilice el criterio de la intensidad y la cualidad de la vinculación que hacen surgir entre las partes podría aceptarse, por ejemplo, que la creación por acuerdo de voluntades entre dos Comunidades Autónomas de una organización común (cuyas decisiones fueran vinculantes para ambas partes) de carácter político, o determinadas transferencias competenciales de una parte en favor de otra, caerían bajo la prohibición de federación —grado superior de vinculación entre las partes, inadmitido constitucionalmente—. Un acuerdo por el que dos Comunidades Autónomas pactaran el texto de una Ley —que, después, hubiera de ser aprobada por cada una de ellas—, por la naturaleza de la competencia comprometida, requeriría autorización de las Cortes (acuerdo de cooperación); un convenio, finalmente, por el que dos

(o más) Comunidades Autónomas constituyeran una Comisión mixta de carácter consultivo y deliberante (no vinculante) en una materia administrativa que interesa a ambas o se comprometieran recíprocamente a la prestación de asistencia técnica o información, podría ser celebrado por ellas y entrar en vigor previa su comunicación a las Cortes Generales (convenio de gestión). Evidentemente, esta mera enumeración de algunos supuestos imaginables no constituye ningún criterio definitivo, pero creo que en esta línea argumental —la de *la intensidad y el tipo de vinculación*— hay que encontrarlo. La cuestión, desde luego, sigue abierta.

Encajan correctamente en el esquema anterior varios ejemplos de convenios de gestión celebrados en los últimos años: el convenio de cooperación celebrado en 2016 entre la Comunidad de Madrid y la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, para la renovación de la utilización de los títulos de abono transportes del Consorcio Regional de Transportes de Madrid en los desplazamientos entre ambas Comunidades; el convenio de colaboración celebrado en 2017 entre el Departamento de Salud del Gobierno Vasco y el Instituto Aragonés de Ciencias de la Salud para el uso del conjunto mínimo básico de datos de atención especializada, para su utilización en la línea de investigación de las variaciones en la práctica médica y resultados de salud, gestionada por el Instituto Aragonés de Ciencias de la Salud; y el convenio específico de colaboración celebrado en 2018 entre las Comunidades Autónomas de Galicia y de Castilla y León para la renovación del firme de la carretera OU-124, que forma parte del itinerario que comunica la localidad de Porto con la carretera N-525, y su posterior conservación.

Por su parte, el —en su momento— tan polémico y finalmente frustrado Acuerdo de cooperación entre la Comunidad Autónoma del País Vasco y la Comunidad Foral Navarra, por el que se pretendía constituir «un órgano permanente de encuentro, con la finalidad de institucionalizar un foro estable y permanente

de relación que sirva de instrumento de coordinación e impulso en las materias de interés común para ambas Comunidades» (art. 3 del Acuerdo) —publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado*, serie I, el 26 de junio de 1996, núm. 27—, debería haber sido tramitado, por su contenido, en mi opinión, como un convenio —celebración por las Comunidades Autónomas y simple comunicación *a posteriori*— y no como un acuerdo de cooperación, que requiriera aprobación previa de las Cortes. Dicho acuerdo se limitaba, en esencia, a crear un órgano de carácter consultivo y deliberante, cuyas decisiones no tenían, indudablemente, carácter vinculante; y el art. 5.6 preveía que, si las partes consideraban conveniente, como fruto del trabajo de dicho órgano, vincularse jurídicamente en algún proyecto común, deberían suscribir el correspondiente convenio o acuerdo de cooperación, posibilidad esta que ya está prevista en el art. 145.2 CE. Quizás fueran razones políticas o de opinión pública las que llevaron a tramitar ese convenio por la vía más llamativa del acuerdo de cooperación, para utilizarlo como un símbolo de algo de mayor alcance y trascendencia que los que se derivan literalmente de su articulado.

III. REGLAS DE PROCEDIMIENTO Y ENTRADA EN VIGOR

Referido el problema del criterio delimitador entre ambos tipos contractuales, conviene aludir brevemente, en segundo lugar, a la regulación del procedimiento de celebración y entrada en vigor de estos convenios y acuerdos, contenida en el propio art. 145.2 CE, en los arts. 74.2 CE, 166 del Reglamento del Congreso, 137 a 139 del Reglamento del Senado y en los Estatutos de Autonomía.

Según esos preceptos la **autorización** de las Cortes Generales en el caso de los acuerdos de cooperación constituye un **requisito esencial de validez** previo a la celebración del convenio, cuya omisión, como ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional, de-

termina la nulidad del acuerdo (STC 44/1986, de 17 de abril, FJ 2).

Por su parte, la **comunicación** a las Cortes de los convenios de gestión se produce después de la válida celebración de los mismos y, según la regulación de muchos de los Estatutos de Autonomía, de la misma se hace depender la entrada en vigor de aquellos, que se produce después de un plazo que empieza a contar desde la comunicación (sesenta días, hoy, por ejemplo, según el art. 178.4 del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006 y el art. 226.2 del Estatuto de Autonomía para Andalucía de 2007; la regulación más común de los primeros Estatutos de Autonomía era la de un plazo de treinta días). Técnicamente, por tanto, el convenio queda sometido a la **condición (iuris) suspensiva** de que en ese plazo no se formulen reparos por las Cortes. Precisamente por ello, no se trata de un *término inicial*, pues no está excluido que, a la vista del contenido del convenio, las Cortes decidan la tramitación del mismo como acuerdo de cooperación. En este supuesto, tras la eventual concesión de la autorización previa preceptiva, las partes tendrán que volver a manifestar sus consentimientos contractuales sobre el texto autorizado por las Cortes, pues el acuerdo de voluntades que recayó sobre lo que las partes consideraron un convenio de gestión no pudo suponer consentimiento válido para la celebración de un acuerdo de cooperación, que exige constitucionalmente autorización previa (RAZQUÍN LIZARRAGA, 1988, 62).

Cabe preguntarse qué sucede en el caso de celebración de un convenio de gestión entre dos Comunidades Autónomas cuyos Estatutos de Autonomía establecen reglas distintas para la entrada en vigor de los mismos. Parece claro que el convenio ha de desplegar efectos al mismo tiempo para ambas partes, por lo que, en casos como este habrá que estar a la «regulación más restrictiva» (para un caso análogo, MENÉNDEZ REXACH, 1982, 96).

IV. NATURALEZA DEL CONTROL POR LAS CORTES

Sobre la naturaleza del control que el art. 145 CE —y, en concordancia con él, los Estatutos de Autonomía— atribuyen a las Cortes Generales sobre los convenios entre Comunidades Autónomas, considero que se trata de un **control de legalidad** (no de oportunidad política). En concreto, las Cortes solo podrán someter al régimen de autorización un acuerdo que fue celebrado por las partes como convenio de gestión y, en consecuencia, simplemente comunicado a aquellas, en el caso de que consideren, a la vista de su contenido, que conforme al art. 145.2 CE (de interpretación no fácil, cierto es) se trata de un acuerdo de cooperación; y las Cámaras solo podrán negar la autorización a un acuerdo de cooperación entre Comunidades Autónomas conforme a criterios estrictamente jurídicos, en especial si justificadamente estiman vulnerada la prohibición de federación (art. 145.1 CE) o cualquier otro precepto constitucional o del bloque de la constitucionalidad. A mi juicio, no hay lugar en ninguno de estos dos supuestos para la valoración de criterios de oportunidad política por las Cortes Generales, pues se trata, en principio, de un caso de control estatal sobre ámbitos competenciales descentralizados, lo que es incompatible con una tutela material o de oportunidad (opiniones distintas en SANTOLAYA, 1984, 415; y LÓPEZ GONZÁLEZ, 1980, 245).

Discutida ha sido también la cuestión de la posible **impugnación por las Comunidades Autónomas** interesadas de los acuerdos de las Cortes que decidan someter a autorización un convenio comunicado, que denieguen la autorización de un acuerdo de cooperación, o que lo autoricen con condicionamientos (*vid.* MENÉNDEZ REXACH, 1982, 130-133). Con independencia del carácter normativo o no de estos acuerdos de las Cortes o de otros semejantes y de la tramitación parlamentaria de estos expedientes, el caso es que los mismos *no se adoptan en forma de Ley*, por lo que no es fácil admitir la vía del recurso de inconstitucionalidad (art. 27 LOTC).

Tampoco sería la del conflicto constitucional de competencias la vía más adecuada, si se tiene en cuenta que difícilmente podrá discutirse que corresponde al Estado la titularidad de esa competencia de control. Esta *vindicatio potestatis* constituye, como se sabe, el objeto principal del conflicto positivo de competencias (art. 63 LOTC), y no la conformidad o no con la Constitución del ejercicio de una competencia —del Estado— cuya titularidad no se discute, que es lo que realmente aquí sucede.

El Tribunal Constitucional ha flexibilizado, en ocasiones, esta rígida comprensión del conflicto de competencias y ha admitido que «no resulta indispensable que el ente que plantea el conflicto recabe para sí la competencia ejercida por otro, sino tan solo que la actuación del otro afecte a su propio ámbito de autonomía condicionando o configurando de forma que juzga inadecuadas las competencias que en virtud de esa autonomía ostenta» (STC 104/1988, de 8 de junio, FJ 1). Por eso, y con el objeto de no negar el acceso al Tribunal Constitucional de las Comunidades Autónomas interesadas, considero que podría admitirse esta vía como la menos inadecuada.

V. EL ART. 145 CE Y EL DESARROLLO DE LA «COOPERACIÓN HORIZONTAL»

El desarrollo de la «cooperación horizontal» (convenios y acuerdos entre Comunidades Autónomas) pone de manifiesto la madurez de un sistema consolidado de relaciones interadministrativas de colaboración mucho más

que las prácticas semejantes de sentido «vertical» (convenios entre el Estado y las Comunidades Autónomas). En este contexto, puede ser un estímulo para la utilización de las vías convencionales previstas en el art. 145 CE el reconocimiento expreso del Tribunal Constitucional de que la *supraterritorialidad* de un asunto (el hecho de que un objeto determinado de competencias públicas exceda del ámbito territorial de una Comunidad Autónoma) no implica, por sí sola, la atribución al Estado de las competencias sobre el mismo (así, STC 329/1993, de 12 de noviembre, en especial, FF. JJ. 3 y 4; en sentido análogo, STC 102/1995, de 26 de junio, FJ 19).

En supuestos concretos sí utiliza el art. 149.1 CE el criterio de la supraterritorialidad como título atributivo de competencias al Estado (aps. 21: ferrocarriles y transportes terrestres que transcurran por el territorio de más de una Comunidad Autónoma; 22: aguas que discurren por más de una Comunidad autónoma; 24: obras públicas cuya realización afecte a más de una Comunidad Autónoma). Pero en materias en las que eso no sucede, es posible que una adecuada colaboración entre Comunidades Autónomas asegure la unidad y el correcto funcionamiento del sistema, de forma tal que se haga innecesaria una intervención estatal justificada en los diversos títulos que, con ese objetivo, atribuyen a la instancia central la coordinación en diversos ámbitos materiales. Con esta idea debe concluirse: la *colaboración* voluntaria de los *coordinados* puede hacer innecesaria una actuación genuinamente *coordinadora* (con imposición) del *coordinador*; se llega a la coordinación por la colaboración.

BIBLIOGRAFÍA

ALBERTÍ ROVIRA, E., «Los Convenios entre Comunidades Autónomas», en la obra colectiva *Las relaciones interadministrativas de cooperación y colaboración. Seminario celebrado en Barcelona el 7 de mayo de 1993*, Barcelona, 1993, págs. 61 y ss.

— «Los convenios entre Comunidades Autónomas», *Documentación Administrativa*, núm. 240, 1994, págs. 107 y ss.

CALAFELL FERRÁ, V. J., *Los convenios entre Comunidades Autónomas*, Madrid, 2006.

GARCÍA MORALES, M. J., *Convenios de colaboración en los sistemas federales europeos. Estudio comparativo de Alemania, Suiza, Austria y Bélgica*, Madrid, 1998.

GONZÁLEZ GARCÍA, I., *Convenios de cooperación entre Comunidades Autónomas. Una pieza disfuncional de nuestro Estado de las Autonomías*, Madrid, 2006.

LEGUINA VILLA, J., «Las Comunidades Autónomas», en PEDRIERI, A. y GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (Dir.), *La Constitución Española de 1978*, Madrid, 1980, págs. 739 y ss.

LÓPEZ GONZÁLEZ, J. I., «La posición de las Cortes ante los convenios interregionales», en la obra colectiva *Comunidades Autónomas. Solidaridad, Estatutos, Organización, Convenios*, Sevilla, 1980, págs. 220 y ss.

MENÉNDEZ REXACH, A., *Los Convenios entre las Comunidades Autónomas: comentario al art. 145.2 de la Constitución*, Madrid, 1982.

RAZQUÍN LIZARRAGA, M. M., *Los Convenios y Acuerdos en el Estatuto de Autonomía del País Vasco*, Oñate, 1988.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., *Los convenios entre Administraciones públicas*, Madrid, 1997.

SÁNCHEZ NAVARRO, A. J., «Art. 145. Convenios entre Comunidades Autónomas», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, tomo XI, Madrid, 1999, págs. 73 y ss.

SANTOLAYA MACHETTI, P., *Descentralización y cooperación*, Madrid, 1984.

TAJADURA TEJADA, J., «Los convenios de cooperación entre comunidades autónomas: marco normativo y propuestas de reforma», *Revista d'Estudis Autònòmics i Federals*, núm. 11, 2010, págs. 206-254.

Artículo 146

El proyecto de Estatuto será elaborado por una asamblea compuesta por los miembros de la Diputación u órgano interinsular de las provincias afectadas y por los Diputados y Senadores elegidos en ellas y será elevado a las Cortes Generales para su tramitación como ley.

Sumario: I. Tramitación constituyente y contenido del precepto. II. La asamblea elaboradora del proyecto de Estatuto. III. Intervención de las Cortes Generales en la elaboración del Estatuto de Autonomía común.

CÉSAR AGUADO RENEDO

PROFESOR DE DERECHO CONSTITUCIONAL
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

I. TRAMITACIÓN CONSTITUYENTE Y CONTENIDO DEL PRECEPTO

El art. 146 CE regula la **iniciativa estatutaria común**. En el Anteproyecto de Constitución se preveía un único procedimiento para la elaboración de los Estatutos (art. 131) —el que hoy se recoge en el art. 151.2 CE—, sin distinguir que la iniciativa del procedimiento de acceso se hubiere llevado a cabo de una u otra forma. El contenido del citado precepto, sin embargo, fue incluido en una extensa disposición adicional del Informe de la Ponencia, y como contenido del art. 138 del texto de este Informe se incluyó otro texto —en sustancia igual al actual art. 146—, distinguiendo así dos supuestos bien diferenciados. Contra esta distinción se alzaron voces en favor de la igualdad de procedimientos, tanto en el Congreso (el Sr. Letamendía, en el Debate sobre el Informe de la Ponencia) como en el Senado (enmiendas núm. 82, del Grupo Progresistas y Socialistas Independientes —y en el mismo sentido, la intervención de su representante, Sr. Martín-Retortillo, en el Debate de la Comisión de Constitución—, o núm. 306, del Sr. Bandrés, quien se mostró radical en este sen-

tido, tanto en el debate de la Comisión de Constitución del Senado como en el del Pleno), pero, como es obvio, sin resultado.

El art. 146 CE especifica dos extremos: el órgano que ha de llevar a cabo tal iniciativa estatutaria en el procedimiento ordinario, que es una asamblea compuesta por representantes locales (miembros de las Diputaciones u órganos interinsulares) y nacionales (Diputados y Senadores) de las Provincias afectadas; y su función: la elaboración de un «proyecto de Estatuto» con el fin de elevarlo «a las Cortes Generales para su tramitación como ley», ley que, aunque no se explicita que ha de ser orgánica, coincidiendo en ello —adelantamos— con los arts. 151 y 152.2 CE, necesariamente debe revestir tal forma, conforme a los arts. 81 y 147.3 CE.

II. LA ASAMBLEA ELABORADORA DEL PROYECTO DE ESTATUTO

La asamblea encargada de elaborar el proyecto de Estatuto, y conformada según dispone el art. 146 CE, no puede ser considerada jurí-

dicamente de naturaleza regional (menos aún autonómica, pues el territorio que representan sus componentes no ha accedido aún a la autonomía), por más que su antecedente fuera la reunión fáctica en asamblea de los parlamentarios nacionales de las distintas regiones, que darían lugar al proceso conocido como preautonómico (cfr. el comentario a la disposición transitoria primera). Sencillamente, frente a lo que ocurre en el sistema italiano con las Regiones ordinarias y especiales, y en el portugués con las Regiones autónomas (únicamente las insulares), cuyas Constituciones predeterminan aquellas, el modo español de organización territorial del Estado partió de la inexistencia de un mapa de las entidades territoriales intermedias que habrían de disponer de autogobierno, mapa que habría de ir conformándose evolutivamente dependiendo de las circunstancias. *Ergo*, necesariamente, tales asambleas resultaban ser órganos de índole estatal, que la CE prevé para el muy específico que determina el art. 146. Sin duda, los componentes de tales asambleas tenían atribuida una representación *ad hoc* de los intereses del territorio con expectativa de acceso a la autonomía, pero se trataba de una representación provisional y transitoria: en términos recientes del Tribunal Constitucional, «la Constitución puso fin a un Estado políticamente centralizado en el que no existían aún Asambleas Legislativas autonómicas en sentido estricto, sino representaciones territoriales reguladas transitoriamente por la Constitución a los fines, precisamente, de la implantación de las Comunidades Autónomas (arts. 143 y 151 CE)» [STC 247/2007, de 12 de diciembre (La Ley 185358/2007), FJ 6]. La asamblea en cuestión resultará, así, un órgano surgido con la única misión de elaborar un proyecto estatutario, y, en tanto tal, provisional, pues una vez elaborado el proyecto de Estatuto, su única y eventual intervención posterior se limita a cumplir los trámites que se pudieren haber incumplido o subsanar los defectos formales que la Mesa del Congreso entendiere producidos (art. 136.3 RCD). Ello nos sitúa en el otro contenido del artículo que venimos comentando:

en la tramitación del proyecto de Estatuto por las Cortes Generales.

Y lo primero que procede señalar a este respecto es que —como se ha visto al glosar el art. 143.2 CE— el Tribunal Constitucional ha señalado respecto al procedimiento de acceso gradual a la autonomía que esta fase de **iniciativa estatutaria** es de naturaleza radicalmente distinta a la anterior de la **iniciativa autonómica**, tanto por sus sujetos como por su objeto: «Los Ayuntamientos y la Diputación impulsan un proceso, pero no disponen de él, por la doble razón de que, producido válidamente el impulso, son otros los sujetos activos del proceso y otro también el objeto de la actividad que en este se despliega: según el art. 146 una asamblea compuesta por los miembros de las Diputaciones de las provincias afectadas y por los Diputados y Senadores elegidos en ellas elaborará un proyecto de Estatuto que será elevado a las Cortes para su tramitación como Ley. El sujeto del proceso no está integrado ya, como en su fase de impulsión preliminar, por las Diputaciones y Municipios, sino que es un nuevo órgano que nace porque ya se ha manifestado la voluntad impulsora y que expresa ahora la del territorio en su conjunto; y esa voluntad ya tiene un objeto distinto, el régimen jurídico futuro del territorio que ya ha manifestado su voluntad de constituirse en Comunidad Autónoma mediante actos de iniciativa que ya han agotado sus efectos» [STC 89/1984, de 28 de septiembre (La Ley 9183-JF/0000), FJ 5].

III. INTERVENCIÓN DE LAS CORTES GENERALES EN LA ELABORACIÓN DEL ESTATUTO DE AUTONOMÍA COMÚN

En esta distinta fase, lo primero que procede es la constatación por las Cortes Generales de que se han cumplido los requisitos constitucionalmente exigidos en la fase anterior. Una tarea que se ha atribuido por el Reglamento a la Mesa del Congreso de los Diputados (art. 136.1 RCD) para su constitución

como Comunidad Autónoma: «[...] han de ser las Cortes Generales —ha dicho el Tribunal Constitucional cuando hubo de pronunciarse sobre la pretendida uniprovincialidad de Segovia para convertirse en Comunidad Autónoma— las que verifiquen si [...] concurre el requisito que el 143.1 de la CE exige al respecto, esto es, si se trata de una provincia «con entidad regional histórica», y si, por otra parte, en su proceso hacia la autonomía se han cumplido las exigencias del 143.2 de la CE»: «las Cortes, en la fase del 146 de la CE hubieran podido pronunciarse sobre uno y otro extremo» [STC 100/1984, de 8 de noviembre (La Ley 340-TC/1985), FJ 2].

La trascendencia de este control por las Cortes Generales en la fase regulada en el art. 146 CE del proceso de un territorio hacia la autonomía es, pues, absoluta, como resulta en el caso del que traía causa la Sentencia que se acaba de citar, que niega a una Provincia (en el caso, Segovia) el derecho a convertirse en Comunidad Autónoma *ex art. 2 CE*, si no lo entienden así. Esto es, las Cortes Generales interpretan (en principio, a salvo de una eventual intervención distinta del Tribunal Constitucional si es llamado por los legitimados para pronunciarse sobre esa interpretación) el régimen jurídico-constitucional en relación con el acceso a la autonomía de los territorios, determinando si estos tienen suficientes títulos para erigirse en Comunidad Autónoma tal y como se les plantea: uniprovincialmente o, si pluriprovincial, con más o menos provincias. *A fortiori*, pues, podrán incidir en contenidos concretos de los proyectos de Estatutos elevados a las Cortes hasta suprimirlos o modificarlos de forma incluso esencial o, en fin, rechazarlos, supuestos todos ellos que se dieron en la realidad y a alguno de los cuales se aludirá después.

La regulación constitucional del art. 146 CE sobre el trámite de elaboración del proyecto de Estatuto en lo que constituye el cauce ordinario o común de acceso a la autonomía debe entenderse como una significativa traducción de la concepción del constituyente

sobre la autonomía que, *ex art. 148.2 CE*, había de ser temporal y materialmente gradual, frente a la autonomía más plena e inmediata de los territorios que accediesen al autogobierno por la vía del art. 151 o de la disposición transitoria segunda CE. En realidad (como se dirá en el comentario a la disposición que se acaba de aludir), el contenido del art. 146 CE —y, en general, toda la redacción del Título VIII— no puede explicarse sin tener como referencia el proceso de regímenes provisionales de autonomía que surgió casi por generación espontánea al socaire de las reivindicaciones de autogobierno de los territorios que habían llegado a aprobar un Estatuto de autonomía en el régimen republicano y que habían conservado formalmente testimonio de una organización institucional en el exilio. De este modo, el art. 146 CE aparece como una solución obligada para encauzar el acceso a la autonomía de todos los demás territorios, los comunes u ordinarios. Y, dada la inexistencia de mapa territorial en la Constitución, no parece que hubiera excesivo margen para arbitrar otros cauces por los que formalizar ese acceso que, por así expresarlo, aprovechar los cargos representativos ya electos (los parlamentarios nacionales y los diputados provinciales, si bien estos, producto de una elección indirecta, aparecen más prescindibles: en el procedimiento estatutario del art. 151 CE, como se verá, no intervienen, y *de facto* tampoco lo hicieron en la gran mayoría de las CC. AA. del 143-146 en virtud de lo que dispone la disposición transitoria primera) en la/s provincia/s deseosa/s de conformar una CA, para constituir con ellos un órgano colegiado al que confiar la redacción de los proyectos de Estatuto en los territorios que pretendieran disponer de autogobierno.

Lo que se acaba de señalar se refleja de modo inequívoco en una tramitación de los Estatutos de Autonomía ordinarios o comunes, que solo se diferencia del procedimiento del resto de las leyes orgánicas por la iniciativa de la misma, confiada a la asamblea que se acaba de comentar, como único nexo de legitimidad evidente entre la voluntad del territorio (por

imperfecta que fuere su expresión por intermedio de la asamblea en cuestión) y la voluntad general representada en las Cortes Generales. Pero se trata de un nexo débil, pues el Parlamento nacional disponía de un margen sumamente amplio para poder operar con el proyecto estatutario que le presentase la asamblea, hasta llegar, incluso, a su rechazo (como ocurriera, p. ej., con la primera redacción del proyecto de Estatuto valenciano, que rechazó el Congreso en marzo de 1982).

De este proceso de elaboración estatutaria, por tanto, que fue el que siguieron doce de las

diecisiete Comunidades Autónomas que componen el mapa territorial español, esto es, más de dos tercios de ellas, parece que difícilmente podría predicarse lo que afirmara el Tribunal Constitucional, de que «[...] característica de los Estatutos de Autonomía es [...] [el] carácter paccionado de su procedimiento de elaboración [...]» [STC 247/2007, de 12 de diciembre (LA LEY 185358/2007), FJ 6]. Si ello puede predicarse, en cambio, del procedimiento especial de elaboración estatutaria del art. 151.2 CE, y en qué medida, es cuestión que debe remitirse al comentario de este precepto.

BIBLIOGRAFÍA

AGUADO RENEDO, C., *El Estatuto de Autonomía y su posición en el ordenamiento jurídico*, CEC, Madrid, 1996, págs. 138 y ss.

AGUILÓ LUCÍA, L., «Comentario al artículo 146», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, tomo XI, Editoriales de Derecho Reunidas-Cortes Generales, Madrid, 1999, págs. 111 y ss.

ALBERTÍ ROVIRA, E., «Vías de acceso a la autonomía y procedimientos de elaboración y aprobación de los Estatutos», en AJA, E. (Dir.), *El sistema jurídico de las Comunidades Autónomas*, Tecnos, Madrid, 1985, págs. 91 y ss.

MEILÁN GIL, J. L., *La ordenación jurídica de las autonomías*, Tecnos, Madrid, 1988.

MUÑOZ MACHADO, S., *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, vol. I, 2.^a ed., Iustel, Madrid, 2007, págs. 312 y ss.

TRUJILLO, G., «Los Estatutos de Autonomía como «Leyes Orgánicas reforzadas»», en *Los procesos de formación de las Comunidades Autónomas. Aspectos Jurídicos y Perspectivas Políticas*, I, Parlamento andaluz, Granada, 1984, págs. 3 y ss.

Artículo 147

1. Dentro de los términos de la presente Constitución, los Estatutos serán la norma institucional básica de cada Comunidad Autónoma y el Estado los reconocerá y amparará como parte integrante de su ordenamiento jurídico.

2. Los Estatutos de autonomía deberán contener:

a) La denominación de la Comunidad que mejor corresponda a su identidad histórica.

b) La delimitación de su territorio.

c) La denominación, organización y sede de las instituciones autónomas propias.

d) Las competencias asumidas dentro del marco establecido en la Constitución y las bases para el traspaso de los servicios correspondientes a las mismas.

3. La reforma de los Estatutos se ajustará al procedimiento establecido en los mismos y requerirá, en todo caso, la aprobación por las Cortes Generales, mediante ley orgánica.

Sumario general:

Los Estatutos de Autonomía como norma institucional básica: su problemático contenido y función constitucional, por **JAVIER GARCÍA ROCA** e **IGNACIO GARCÍA VITORIA**

La reforma de los Estatutos de Autonomía, por **CÉSAR AGUADO RENEDO**

ARTÍCULO 147.1 Y 2

LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA COMO NORMA INSTITUCIONAL BÁSICA: SU PROBLEMÁTICO CONTENIDO Y FUNCIÓN CONSTITUCIONAL

Sumario: I. Introducción. II. Denominación de la Comunidad e identidad histórica. III. Delimitación de su territorio. IV. Organización de las instituciones. 1. El Estatuto como parámetro de constitucionalidad de las leyes autonómicas. 2. Límites constitucionales y legales. 3. Colaboración del legislador autonómico. V. Las competencias asumidas. 1. La delimitación de las competencias autonómicas. 2. La delimitación a través del Estatuto de las competencias del Estado: la estrategia del «blindaje competencial». VI. Unos contenidos notablemente ampliados: las declaraciones de derechos.

JAVIER GARCÍA ROCA

CATEDRÁTICO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
LETRADO EXCEDENTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

IGNACIO GARCÍA VITORIA

PROFESOR CONTRATADO
DOCTOR DE DERECHO CONSTITUCIONAL
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

I. INTRODUCCIÓN

La definición constitucional de la posición del Estatuto: supremacía constitucional, norma básica e integración en el ordenamiento del Estado. El primer apartado del art. 147 CE establece tres referencias para ubicar el Estatuto en el sistema de fuentes. Se subraya, en el inicio del apartado, la posición infraconstitucional de los Estatutos, mediante la expresión «dentro de los términos de la presente Constitución». Profundiza en esta misma idea la letra d) del art. 147.2 CE, cuando señala que el Estatuto contendrá las «competencias asumidas dentro del marco establecido en la Constitución». La supremacía constitucional se concreta en el plano procesal en la posibilidad de interponer un recurso de inconstitucionalidad contra un Estatuto de Autonomía (art. 27.2 LOTC). La fórmula «norma institucional básica» sugiere que el Estatuto se sitúa en la cabecera del ordenamiento autonómico y ordena la producción de normas jurídicas por parte de

las instituciones autonómicas. Por último, la frase final dispone que el Estado «reconocerá y amparará» los Estatutos «como parte integrante de su ordenamiento jurídico». Una cuarta referencia se une a la anterior: son leyes orgánicas las que aprueban o reforman los Estatutos (arts. 81 y 147.3 CE). El Tribunal Constitucional ha concretado a partir de esas coordenadas esenciales la relación entre el Estatuto y otras normas constitucionales y legales. Ha sido especialmente controvertida la relación con otras leyes orgánicas.

Los contenidos mínimos estatutarios. Reserva relativa y contenidos voluntarios. El apartado segundo del art. 147 CE enumera cuatro contenidos mínimos u obligatorios de los Estatutos. Es una disposición general que la Constitución completa a través de otras disposiciones específicas: lenguas cooficiales (art. 3.2 CE), banderas y enseñas autonómicas (art. 4.2 CE), sistema de designación de Senadores autonómicos (art. 69.5 CE), conve-

nios entre Comunidades Autónomas (art. 145.2 CE) y circunscripciones territoriales propias (art. 152.3 CE). Este apartado plantea dos problemas interpretativos. Primero, el carácter absoluto o relativo de la reserva. Es decir, la capacidad de otras normas de intervenir en la definición de los contenidos enumerados en el art. 147.2. Más en concreto, la posibilidad del legislador estatal para participar en la delimitación de las competencias autonómicas y del legislador autonómico para concretar la organización de las instituciones. En segundo lugar, se ha polemizado sobre si son posibles otros contenidos voluntarios que puedan contemplar los Estatutos. El debate se ha centrado en los catálogos estatutarios de derechos, una opción realizada por los nuevos Estatutos en la VIII Legislatura, con diferente extensión y oportunidad (son singularmente largas las declaraciones catalana y andaluza). Aunque los primeros Estatutos ya incluían algunos derechos o principios rectores, la diferencia con los nuevos radica en la amplitud del catálogo y en su redacción como auténticos derechos subjetivos, ubicados sistemáticamente dentro de una declaración de derechos, al modo de la parte dogmática de una Constitución.

Sistematización de la jurisprudencia constitucional. Para ordenar la jurisprudencia constitucional, hemos optado por analizar de forma conjunta los dos primeros apartados del art. 147 CE. La razón es la estrecha conexión que existe entre la posición de los Estatutos en el sistema de fuentes y los contenidos que la Constitución les reserva. Precisamente tomaremos como eje de la exposición los distintos contenidos enumerados en el art. 147.2 CE, por entender que las funciones que reflejan tales contenidos condicionan el debate sobre la naturaleza jurídica de los Estatutos.

II. DENOMINACIÓN DE LA COMUNIDAD E IDENTIDAD HISTÓRICA

Ausencia de jurisprudencia. No hemos encontrado pronunciamientos relevantes del

Tribunal Constitucional acerca de «la denominación de la Comunidad que mejor corresponde a su identidad histórica» [letra a) del art. 147.2 CE]. Es anecdótica la mención que se hace a este apartado en la **STC 44/2007**, de 1 de marzo, sobre la indicación geográfica «vinos de la Tierra de Castilla», donde se descartó la conexión entre la potestad para fijar la denominación de la Comunidad Autónoma y el uso de la referencia geográfica para la comercialización de alimento.

Denominación ordinaria y oficial. Más interesante es el Dictamen del Consejo de Estado sobre la propuesta del Gobierno de incluir el nombre de las Comunidades Autónomas: el «Informe sobre modificaciones de la Constitución Española», de enero de 2006. La propuesta de reforma constitucional tenía un impacto limitado porque se mantenía la facultad del Estatuto para mantener la denominación oficial de cada Comunidad, llevando únicamente a la Constitución las «denominaciones ordinarias», es decir, los nombres que se utilizan en el uso común. Tampoco había novedades respecto a los mecanismos de fusión entre Comunidades Autónomas; se mantiene como único ejemplo de la regulación constitucional la posibilidad de agregación de Navarra al País Vasco en la disposición transitoria cuarta.

Cuestiones relacionadas. Símbolos e identidad como nacionalidades y regiones. Es una cuestión diferente, aunque relacionada, la habilitación al Estatuto para establecer las banderas y enseñas propias de las Comunidades Autónomas (art. 4.2 CE). Sobre este tema puede citarse como referencia la **STC 94/1985**, de 29 de julio, sobre el uso del escudo de armas de Navarra en el escudo del País Vasco. La Sentencia dedujo, a partir de la Constitución y de la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra, la existencia por parte de Navarra de una competencia para regular en exclusiva la utilización de sus símbolos propios. Posteriormente hubo un incidente de ejecución promovido por el Gobierno de Navarra.

El Tribunal Constitucional dio por buenas las explicaciones del Gobierno Vasco y acordó tener por ejecutada la Sentencia mediante el **ATC 854/1986**, de 23 de octubre. Por otra parte, cabe hacer un reenvío a los fundamentos de la **STC 31/2010**, de 28 de junio, sobre la utilización por parte del Estatuto de Cataluña del término «nación» y de la definición de sus símbolos como nacionales, en las que se destacó la subordinación del Estatuto a la Constitución.

III. DELIMITACIÓN DE SU TERRITORIO

Desconstitucionalización y conflicto entre Estatutos. La Constitución no define el territorio de las Comunidades Autónomas, ni contempla un procedimiento de modificación de este territorio. Por ello, los Estatutos pueden disponer libremente de este contenido sin otro límite que la aprobación mediante ley orgánica de la alteración de los límites provinciales (art. 141.1 CE). Esta situación abre la posibilidad de conflictos entre Estatutos sobre la delimitación territorial. Constituye un precedente clásico la **STC 99/1986**, de 11 de julio, en el Caso del Condado de Treviño, donde se planteaba un conflicto entre los Estatutos del País Vasco y de Castilla y León respecto del procedimiento de segregación y agregación de enclaves de una Comunidad en otra. Las disposiciones sobre segregación de municipios del Estatuto de Castilla y León fueron recurridas por el Gobierno y el Parlamento Vasco, por contradecir el procedimiento previsto en su Estatuto.

Legitimación activa de las instituciones autonómicas. Una primera cuestión destacada es la legitimación de las instituciones autonómicas para recurrir el Estatuto de otra Comunidad basándose en la forma de ley orgánica de los Estatutos. Recuérdesse que el art. 32.2 LOTC impide a una Comunidad Autónoma recurrir leyes autonómicas. La Sentencia afirmó que «la aprobación de los Estatutos por Ley Orgánica no constituye un simple revestimiento formal de una norma propiamente autonómica, sino la incorporación, definitiva y

decisiva, de la voluntad del legislador estatal a la configuración de lo que, por su contenido, constituye la norma institucional básica de cada Comunidad Autónoma». Tras la aprobación de los denominados Estatutos de segunda generación, llegaría la **STC 247/2007**, de 12 de diciembre, sobre la impugnación por el Gobierno de Aragón del art. 17.1 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, que establece el derecho de los valencianos al abastecimiento suficiente de agua de calidad. Y finalmente las sentencias de los recursos contra la reforma del Estatuto de Cataluña interpuestos por los gobiernos de la Comunidad Valenciana (**STC 48/2010**, de 9 de septiembre) y de la Región de Murcia (**STC 49/2010**, de 29 de septiembre).

Las distintas formas de definir el territorio. Otro elemento interesante de la **STC 99/1986** es la comparación entre los modos de definir el territorio entre los Estatutos de Castilla y León y del País Vasco. El Tribunal Constitucional consideró que el primero definía el territorio como simple «ámbito de aplicabilidad de las disposiciones autonómicas», sin llevar a cabo la «determinación de un espacio natural», es decir, sin fijar los límites geográficos de la Comunidad Autónoma. El art. 2 del citado Estatuto rezaba que el territorio de la Comunidad de Castilla y León «comprende el de los municipios integrados en las provincias de Ávila, Burgos...». El territorio de la Comunidad era el de los municipios comprendidos en cada momento dentro de las ocho provincias, por lo que el territorio de la Comunidad no se veía formalmente alterado si un municipio dejaba de formar parte de la provincia de Burgos. Por el contrario, el Tribunal consideró que el Estatuto del País Vasco, al referirse a «los actuales límites de los Territorios Históricos» sí contiene una específica garantía territorial que impide toda alteración de esos límites. Esta discutible distinción provocó en la reforma del Estatuto de Castilla y León de 2007 el añadido de la palabra «actuales».

La Constitución como único parámetro para enjuiciar la validez de un Estatuto. El

tema central en la ya citada **STC 99/1986** fue el de cómo resolver una discrepancia entre los contenidos de dos Estatutos respecto a la delimitación del territorio. El Tribunal sostuvo que el único parámetro para enjuiciar la validez constitucional de una disposición incluida en un Estatuto es la propia Constitución. En este caso, el Tribunal interpretó las disposiciones sobre agregación y segregación de municipios de cada Estatuto de conformidad con la reserva que hace la Constitución a cada Estatuto respecto a la delimitación de su propio territorio. La reserva estatutaria establecida en el art. 147.2 CE —se agregó— supone el aseguramiento de que los contenidos normativos que afecten a una Comunidad no queden fijados en el Estatuto de otra en virtud de la contingencia del momento de su aprobación. En consecuencia, el Estatuto de una Comunidad no puede regular de un modo «completo y acabado» la segregación y correspondiente agregación de los enclaves ubicados en su territorio cuando estos pertenezcan a otra Comunidad.

Tesis discrepante. De esta tesis disintió el Magistrado Jesús Leguina, que defendió en un **voto particular** que los Estatutos previamente aprobados integran el bloque de la constitucionalidad respecto de los que se aprueban después. Afirmó que cuando las Cortes Generales aprueban un Estatuto de Autonomía, además de respetar el texto constitucional, han de tener en cuenta también las normas de otros Estatutos de Autonomía aprobados con anterioridad por las propias Cámaras. De manera subsidiaria, el voto particular sostenía que aún en el caso de aceptar la sola dependencia del Estatuto de Castilla y León respecto de la Constitución, debería hacerse depender la validez de este de su adecuación a todas las normas de la Constitución, incluidas las que señalan un procedimiento de reforma de los Estatutos, para impedir una modificación *extra ordinem*, es decir, la modificación del Estatuto del País Vasco por otro posterior con inobservancia de los requisitos previstos en el art. 147.3 CE.

IV. ORGANIZACIÓN DE LAS INSTITUCIONES

1. El Estatuto como parámetro de constitucionalidad de las leyes autonómicas

La contradicción con el Estatuto como vicio de inconstitucionalidad. Un principio muy consolidado en la jurisprudencia constitucional es la consideración como un vicio de inconstitucionalidad de los casos de contradicción entre el Estatuto y la ley autonómica. No se afirma únicamente la subordinación de las leyes autonómicas al Estatuto, sino que se da un paso más al atribuir la competencia al Tribunal Constitucional. Se considera que la ley autonómica que se aparte del Estatuto transgrede a su vez la calificación de los Estatutos como norma institucional básica. Es una vulneración mediata del art. 147.1 CE. Esta doctrina se remonta a la **STC 36/1981**, de 12 de noviembre, donde se declaró la inconstitucionalidad de la Ley del Parlamento Vasco que preveía la exigencia de suplicatorio para procesar a los parlamentarios autonómicos. La Sentencia se basó en la contradicción entre el alcance limitado de la inmunidad recogido en el Estatuto, circunscrita a la prohibición de detención salvo en caso de flagrante delito, y el enfoque amplio que había adoptado el legislador autonómico (FJ 4).

La garantía constitucional se refiere al contenido íntegro del Estatuto. En repetidas ocasiones, el Tribunal Constitucional ha examinado desde la perspectiva del control de constitucionalidad situaciones que en sentido estricto son problemas de subordinación al Estatuto de la legislación autonómica. En la **STC 223/2006**, de 6 de julio, referida a una reforma del Reglamento de la Asamblea de Extremadura, el Tribunal Constitucional hizo más explícita su posición sobre el uso del Estatuto como parámetro de constitucionalidad. La Sentencia es más conocida porque declaró la falta de legitimación activa del Gobierno autonómico para impugnar el Reglamento de la Asamblea de su propia Co-

munidad. Pero ahora la parte de la Sentencia que nos interesa es aquella en la que se afirma que el contenido íntegro del Estatuto es parámetro de la constitucionalidad de todas las normas autonómicas. La Sentencia confirmó la competencia del Tribunal Constitucional para declarar la inconstitucionalidad de las leyes autonómicas por vulnerar cualquier precepto del Estatuto y no solo por extralimitarse de las competencias estatutarias. El Tribunal Constitucional se extendió más en el tema, para rechazar la posición del Letrado de la Asamblea de Extremadura, que basándose en una interpretación rigorista del art. 28.2 de la LOTC, sostuvo que solo sería competencia del Tribunal Constitucional examinar la contradicción entre la ley autonómica y el correspondiente Estatuto de Autonomía en relación con las reglas de distribución de competencias.

El monopolio por parte del Tribunal Constitucional del control de las normas con rango de ley. La Sentencia invocó la existencia de precedentes en los que el Tribunal Constitucional había examinado la constitucionalidad de normas autonómicas por contraste con la parte orgánica de sus respectivos Estatutos de Autonomía. La Sentencia citó expresamente la **STC 15/2000**, de 20 de enero, sobre el nombramiento de la Comunidad Foral de Navarra, pero igualmente podría haber hecho referencia a los ejemplos que hemos expuesto anteriormente. El Tribunal Constitucional argumentó que siendo él mismo el único competente para declarar la inconstitucionalidad de las normas con rango de ley, acoger la tesis propuesta por la Asamblea supondría hacer imposible el respeto a los Estatutos por parte de los Reglamentos de las Asambleas autonómicas, lo que «supondría privar a los Estatutos de su condición de norma básica de cada Comunidad (art. 147.1 CE)». En relación con el fondo del asunto, la restricción de la facultad de oposición del Gobierno a la tramitación de enmiendas al presupuesto que supongan aumento de créditos o disminución de ingresos, la Sentencia concluyó que la reforma del Re-

glamento de la Asamblea privaba realmente al Ejecutivo extremeño de la facultad de veto que le otorgaba el Estatuto, al someterla a una condición que no podía deducirse del propio texto de aquel y que la hacía impracticable. De todo ello se dedujo una afirmación dotada de un alcance general: la norma declarada inconstitucional altera «el sistema de relaciones entre la Junta y la Asamblea previsto estatutariamente». Debe entenderse, pues, que las reglas de la división de poderes previstas en los Estatutos no se pueden modificar por las leyes y reglamentos parlamentarios de cada Comunidad.

El carácter no vinculante de los dictámenes del Consejo de Garantías Estatutarias. Existe un nexo entre la afirmación por parte del Tribunal Constitucional de su exclusiva competencia para declarar la nulidad de las leyes autonómicas contrarias a los Estatutos y la parte de la **STC 31/2010** en la que se consideró inconstitucional el carácter vinculante que el Estatuto de Cataluña atribuía a los dictámenes del Consejo de Garantías Estatutarias con relación a los proyectos de ley y las proposiciones de ley del Parlamento que afectarían a derechos reconocidos en el Estatuto. Debe tenerse en cuenta que el modelo de intervención del Consejo era indeterminado, porque el Estatuto admitía dos opciones de control, que debía concretar el legislador. La primera consistiría en que el control sobre los proyectos y proposiciones de ley se llevara a cabo en el momento de la presentación de las iniciativas legislativas en la Cámara. En consecuencia, un informe negativo impediría la tramitación de la iniciativa. Según el Tribunal Constitucional, esto supondría «una inadmisiblemente limitación de la autoridad y las competencias parlamentarias, con grave quebranto de los derechos de participación política reconocidos por el art. 23 CE, en garantía de la libertad parlamentaria propia de los sistemas democráticos». La alternativa consistiría en que el control se verificara una vez concluido el procedimiento legislativo, pero antes de la publicación de la ley. En este caso, el informe negativo impediría la publicación de la ley y

su entrada en vigor. Según el Tribunal Constitucional, este segundo supuesto «configuraría el control ejercido por el Consejo en términos demasiado próximos (materialmente equivalentes, desde luego) a un control jurisdiccional sobre normas legales enteramente perfeccionadas en su contenido, perjudicándose entonces el monopolio de rechazo de las normas con fuerza de ley reservado por el art. 161 CE a este Tribunal» (FJ 32). La argumentación parece demasiado escueta y asertiva. Se echa en falta una mayor reflexión sobre la posición del Estatuto dentro del ordenamiento autonómico o sobre la capacidad del Estatuto para configurar los derechos de los parlamentarios autonómicos o para establecer, en uso de su poder de organización interna, garantías adicionales, siempre que estas respeten la posición del Tribunal Constitucional como intérprete supremo de la Constitución.

La subordinación de los Parlamentos autonómicos al Estatuto y la omisión del dictamen preceptivo del Consejo de Garantías Estatutarias. En el momento de realizar este trabajo, el último eslabón de esta línea jurisprudencial sobre la subordinación al Estatuto de la legislación autonómica, lo ocupan la declaración de inconstitucionalidad de las Leyes del Parlamento de Cataluña «del referéndum de autodeterminación» (STC 114/2017, de 17 de octubre) y «de transitoriedad jurídica y fundacional de la República» (STC 124/2017, de 8 de noviembre). Ambas citan el art. 147.1 CE para subrayar la sujeción del Parlamento al Estatuto. Con carácter general, frente a la pretendida prevalencia jerárquica o supremacía de ambas leyes. Y de manera más específica, en el contexto del análisis de los vicios de procedimiento, respecto a la supresión del dictamen preceptivo al Consejo de Garantías Estatutarias. En relación con este último punto, el Tribunal Constitucional sostiene que «la solicitud de dictamen al Consejo de Garantías Estatutarias es, para los grupos y diputados legitimados por la Ley al efecto, una garantía que trae causa del propio Estatuto de Autonomía de Cataluña».

2. Límites constitucionales y legales

La extensión del art. 152.1 CE a todas las Comunidades Autónomas. Muy controvertida fue la decisión adoptada en la STC 225/1998, de 25 de noviembre, de extender las exigencias previstas en el art. 152.1 CE, en particular la proporcionalidad del sistema electoral, a las Comunidades Autónomas de vía lenta (aquellas que habían accedido a la autonomía a través del art. 143 CE). El argumento principal fue la progresiva asimilación competencial e institucional de Canarias con las Comunidades que accedieron a la autonomía por la vía regulada en el art. 151 CE (FJ 6).

La exclusión de la aplicación de las normas que regulan las Cortes Generales. La STC 179/1989, de 2 de noviembre, destacó que debe ser el Estatuto, respetando las previsiones constitucionales (p. ej., las contenidas en el art. 152 CE), quien trace las líneas esenciales a que debe ajustarse la organización y funcionamiento de la Cámara legislativa. No es, pues, exigible —se concluyó— que las instituciones legislativas de las Comunidades Autónomas deban adecuar su organización a las normas que regulen las Cortes Generales (entre otras, el art. 79.2 CE), tanto en forma directa como supletoria. La Sentencia se basó conjuntamente en los dos apartados del art. 147 CE para subrayar que la Constitución encomienda la organización de las instituciones de las Comunidades Autónomas al Estatuto de Autonomía, como norma institucional básica de cada Comunidad Autónoma. Un pronunciamiento importante y con un evidente alcance general.

Límites impuestos por el legislador estatal. El Tribunal Constitucional ha interpretado que la cláusula del art. 147.2.c) CE, sobre las instituciones autónomas propias, veda al legislador estatal condicionar el ejercicio de la potestad autonómica de autoorganización. La STC 56/1990, de 29 de marzo, declaró inconstitucional un precepto incluido en la LOPJ que obligaba a que las Comunidades Autónomas recogieran los recursos económicos destinados al funcionamiento de la Admi-

nistración de Justicia en un programa anual que debía aprobarse, previo informe favorable del Consejo General del Poder Judicial, por la correspondiente Asamblea Legislativa. La Sentencia consideró que se anulaba la autonomía financiera y organizativa de la Comunidad Autónoma. Respecto de la autonomía organizativa señaló que la ley estatal no es el instrumento adecuado para regular el procedimiento interno de aprobación del uso de recursos propios. Deben ser los Estatutos los que exijan la aprobación de los programas de gasto por parte de la Asamblea [FJ 12.d)].

3. Colaboración del legislador autonómico

Reserva relativa: sede de las instituciones. Igualmente debe traerse a colación la **STC 89/1984**, de 28 de septiembre, donde los recurrentes mantenían que el Estatuto de Castilla y León violaba el art. 147.2.c) CE, según el cual los Estatutos deben contener la sede de las instituciones autónomas, porque en su art. 3, en lugar de determinarse esta, se decía que «constituidas las Cortes de Castilla y León en la Villa de Tordesillas, aprobarán en su primera sesión ordinaria, la sede o sedes de sus instituciones de autogobierno por mayoría de dos tercios». El Tribunal estimó que de la determinación del contenido mínimo de los Estatutos que se hace en el art. 147.2 CE no puede deducirse una reserva estatutaria absoluta sino relativa, ya que no existe ni frente a las leyes del Estado en otros ámbitos (como ilustra el art. 150 CE) ni frente a la Ley de la Comunidad Autónoma en lo que se refiere a la organización de las instituciones autónomas propias cuyo desarrollo mediante ley no puede considerarse contrario al art. 147.2.c) CE. Este precepto supone la absoluta exclusión de la ley del Estado, pero no se ve infringido por una interpretación como la referida, que no hay motivos para rechazar y que reenvía a la ley de la Comunidad. La decisión y argumentación del Tribunal fueron cabales, permitieron solucionar un conflicto político en la región, dando tiempo a la consolidación de una entonces emergente Co-

munidad Autónoma que tenía problemas en su delimitación territorial y dificultades para fijar las sedes de las instituciones. El ejemplo muestra cómo las sentencias constitucionales pueden contribuir a la función de integración y unidad de una comunidad.

La habilitación a la ley para modificar la barrera electoral. La ya citada **STC 225/1998** consideró que era constitucional que el Estatuto habilitara al legislador autonómico para modificar la barrera electoral. La reforma estatutaria fijaba una barrera electoral en la disposición transitoria del nuevo Estatuto y autorizaba al Parlamento Canario para llevar a cabo futuras modificaciones de esas disposiciones de Derecho electoral, sin necesidad de acometer de nuevo una reforma estatutaria. El Tribunal Constitucional rechazó que se estuviera produciendo «una degradación encubierta de rango normativo» del Estatuto. También aceptó que el Estatuto fijara una mayoría reforzada (dos terceras partes) del Parlamento Canario para proceder a tal modificación. La Sentencia afirmó que «ningún reparo puede existir para que el Estatuto de Autonomía de esa Comunidad Autónoma pueda, en tanto que «norma institucional básica» (art. 147.1 CE) y, por tanto, norma sobre la producción del derecho propio de la Comunidad Autónoma, imponer una mayoría en orden al ejercicio de la competencia legislativa autonómica sobre la materia» [FJ 2. C)].

Órganos de relevancia estatutaria. Conviene recordar que las Comunidades Autónomas fueron creando instituciones autónomas más allá de las mencionadas en art. 152.1 CE. Estas instituciones —Tribunales de Cuentas, Consejos Consultivos, y Defensorías del Pueblo— no son indefectibles o esenciales en una forma de gobierno, pero sí expresión de la capacidad de autogobierno. Unas veces con base expresa en los Estatutos, inicialmente o incorporados en las sucesivas reformas. El Tribunal con flexibilidad ha admitido esta ampliación del contenido del Estatuto (la ya citada **STC 247/2007**, FJ 12). Otras veces directamente por ley y sin previsión estatutaria.

¿Supresión mediante ley? La crisis económica ha marcado un cambio de rumbo y ha supuesto la supresión en algunas Comunidades Autónomas de estos órganos. En los casos en los que el órgano estaba recogido en el Estatuto, se ha discutido la posibilidad de suprimirlo mediante ley. Puede citarse, como ejemplo, la Ley de la Asamblea de Extremadura 19/2015, de 23 de diciembre, que suprimió el Consejo Consultivo autonómico. Esta norma legal no fue impugnada ante el Tribunal Constitucional por ninguno de los sujetos legitimados para ello. El Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre este tema con ocasión del recurso presentado contra las resoluciones administrativas que acordaron el cese efectivo de los miembros del citado Consejo. La **STS 3001/2017**, de 24 de julio, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, ha considerado que una ley autonómica puede, sin atentar al sistema de fuentes y al principio de jerarquía, suprimir el Consejo Consultivo de Extremadura. Ha considerado que la referencia que hace el Estatuto de Extremadura al Consejo Consultivo no es óbice para que se pueda «derogar el desarrollo normativo». Argumenta la Sentencia que: «los órganos estatutarios son entes instrumentales creados en virtud del principio de autonomía organizativa que precisan para su puesta en marcha una ley que los desarrolle. En virtud de ello, la Asamblea de Extremadura puede tanto no proceder a su desarrollo (como así ocurre con el Personero del Común y el Consejo de Cuentas) como proceder, asimismo por Ley, a su derogación, como se ha realizado en el caso del Consejo Consultivo, y tal situación no vulnera «el bloque de la constitucionalidad» [FJ 4. B)].

V. LAS COMPETENCIAS ASUMIDAS

1. La delimitación de las competencias autonómicas

El Estatuto como norma atributiva de competencias. La Constitución encomienda a los Estatutos la tarea de fijar «las competencias

asumidas dentro del marco establecido en la Constitución». Esta expresión, contenida en la letra d) del art. 147.2 CE, es el reverso del principio de atribución estatutaria de las competencias autonómicas del art. 149.3 CE. La consecuencia es que los Estatutos integran el parámetro de la validez de las leyes del Estado. No son extrañas en la jurisprudencia las genéricas afirmaciones referidas a las leyes del Estado que invaden las competencias autonómicas asumidas en los Estatutos a las que se tacha de contradecir el art. 147 CE. Bien es verdad que, a menudo, sin mayores honduras o profundizaciones (*v. gr.*, la **STC 11/2002**, de 17 de enero, respecto de la competencia autonómica sobre Corporaciones de Derecho público).

La naturaleza jurídica compleja del Estatuto. Su papel como norma de delimitación competencial y su incorporación al bloque de la constitucionalidad se unen a otras particularidades, en especial su procedimiento de reforma, que hace que el Estatuto sea indisponible para el legislador ordinario. Basándose en todas estas características muy específicas y complejas, la doctrina ha destacado que los Estatutos cumplen una función constitucional. Especialmente influyente ha sido su calificación como «normas constitucionales secundarias» (F. RUBIO). No obstante, es preciso contextualizar, aunque sea brevemente, el uso original de este término. Para comenzar, la calificación del Estatuto como norma constitucional secundaria es una reflexión accesoria dentro de un trabajo cuyo propósito principal era diferente: hacer de la «vaga denominación» de «bloque de constitucionalidad» una «categoría bien definida». La idea principal era ceñir el uso del concepto «bloque de constitucionalidad» al conjunto de normas de delimitación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas y no extenderlo al conjunto de normas subconstitucionales que el Tribunal Constitucional utiliza como parámetro de control de la constitucionalidad. Es por lo tanto una construcción muy abierta, que puede dar lugar a diferentes interpretaciones. Por ejemplo, se utilizan de manera intercambiable las expresiones «normas

constitucionales secundarias» y «leyes constitucionales», citando doctrina italiana, pero sin profundizar en la posibilidad de importar esta categoría. En cambio, el trabajo dedica varias páginas a diferenciar el concepto de bloque de constitucionalidad en Francia y en España. Por otra parte, el trabajo toma como presupuesto inequívocamente la supremacía constitucional y no propone una reconsideración de la jurisprudencia constitucional, que —como veremos a continuación— había limitado la función constitucional del Estatuto, contrapeando los efectos que en cuanto a la heterogeneidad competencial pudieran derivarse del principio dispositivo.

Interpretación del Estatuto de conformidad con la Constitución. El primer matiz tiene que ver con la supremacía constitucional y la posición del Tribunal Constitucional como intérprete *supremo*. El art. 149.1 CE o, para ser más exactos, la interpretación que del mismo hace el Tribunal Constitucional limita la función competencial del Estatuto. La **STC 18/1982**, de 4 de mayo, utilizó la supremacía constitucional para destacar la necesidad de interpretar las cláusulas competenciales del Estatuto de conformidad con la Constitución (FJ 1). En concreto, el Tribunal Constitucional interpretó el concepto de legislación, que utiliza el art. 149.1.7.^a CE, como la ordenación completa de la materia, lo que supuso que se redujera la función reglamentaria autonómica incluida en el título estatutario sobre ejecución laboral a la aprobación de los reglamentos internos de organización, excluyendo los de desarrollo legislativo. A través de la interpretación del Estatuto de conformidad con la Constitución se da a los términos «legislación» y «ejecución» un significado homogéneo en todas las Comunidades, lo que resulta razonable, porque una organización descentralizada del Estado —como cualquier comida familiar— no puede ordenarse con racionalidad desde diecisiete sujetos que coman a la carta menús muy diversos y a distintas horas, por volver a la metáfora usada en los primeros años del desarrollo constitucional.

Una reserva estatutaria relativa. Un segundo correctivo es la posible intervención del legislador estatal en la delimitación de las competencias. La **STC 76/1983**, de 5 de agosto, en el caso LOAPA, señaló que la reserva que la Constitución hace al Estatuto en materia competencial «no es total o absoluta», sino relativa, por lo que «no cabe deducir que toda ley estatal que pretenda delimitar competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas sea inconstitucional por pretender ejercer una función reservada al Estatuto». La intervención del legislador estatal se puede producir tanto respecto de la atribución de competencias, mediante las leyes orgánicas de transferencia y delegación, como en el de la delimitación competencial en sentido estricto. Es decir, para precisar el significado de las funciones y materias que se utilizan para redactar los títulos competenciales [FJ 4.a)].

La intervención del legislador estatal debe ser concreta y fundada en una habilitación específica. La mencionada Sentencia distinguió entre la posición constitucional del Estatuto y del legislador estatal, precisando que «la función de deslinde de competencias que la Ley estatal cumple no se apoya en una atribución general contenida en la Constitución, como ocurre en el caso de los Estatutos, sino en una atribución concreta y específica» [FJ 4.a)]. La Sentencia concluyó que el legislador estatal no puede incidir con carácter general en el sistema de delimitación de competencias, pero sí puede hacerlo de manera concreta y específica si existe una expresa previsión constitucional o estatutaria.

El Estado no puede dictar con carácter general normas interpretativas. A partir de la prohibición de intervenciones generales del legislador estatal en las reglas de distribución de competencias, la citada **STC 76/1983** dedujo que el legislador estatal no puede incidir en las competencias autonómicas «so pretexto de integrar hipotéticas lagunas existentes en la Constitución». Tampoco puede dictar normas meramente interpretativas «cuyo exclusivo objeto sea precisar el único sentido, entre los

varios posibles, que deba atribuirse a un determinado concepto o precepto constitucional». El Tribunal Constitucional argumentaba que el legislador estatal «al reducir las distintas posibilidades o alternativas del texto constitucional a una sola, completa de hecho la obra del poder constituyente y se sitúa funcionalmente en su mismo plano, cruzando al hacerlo la línea divisoria entre el poder constituyente y los poderes constituidos» (FJ 4).

Remisión constitucional al legislador estatal. Por el contrario, hay base específica cuando la Constitución remite a una ley del Estado para precisar el alcance de las competencias que las Comunidades Autónomas pueden asumir. Hay remisión a la ley orgánica, por ejemplo, como marco para la creación por el Estatuto de policías autonómicas (art. 149.1.29.^a CE). Asimismo, el art. 157.3 CE prevé la posibilidad de que una ley orgánica regule las competencias financieras de las Comunidades Autónomas. Entre otras muchas, puede citarse la **STC 68/1996, de 18 de abril**, como ejemplo de la inserción de la LOFCA en el bloque de la constitucionalidad delimitador del concreto alcance de las competencias autonómicas en materia financiera.

Remisión estatutaria al legislador estatal. Cláusula subrogatoria. También puede incidir el legislador estatal en las competencias autonómicas cuando los propios Estatutos cierran el proceso de delimitación competencial remitiendo a las prescripciones de una Ley del Estado. Un caso destacado son las cláusulas subrogatorias contenidas en algunos Estatutos respecto a las competencias sobre Administración de Justicia. La referencia principal es la **STC 56/1990**, de 29 de marzo, en la que se enjuició la LOPJ. La Sentencia acuñó la conocida distinción entre la Administración de Justicia en sentido estricto y la «administración de la Administración de Justicia» para distinguir las esferas de competencia estatal y autonómica. La Sentencia también es relevante porque aborda la relación entre la LOPJ y las cláusulas subrogatorias contenidas en los Estatutos, por las cua-

les la correspondiente Comunidad Autónoma ejerce las facultades que la LOPJ atribuya al Gobierno del Estado. La Sentencia sostuvo que la eficacia de las cláusulas estatutarias «operará en tanto no afecte al ámbito reservado a la regulación orgánica» por el art. 122.1 CE. A partir de esta reserva específica de ley dedujo que las cláusulas subrogatorias de los Estatutos «han de interpretarse a la luz» de lo que en la LOPJ se prevea acerca del «estatuto jurídico del personal al servicio de la Administración de Justicia». Se concluyó que «las cláusulas estatutarias atributivas de competencias a las respectivas Comunidades Autónomas no podrán implicar que se prive al legislador orgánico de la «determinación del estatuto de personal» de que se trate, ni que se vacíe de contenido a los preceptos al respecto de la LOPJ».

Separación entre los Estatutos y las leyes orgánicas de transferencia. El tercer límite jurisprudencial a la imposibilidad de realizar a través del Estatuto la transferencia de competencias exclusivas del Estado. De acuerdo con la **STC 56/1990**, los Estatutos de Autonomía, pese a su forma de ley orgánica, no son instrumentos útiles ni constitucionalmente correctos, por su naturaleza y modos de adopción, para realizar las transferencias o delegaciones de facultades de una materia de titularidad estatal permitidas por el art. 150.2 CE. Si el Estatuto es el «paradigma de los instrumentos jurídicos de autoorganización», «la transferencia y delegación caen en el ámbito de la heteroorganización» (FJ 5). A estas razones expuestas por el Tribunal, habría que añadir que, mientras las leyes del art. 150.2 CE son susceptibles de modificación y cabe la revocación de las competencias transferidas o delegadas, si el Estado decidiera en su día recuperar una competencia de su titularidad, no ocurre lo mismo con los Estatutos por su carácter bilateral y especial rigidez. Bien es verdad que ha sido el propio legislador estatal quien ha confundido en las cosas, para solucionar distintos problemas coyunturales (LOTRACA, LOTRAVA, LO 9/1992, de 23 de diciembre, de transferencias de competen-

cias a las Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del art. 143 de la Constitución), mezclando, o situando en terrenos contiguos, ambas fuentes del Derecho. Conviene diferenciarlas y hacer un uso accidental y parcial de las leyes del art. 150.2 CE, encaminado a flexibilizar y a complementar las disposiciones de los Estatutos —que son la cosa principal— cuando sea menester.

Informe sobre la Reforma de la Constitución del Consejo de Estado. Haremos un breve alto en el repaso de la jurisprudencia constitucional, para consignar las consideraciones que hacía el citado Informe del Consejo de Estado de 2006 sobre el art. 147 CE. El Informe no introducía cambios en la función competencial del Estatuto. Postergaba el debate sobre el principio dispositivo y, en consecuencia, se limitaba a señalar que los Estatutos establecen el «ámbito competencial de las Comunidades Autónomas, y por ello también, *a contrario*, delimitan el conjunto de competencias que, además de las que la Constitución le reserva en exclusiva, quedan en manos del Estado en relación con cada Comunidad». En cambio, el Informe sugería cambios en el procedimiento de reforma, estableciendo un procedimiento de intervención de las Cortes Generales independiente del que se sigue para la aprobación de las leyes orgánicas. De manera coherente con esta ruptura de la conexión entre los Estatutos y la ley orgánica, el Informe aconsejó «una leve modificación en el art. 81 y en la caracterización que la Constitución hace hoy de los Estatutos en el párrafo inicial del art. 147». Respecto de este último precepto, se dijo que la reforma —cuyo contenido no se precisaba— «permitiría depurar el texto actual, eliminando fórmulas equívocas».

2. La delimitación a través del Estatuto de las competencias del Estado: la estrategia del «blindaje competencial»

¿Quién delimita las competencias del Estado? El debate sobre la función del Estatuto

experimentó un giro a raíz de la aprobación de los Estatutos de segunda generación. Se reabrió el debate sobre quién concreta el significado de las materias y funciones competenciales del art. 149.1 CE. Una tarea que resulta trascendental debido al carácter indeterminado de estas reglas competenciales, basadas en materias genéricas, como inmigración o sanidad, y en conceptos abiertos, como los pares bases/desarrollo y legislación/ejecución. La respuesta inicial fue: el Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución (ya hemos aludido a la **STC 18/1982**, sobre el concepto de legislación laboral). La propuesta de reforma del Estatuto de Cataluña se basaba en la capacidad del Estatuto para modificar el significado que el Tribunal Constitucional había dado a las categorías utilizadas por el art. 149.1 CE. Para sustentar la posibilidad de que los Estatutos modulen las competencias estatales, el Informe sobre la Reforma del Estatuto se basaba en que los Estatutos cumplen una función complementaria al pacto constitucional.

¿Son contradictorias las Sentencias sobre los Estatutos de Valencia y Cataluña?: el Estatuto no puede delimitar las competencias del Estado. Las varias veces citadas **SSTC 247/2007 y 31/2010** difieren más en el tono que en el fondo. Coinciden en lo esencial: se niega la capacidad del Estatuto para incidir en la delimitación de las competencias del Estado. Sin duda, de manera más explícita en la segunda. La **STC 247/2007** constató que «la Constitución, que sí fija las materias de competencia estatal, no especifica directamente el contenido o alcance ni de las materias ni de las funciones materiales sobre las que se proyecta aquella, ni tampoco contiene reglas expresas de interpretación que inmediatamente permitan concretar dicho contenido o alcance». A continuación añadió: «lo que, en última instancia, solo corresponde precisar a este Tribunal Constitucional en el ejercicio de su jurisdicción» (FJ 7). Visto en retrospectiva, la definición del Estatuto como la norma expresiva del acervo competencial de la Comunidad (FJ 5) se debe leer en su sentido etimológico estricto,

como la acumulación de competencias de las que es titular la Comunidad Autónoma, pero sin que el Estatuto concrete las competencias del art. 149.1 CE. De manera más clara, la **STC 31/2010** destacó que las competencias estatales tienen siempre un «origen constitucional directo e inmediato» (art. 149 CE) y que solo vienen determinadas por los Estatutos «en el si y en el *quantum*», debido a la combinación entre el principio de asunción estatutaria de competencias y a la cláusula residual a favor del Estado de las competencias no asumidas en el Estatuto (FJ 4). En consecuencia, negó que el Estatuto pudiera definir las categorías y conceptos constitucionales, como el de bases o legislación, respecto al art. 149.1 CE. En términos más concretos, se defendió, por ejemplo, que decidir si las bases son «principios» o «normación mínima» no es asunto a dilucidar en un Estatuto, sino solo en la Constitución y en la jurisprudencia constitucional. En cambio, hay diferencias significativas en la argumentación utilizada.

El legislador estatutario como poder constituido. Las dos Sentencias subrayan la supremacía de la Constitución. Quizás de manera más enfática en la **STC 31/2010**, donde se afirmó que los Estatutos «son normas subordinadas a la Constitución, como corresponde a disposiciones normativas que no son expresión de un poder soberano, sino de una autonomía fundamentada en la Constitución» (FJ 3). La Sentencia distinguió entre el poder constituyente y los poderes constituidos e incluyó al legislador estatutario entre los segundos.

La equiparación del Estatuto con las leyes orgánicas. La principal diferencia entre ambas Sentencias y al mismo tiempo el argumento más controvertido de la **STC 31/2010** está en los pronunciamientos de carácter general sobre la naturaleza del Estatuto y su equiparación con las leyes orgánicas. La **STC 247/2007** compaginaba la afirmación de la supremacía constitucional con el reconocimiento de que los Estatutos tienen unas notas características que los convierten en una fuente única y diferenciada de las leyes orgá-

nicas. En este sentido, la Sentencia sobre el Estatuto de Valencia recordaba el carácter paccionado del procedimiento de aprobación y reforma estatutaria, la «singular rigidez» del Estatuto respecto de las demás leyes orgánicas y su integración en el bloque de la constitucionalidad (FJ 6). En cambio, la **STC 31/2010**, de 28 de junio, sostuvo que la posición de los Estatutos es la característica de las leyes orgánicas (FJ 3).

Una caracterización reduccionista. Esta tesis, que podemos calificar de niveladora, resulta reduccionista y no integra suficientemente todos los rasgos de la categoría. La argumentación maximizó el valor de la forma jurídica en la que se produce la aprobación y reforma de los Estatutos. Al mismo tiempo, se obviaron las especificidades procedimentales de los Estatutos respecto al resto de leyes orgánicas. La Sentencia evitó las referencias al carácter paccionado de los procedimientos de aprobación y reforma. Igualmente llamativa es la relativización de las singularidades funcionales de los Estatutos. A la atribución al Estatuto de funciones constitucionales se le confirió un alcance «puramente doctrinal o académico», que en ningún caso se traduciría «en un valor normativo añadido al que estrictamente corresponde a todas las normas situadas extramuros de la Constitución formal» (FJ 3). Aunque la Sentencia admitió que el Estatuto es «garantía de la indemnidad del sistema autónomo», en cuanto que el respeto a las competencias estatutarias es condición de la constitucionalidad de todas las normas del ordenamiento (art. 28.1 LOTC), lo hizo matizando que esta condición solo se adquiere de forma indirecta, por remisión de la Constitución, que es «la única norma que en puridad determina la constitucionalidad de cualquier norma». «La inconstitucionalidad por infracción de un Estatuto es, en realidad, infracción de la Constitución, única norma capaz de atribuir (por sí o por remisión a lo que otra disponga) la competencia necesaria para la producción de normas válidas» (FJ 4).

¿Un argumento innecesario? Nos parece que esta asimilación entre los Estatutos y las le-

yes orgánicas no resultaba necesaria para afirmar que las competencias del Estado derivan directamente de la Constitución y que corresponde concretar su alcance al Tribunal Constitucional. Tampoco para ordenar la relación entre el Estatuto, por una parte, y la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas, por otra. De acuerdo con la STC 31/2010, la relación del Estatuto con otras leyes orgánicas se basa en el principio de competencia, matizando que la materia reservada al Estatuto constituye una reserva de ley orgánica específica, que no es fungible, por lo que «la posición relativa de los Estatutos respecto de otras leyes orgánicas es cuestión que depende del contenido constitucionalmente necesario y, en su caso, eventualmente posible de los primeros» (FJ 3). Sin necesidad de equiparar el Estatuto y la ley orgánica se podría haber llegado a una conclusión similar a partir de una argumentación alternativa: destacando el carácter específico de las materias reservadas a estas leyes orgánicas en los arts. 122 y 157.3 CE. Del mismo modo que la Sentencia no equiparó la posición del Estatuto y de la ley ordinaria para analizar la posible contradicción entre el artículo del Estatuto sobre el Fiscal General de Cataluña y la Ley del estatuto orgánico del Ministerio Fiscal. Fue suficiente con destacar el carácter específico de la reserva de ley del art. 124.3 CE.

La recuperación del recurso previo. La experiencia en el control de constitucionalidad del Estatuto de Cataluña movió al legislador a recuperar el recurso previo contra Proyectos de Estatutos de Autonomía (art. 79 LOTC). Esta reforma muestra que la Sentencia del Estatuto no resuelve el debate sobre la naturaleza jurídica. El Preámbulo de la **Ley Orgánica 12/2015**, de 22 de septiembre, justifica la necesidad de esta modificación en el equilibrio que debe mantenerse entre la sujeción de los Estatutos a la Constitución y su especial naturaleza. Esta especificidad se vincula primero con su función constitucional, expresada en su caracterización como norma institucional básica por el art. 147.1 CE, lo que significaría —según

el citado Preámbulo— que los Estatutos comparten con la Constitución «su condición de fundamento del orden social y la convivencia política y cívica». Y de forma complementaria se conecta con la singular legitimidad democrática que confiere a su procedimiento de reforma la intervención del Parlamento autonómico, las Cortes Generales y, en ocasiones, el cuerpo electoral mediante referéndum.

La «competencia de la competencia». Regresamos a la argumentación en la que se basa el Tribunal Constitucional para rechazar la capacidad de los Estatutos para configurar las competencias del Estado. A las razones anteriores, la **STC 31/2010** añade un argumento complementario. Razonó el Tribunal Constitucional que «la competencia de la competencia» que implica la capacidad de definir tales conceptos es un «acto de soberanía» que corresponde a la Constitución, por lo que solo está al alcance de la función interpretativa del propio Tribunal Constitucional, siendo inaccesibles a cualquier legislador, incluido el estatutario (FJ 6). Más adelante, al enjuiciar la tipología de las competencias recogidas en el Estatuto de Cataluña, se insistió en la reserva al Tribunal Constitucional de la definición de las categorías que se emplean en el art. 149.1 CE. Merece la pena la cita textual: «En su condición de intérprete supremo de la Constitución, el Tribunal Constitucional es el único competente para la definición auténtica —e indiscutible— de las categorías y principios constitucionales. Ninguna norma infraconstitucional, justamente por serlo, puede hacer las veces de poder constituyente prorrogado o sobrevenido, formalizando uno entre los varios sentidos que pueda admitir una categoría constitucional. Ese cometido es privativo del Tribunal Constitucional» (FJ 57).

El alcance territorialmente limitado del Estatuto. La **STC 247/2007** también destacó los límites que derivan del carácter territorialmente limitado del Estatuto. Se dijo que «el Estatuto de Autonomía, por ser norma de eficacia territorial limitada, si en ocasiones hubiere de realizar alguna precisión sobre el alcance de las

materias de competencia estatal, lo haga para favorecer la mayor concreción de las competencias autonómicas que se correlacionan con ella y que, al hacerlo, no impida el despliegue completo de las funciones propias de la competencia estatal regulada en el art. 149.1 CE de que se trate» (FJ 10). La **STC 31/2010** da un paso más en la falta de idoneidad del Estatuto para delimitar las competencias del Estado por su carácter territorialmente limitado. Se dijo que el alcance de las bases no puede ser, como regla general, distinto para cada Comunidad Autónoma, en función de lo dispuesto en cada Estatuto de Autonomía (FJ 60).

El riesgo de petrificación. La rigidez del Estatuto es otro argumento que aporta la **STC 31/2010** para defender que conceptos como el de bases encuentren su definición en la jurisprudencia constitucional y no en los Estatutos. La interpretación constitucional de lo que debe entenderse por bases o por legislación permite, en ausencia de reforma expresa, «la acomodación de su sentido a las circunstancias del tiempo histórico» (FJ 57). La «rigidez procedimental de un Estatuto lo convierte en norma inapropiada para determinar con detalle el alcance de las potestades inherentes» a la legislación básica (FJ 60).

Conclusión: la garantía de la función propia de la jurisdicción constitucional. Todas estas razones se refieren a la esencia de las funciones del Estatuto y del Tribunal Constitucional. En consecuencia, la **STC 31/2010** consideró que el problema está en la definición misma por parte del Estatuto de los elementos básicos que componen los títulos competenciales del Estado y no solo en su mayor o menor adecuación de tales definiciones a la jurisprudencia constitucional previa. Que el Estatuto se acomode a la jurisprudencia constitucional «no resuelve las objeciones de inconstitucionalidad de las que se le hace objeto, toda vez que, a tenor de lo dicho, la censura que en realidad merecería no sería tanto la de desconocer las competencias del Estado, cuanto la de hacerse con la función más propia del Tribunal Constitucional, al que se habría cuidado de

respetar ateniéndose al sentido de su jurisprudencia, pero olvidando que, al formalizar como voluntad legislativa la sustancia normativa de esta, la desposee de la condición que le es propia en tanto que resultado del ejercicio de la función jurisdiccional reservada a este Tribunal como intérprete supremo de las normas constitucionales» (FJ 58).

El desdoblamiento entre la validez y la eficacia del Estatuto. El Estatuto puede describir las categorías competenciales, pero no definir las. La **STC 31/2010** admitió la validez de la tipología competencial adoptada por el Estatuto, en la medida en que no contradijera la jurisprudencia constitucional previa, pero se le atribuyó una eficacia meramente descriptiva y sin afectar a su naturaleza jurisprudencial. Se evitó declarar la invalidez, con el argumento de que la dispersión de la doctrina constitucional ha «deparado un cierto grado de incertidumbre en la identificación formal de las categorías y principios del modelo territorial» y que en estas circunstancias es admisible que los Estatutos «relacionen» las citadas categorías «a los fines de la exposición ordenada y sistemática» del conjunto de competencias asumidas por la Comunidad Autónoma. Sin embargo, por las razones explicadas en los párrafos anteriores, se rechazó que los Estatutos pudieran «definir», en un sentido normativo o fuerte, tales categorías. La eficacia de la tipología competencial contenida en el Estatuto se limita a la descripción «de una realidad normativa que le es en sí misma indisponible». La formalización de las categorías competenciales en los Estatutos no supone «un cambio en su cualidad normativa, que será siempre, de no mediar una reforma expresa de la Constitución, la propia del ejercicio de nuestra jurisdicción». Por si quedaran dudas, la Sentencia advirtió de que el Estatuto «en modo alguno» sustrae al Tribunal Constitucional «la facultad de modificar o revisar en el futuro la doctrina ahora formalizada en los preceptos examinados» (FJ 58).

Las actuales propuestas de reforma constitucional. La **STC 31/2010** supuso la reapertura

del debate sobre la reforma de la Constitución, en la medida en que esta señaló que era la Constitución y no el Estatuto la fuente adecuada para delimitar el contenido de los títulos horizontales del Estado. Las propuestas doctrinales más elaboradas sugieren que se despoje al Estatuto de todo papel en la distribución de competencias, mediante la sustitución del principio de asunción estatutaria de competencias por uno o varios listados constitucionales de competencias del Estado y una cláusula residual a favor de las Comunidades Autónomas. De esta forma, el Estatuto se ocuparía de la organización institucional, dentro del marco que definiera la Constitución. Esta redefinición de las funciones del Estatuto, permitiría directamente prescindir de la intervención de las Cortes Generales en la reforma estatutaria, requiriendo únicamente la aprobación del Parlamento de la Comunidad Autónoma respectiva (y, en su caso, aprobación mediante referéndum por el cuerpo electoral). En ambos casos, manteniendo la supremacía de la Constitución y los mecanismos de control de constitucionalidad, preferentemente de forma previa, ante el Tribunal Constitucional. La supresión de la intervención de las Cortes Generales plantea un debate complejo, que depende de múltiples factores. Por ejemplo, de si el Estatuto seguiría siendo necesario para organizar algunas competencias que solo han sido asumidas por una parte de las Comunidades Autónomas (instituciones penitenciarias, policías autonómicas, administración de justicia, inspección de trabajo...).

VI. UNOS CONTENIDOS NOTABLEMENTE AMPLIADOS: LAS DECLARACIONES DE DERECHOS

El derecho al agua como mandato al legislador. La **STC 247/2007**, de la que ya hemos comentado los fundamentos jurídicos dedicados a la distribución de competencias, admitió que los Estatutos pueden contener, con muchos matices, una declaración de derechos y principios. El centro del razonamiento de la Sentencia se basó en la distinción entre derechos relaciona-

dos con la organización institucional y derechos relacionados con las competencias propias. El Tribunal resolvió que los Estatutos pueden contener enunciados de verdaderos «derechos públicos subjetivos» dotados de eficacia jurídica directa en los ámbitos en que la Constitución abre tal posibilidad, así en las instituciones autonómicas propias [art. 147.2.c) CE]. Sin embargo, en el ámbito del art. 147.2.d) no pueden establecer derechos subjetivos en sentido estricto, sino directrices, objetivos o mandatos a los poderes públicos autonómicos que les vinculan, pero no con eficacia directa a los ciudadanos. En conclusión: «los Estatutos pueden establecer derechos subjetivos en el ámbito de atribución de competencias, pero requieren de la colaboración del legislador autonómico». Podríamos sintetizar que en apariencia tienen la estructura formal o normativa de verdaderos derechos, pero son mandatos al legislador y a los demás poderes autonómicos, y, sobre todo, aclarar que sin la interposición de la ley están desprovistos de eficacia directa para los ciudadanos; es decir, que no son derechos fundamentales en sentido estricto. En este sentido, se concluye que el art. 17.1 del Estatuto de Valencia enuncia un objetivo de la política autonómica, y «aunque formalizado en su dicción como derecho se sitúa en la órbita de las directrices, objetivos básicos o mandatos dirigidos a los poderes públicos valencianos».

Las críticas a las sentencias interpretativas. Cinco, no menos extensos, votos particulares discreparon del parecer de la mayoría, siendo imposible desentrañar la polémica en unas líneas. Es muy rica, asimismo, la problemática doctrinal que han abierto las declaraciones de derechos y principios rectores en los Estatutos. Una de las críticas recurrentes ha sido el uso de la técnica de las sentencias interpretativas. Se reprochó al Tribunal que hiciera decir al Estatuto lo que no dice, resaltando que la interpretación de los Estatutos conforme a la Constitución debe tener límites en su literalidad. Creemos que bastantes de las críticas que la **STC 247/2007** ha recibido han sido excesivas y demasiado duras en su forma y contenido. Por el contrario, la sentencia sol-

venta con prudencia un problema mediante una interpretación correctora de los Estatutos para extraer, de entre las posibles, una exégesis que los hace compatibles con la Constitución, sin necesidad de provocar el vacío normativo y crear aún más problemas. La compleja solución adoptada es necesaria para poder salvaguardar al mismo tiempo el papel constitucionalmente asignado al Estatuto y a las leyes del Estado. Tampoco nos parece que la Sentencia prive de toda eficacia a estas declaraciones estatutarias. Son eficaces frente al legislador y los poderes públicos autonómicos; simplemente, sin la interposición de la ley —como precisamente ocurre en la Constitución con los principios rectores— carecen de eficacia inmediata para los ciudadanos. Pero existe una eficacia mediata: la técnica de las imposiciones legiferantes no es desconocida y supone una obligación concreta y permanente de legislar y unas directrices materiales. Tan complicado como es el sistema de descentralización, pero ni absurdo ni revolucionario, sino prudente a la vista de la obra del legislador estatutario y de las Cortes Generales que son quienes diseñan el sistema y no el Tribunal Constitucional.

Igualdad y diferencias admisibles. El argumento principal utilizado por el Tribunal Constitucional para llegar a esta interpretación de los derechos estatutarios como mandatos al legislador fue el principio de igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales de los españoles (art. 139.1 CE) y la competencia del Estado para regular las condiciones básicas que garantizan la igualdad en el ejercicio de los derechos (art. 149.1.1 CE). Aquí el Tribunal Constitucional mantuvo una posición intermedia. Por una parte, precisó que la igualdad exigida por el art. 139.1 CE no impone una homogeneidad absoluta y que, por lo tanto, es posible la diversidad normativa en cuanto a los principios recogidos en los Estatutos. Al mismo tiempo, la Sentencia consideró que estos preceptos constitucionales limitan la posible diferenciación jurídica entre los ciudadanos de las distintas Comunidades Autónomas. El mantenimiento de la distinción entre derechos

y principios sirvió precisamente para salvaguardar la función de las leyes básicas que se dictan en virtud del art. 149.1.1 CE. También para que el Tribunal Constitucional pueda examinar la justificación de las diferencias que introduzca el desarrollo legislativo autonómico, en virtud del art. 139.1 CE.

La posición contraria a admitir diferencias de derechos entre españoles. Frente a la interpretación del art. 139.1 CE defendida por la mayoría, los votos particulares afirmaron la inconstitucionalidad del precepto y rechazaron el recurso a esta técnica de los mandatos al legislador, sosteniendo que no caben diversidad de derechos entre los españoles según el lugar de su residencia. En especial, el voto particular del Magistrado Rodríguez-Zapata defendió que la Constitución impone una estricta homogeneidad en los derechos fundamentales. Se basó en el tenor literal del art. 139.1 CE, que utiliza exactamente la expresión «todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del Estado», y consideró que la Sentencia había reconstruido el art. 139.1 CE, cuyo sentido no es el mismo del art. 33.1 de la Constitución alemana, según el cual todos los alemanes tiene en todos los *Länder* los mismos derechos, o del art. 17 de la Constitución de 1931, que prohibía las diferencias de trato en las Regiones entre los naturales de las mismas y los demás españoles. Una afirmación apodíctica que —a nuestro juicio— no puede aceptarse, pues, pese a ser evidente que el tenor literal de los tres preceptos constitucionales citados es diferente, la lógica antidiscriminatoria que les imbuye y su función en un sistema de descentralización es la misma y, en consecuencia, deben ser comprendidos e interpretados de forma muy semejante. La interpretación constitucional no puede contentarse con la literalidad.

Límites al legislador democrático. Las cuestiones tratadas en la **STC 247/2007** son mucho más amplias. Queremos al menos mencionar que la Sentencia observó que ciertamente las regulaciones estatutarias de

intensa «densidad normativa» limitan las actividades del legislador democrático, pero que tampoco puede olvidarse que son vehículo de una voluntad de autogobierno. Con estas razones, el Tribunal advirtió con elegancia a futuros legisladores estatutarios de los riesgos

derivados de su densidad normativa, es decir, de su carácter reglamentario, del exceso de detalle y amplitud de los objetos; y sale al paso de una objeción doctrinal, pues varios autores habían defendido que tales declaraciones violaban el principio democrático.

BIBLIOGRAFÍA

AGUADO RENEDO, C., *El Estatuto de Autonomía y su posición en el ordenamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996.

APARICIO, M. A. y otros, *Derechos y principios rectores en los Estatutos de Autonomía*, Atelier, Barcelona, 2008.

ARAGÓN REYES, M., «La reforma de los Estatutos de Autonomía», *Documentación Administrativa*, núms. 232-233, 1992-1993, págs. 197-221.

CANOSA USERA, R., «La declaración de derechos en los nuevos Estatutos de Autonomía», *Teoría y realidad constitucional*, núm. 20, 2007, págs. 61-115.

CASTELLÀ ANDREU, J. M., *La función constitucional del Estatuto de Autonomía de Cataluña*, Generalidad de Cataluña, Barcelona, 2004.

DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T., «El régimen jurídico de los derechos sociales estatutarios. Reflexiones tras la STC 247/2007, de 12 de diciembre», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 5, Iustel.

DÍEZ-PICAZO, L. M., «Sobre la delimitación estatutaria del territorio de las Comunidades Autónomas y la rigidez de los Estatutos (comentario a la STC 99/1986)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 20, 1987, págs. 139-176.

— «¿Pueden los Estatutos de Autonomía declarar derechos, deberes y principios?», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 78, 2006, págs. 63 y ss.

ENTRENA CUESTA, R., «Artículo 147», en GARRIDO FALLA (Coord.), *Comentarios a la Constitución española*, 1.^a ed., Civitas, Madrid, 1980 (3.^a ed. 2001), págs. 2518-2535.

FOSSAS ESPADALER, E., *El principio dispositivo en el Estado autonómico*, IVAP-Marcial Pons, 2007.

— «El Estatuto tras la Sentencia», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 27, 2011, págs. 291-314.

GARCÍA ROCA, J., «El principio de voluntariedad autonómica: teoría y realidad constitucionales», *Revista de Derecho Político. UNED*, núm. 21, 1984, págs. 111-140.

— «De las reformas de los Estatutos a la reforma de la Constitución territorial: a la búsqueda de la legitimidad democrática y la seguridad jurídica», en *XXV Aniversario de la LORAFNA*, Parlamento de Navarra, Estella, 2008, págs. 151-178.

GONZÁLEZ PASCUAL, M., «La posición de los Estatutos de Autonomía en el sistema constitucional (comentario a la STC 31/2010 de 28 de junio de 2010)», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 27, 2011, págs. 503-518.

MARTÍN OVIEDO, J. M., «Estatutos de Autonomía, su contenido y reforma», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, tomo XI, Edersa, Madrid, 1999, págs. 123-143.

MONTILLA MARTOS, J. A., *Reforma federal y estatutos de segunda generación: los estatutos de autonomía de segunda generación como modelo para la reforma federal de la Constitución*, Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2015.

MUÑOZ MACHADO, S., «Los Estatutos de Autonomía (Capítulo IV)», en *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, tomo I, 2.^a ed., Iustel, Madrid, 2007, págs 309-396 (1.^a ed. en Civitas, 1981).

ORTEGA ÁLVAREZ, L. (Coord.), *La reforma del Estado autonómico*, CEPC, Madrid, 2006.

- «La posición de los Estatutos de Autonomía con relación a las competencias estatales tras la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 90, 2010, págs. 267-285.

PÉREZ TREMPES, P., «La legitimación de los Ejecutivos autonómicos para impugnar leyes de su Comunidad Autónoma: crónica de un precepto perdido», *Actualidad Jurídica*, núm. 305, 1997, págs. 1-5.

RUBIO LORENTE, F., «El bloque de constitucionalidad», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 27, 1989, págs. 9-38.

RUIZ RICO, G. (Coord.), *La reforma de los Estatutos de Autonomía*, Actas del VI Congreso de la ACE, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J. J., «La Sentencia sobre el Estatuto de Cataluña: una visión de conjunto», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 151, 2011, págs. 203-229.

TORNOS MAS, J., «Los Estatutos de las Comunidades Autónomas en el ordenamiento jurídico español», *Revista de Administración Pública*, núm. 81, 1980, págs. 125-169.

TRUJILLO, G., *LOAPA y Constitución*, Gobierno Vasco, 1982, epígrafe «Naturaleza y rango de los Estatutos de Autonomía».

VICIANO, R., *Constitución y reforma de los Estatutos de Autonomía*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

VIVER, C., BALAGUER, F. y TAJADURA, J., *La reforma de los Estatutos de Autonomía. Con especial referencia al caso de Cataluña*, CEPC, Madrid, 2005.

VV. AA., «El Estatuto como norma y su función constitucional», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. extraordinario 1, 2010 (Especial Sentencia sobre el Estatuto, con participación de E. ALBERTÍ, J. M. CASTELLÀ, E. FOSSAS y J. TORNOS), págs. 81-100.

ARTÍCULO 147.3

LA REFORMA DE LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

Sumario: I. Significación de la autorregulación estatutaria de la reforma. II. Alcance de la remisión constitucional a los Estatutos para su reforma. III. Los requisitos «en todo caso... aprobación por las Cortes Generales». IV. El carácter de ley orgánica (de la reforma) del Estatuto y su relación con el resto de las leyes. V. La indisponibilidad unilateral del Estatuto de Autonomía y su excepción. VI. Referéndum y Estatutos de Autonomía del art. 146 CE y del art. 151 CE.

CÉSAR AGUADO RENEDO

PROFESOR DE DERECHO CONSTITUCIONAL
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

I. SIGNIFICACIÓN DE LA AUTORREGULACIÓN DE LA REFORMA

El art. 147.3 CE constituye el régimen general de la reforma de los Estatutos de Autonomía (EE. AA.), frente al régimen especial del art. 152.2 CE que, en principio, y a salvo de lo que se dirá, rige solo para los Estatutos elaborados conforme al art. 151 CE.

La remisión que la Constitución hace a los propios EE. AA. para regular su reforma (frente a lo que sucede hoy en el caso de las Regiones ordinarias italianas, puesto que la Constitución de dicho país determina los extremos principales de la reforma de sus Estatutos: art. 123 en su redacción actual; y en el caso de las Regiones autónomas portuguesas, en el que también la Constitución lusa regula directamente el modo de reforma de los Estatutos de las Regiones Autónomas por relación a su modo de aprobación: art. 226 en su redacción vigente), denota una singular significación que traduce jurídicamente la concepción de los mismos que previamente ha afirmado en el núm. 1 del mismo artículo (el Estatuto es «norma institucional básica de cada Comunidad Autónoma»), porque los integra en el círculo de las pocas normas que, si

no puede decirse exactamente que regulan su reforma (desde el momento en que tal regulación depende también de lo que, para su tramitación *ad intra* de las Cámaras parlamentarias nacionales como leyes orgánicas, dispongan estas), sí la condicionan decisivamente. Así, además de la Constitución, como es obvio, ciertamente hay algunas otras normas que tienen esa singularidad, e incluso más acusadamente que los EE. AA., como es el caso de los Reglamentos de los órganos representativos parlamentarios, pero su proyección (en los *interna corporis acta*) es notoriamente limitada frente al carácter general propio de una norma institucional básica de una comunidad política que es lo que son los Estatutos. Es evidente, pues, la singular significación de esta posibilidad de autonormación estatutaria que permite el art. 147.3 CE.

Decimos que la Constitución «permite» tal autorregulación de los Estatutos de las CC. AA. ordinarias porque la **ubicación del precepto** fuera del precepto anterior (art. 147.2 CE), que determina el contenido obligatorio del Estatutos («Los Estatutos de autonomía deberán contener...»), comporta la posibilidad teórica de que los Estatutos de Autonomía no establecieran un procedimiento específico

para su reforma: la LO 2/1980, de 18 de enero, reguladora de las distintas Modalidades de Referéndum, intocada desde ese mismo año tras su única reforma (cfr. el comentario al art. 151.1 CE), sigue contemplando en su art. 10 tal posibilidad. Menos potencial es la previsión de reforma de los EE. AA. del art. 151, al disponer el art. 152.2 que los mismos «... solamente podrán ser modificados mediante los procedimientos en ellos establecidos...», lo que parece impeler a que los mismos establezcan tal procedimiento. Es obvio, no obstante, que la práctica estatutaria de las Comunidades ordinarias ha convertido esta posibilidad en mera hipótesis académica, habiéndose entendido desde el inicio que todo Estatuto debía contener su previsión de reforma y, en consecuencia, habiéndose aplicado las mismas en las numerosas habidas ya hasta la fecha y que pueden agruparse genéricamente en tres oleadas: las que al principio de la década de los '90 se realizaron para unificar la fecha de los comicios autonómicos con los municipales en las CC. AA. ordinarias el cuarto domingo de mayo de cada cuatro años; las habidas en 1994 como consecuencia de la igualación competencial de las estas CC. AA. con las que accedieron a la autonomía por la vía del art. 151 y disposición transitoria segunda tras los Pactos Autonómicos de 1992; y las que tuvieron lugar en la segunda parte de la misma década de los '90 (desde 1996 a 1999) en relación con el sistema de gobierno de la mayor parte de las CC. AA. ordinarias. A raíz de la crisis política en Cataluña a la que pretende hacerse frente con un nuevo Estatut en 2006, se han reformado en su totalidad varios EE. AA., tanto del art. 151 (el Estatuto catalán y el andaluz) como ordinarios (comenzando por el valenciano, unos meses antes incluso que el catalán; con posterioridad a este, los de Aragón, Baleares, Extremadura y Castilla y León, al que habría de añadirse una alteración menos intensa de la LORAFNA), en lo que puede interpretarse como una adaptación de los mismos a las nuevas realidades orgánicas y competenciales, sin menospreciar la incidencia del mero efecto imitativo respecto de la reforma del Estatuto de Catalu-

ña; el proceso quedó interrumpido al sobrevenir la consabida recesión económica, estando a la espera de reanudarse respecto de los Estatutos restantes.

II. ALCANCE DE LA REMISIÓN CONSTITUCIONAL A LOS ESTATUTOS PARA SU REFORMA

En su literalidad, el contenido del art. 147.3 CE es notablemente simple, pues se limita, de un lado, a remitir al procedimiento establecido en cada Estatuto su modo de reforma y, de otro, a requerir, en todo caso, la aprobación de las Cortes Generales mediante ley orgánica. Esa simplicidad, no obstante, no disminuye ni la gran significación del precepto, tanto desde la perspectiva política como desde la estrictamente normativa, que es la que aquí interesa, ni su enorme trascendencia práctica.

Y así, p. ej., nada dice el art. 147.3 CE acerca de la **amplitud que puede alcanzar la alteración**, lo que plantea si la «reforma de los Estatutos» a los que se refiere el art. 147.3 puede comprender la sustitución *in toto* de los mismos o solo reformas parciales. La novación de un Estatuto por otro no deja de ser una reforma, solo que global y, por ello, no desdice la literalidad del citado precepto, aunque —frente a lo que sucede, p. ej., con el art. 168 CE para la reforma constitucional— no explicita esa posibilidad de reforma estatutaria íntegra. Entenderlo de otra forma comportaría poner en marcha de nuevo los procedimientos de elaboración estatutarios si se quisiera proceder a una reforma total de los mismos, procedimientos cuya enorme singularidad está pensada, evidentemente, para dar vida a entes territoriales intermedios nuevos con pretensión de autogobierno, pero que carece de sentido para reformar las normas institucionales básicas de los ya existentes. Ello comporta, pues, que cualquiera que sea la extensión de la reforma de un Estatuto haya de entenderse como una «Ley de reforma» del mismo. Así, por lo demás, lo ha entendido el Tribunal Constitucional, quizá con

un punto de insuficiencia argumentativa, cuando afirma que «La reforma de una norma no deja de ser tal por el hecho de que sea total, esto es, alcance, modificándolo, a la totalidad de su contenido, y no solo parcial» [ATC 85/2006, de 15 de marzo (LA LEY 468/2006), FJ 8]. Y así, en fin, puede constatarse que ha venido a suceder de hecho en no poca medida con las reformas de la mayoría de los EE. AA. que han tenido lugar desde 2006 hasta ahora, con textos resultantes que en algunos casos casi cuadruplican en número de artículos a sus textos originales, lo que da cuenta de la magnitud de tales reformas.

Tampoco determina nada el citado art. 147.3, evidentemente, acerca de si los EE. AA. pueden regular uno o varios procedimientos de reforma. La práctica se ha inclinado por esto segundo. Así, los Estatutos elaborados por la vía del art. 151 CE distinguen entre reformas que afecten a las relaciones entre Estado y Comunidad Autónoma o que no afecten tales relaciones, como sucede en principio con las modificaciones de la organización institucional propia (arts. 47 EAV, 222 EAC, 57 EAG, 249 EAA). La diferencia entre una y otra reside, no en la mayoría de la asamblea regional requerida para su aprobación, que es la misma en ambos casos, sino en el momento de la celebración del referéndum autonómico: consulta referendaria al final del proceso, es decir, tras haberse pronunciado las Cortes sobre el contenido resultante de la modificación estatutaria, en el caso de la regla general de la reforma (la que afecta a las relaciones); consulta popular previa a ese pronunciamiento de las Cortes Generales en el caso de la reforma que no afecta a las relaciones. Siempre, eso sí, con la posibilidad de que las Cortes se pronuncien acerca de si se da, o no, esa afectación.

Del mismo modo, inicialmente se distinguía también —y en este caso lo hacían casi todos los Estatutos de los elaborados por el cauce de los arts. 143-146— que la reforma tuviese únicamente por objeto la ampliación de competencias de la Comunidad Autónoma, o que

tuviese otro objeto. En este caso, la diferencia estribaba únicamente en una mayoría menos amplia (mayoría absoluta) para ampliar competencias que para el resto de los objetos de reforma (normalmente tres quintos o dos tercios). La ampliación de competencias derivada de los Pactos Autonómicos de 1992 acabó reflejándose en posteriores reformas de la mayoría de los Estatutos a lo largo de la década de los '90, que optaron en su mayor parte por suprimir esta previsión, de modo que a día de hoy solo subsiste esta previsión en el Estatuto valenciano (art. 81, que, además de reducir la mayoría parlamentaria para la aprobación de la reforma a la absoluta, prevé que pueda no convocarse el referéndum que ahora prevé para su alteración) y los Estatutos asturiano (art. 56 bis) y murciano (art. 55.3).

III. LOS REQUISITOS «EN TODO CASO... APROBACIÓN POR LAS CORTES GENERALES»

El segundo inciso del art. 147.3 CE recuerda por su parte que cualquier modificación del Estatuto «requerirá, en todo caso, la aprobación por las Cortes Generales, mediante ley orgánica». Tres son las cuestiones que plantea la interpretación del mismo, siguiendo su mismo tenor literal.

En primer lugar, la expresión «en todo caso», que parece cerrar terminantemente la posibilidad de cualquier alteración de cualquier contenido estatutario si no adopta la forma de ley orgánica. Procede apuntar al respecto que el Tribunal Constitucional ha afirmado que «Las disposiciones del Estatuto de Autonomía tienen un ámbito, delimitado por la reserva material del Estatuto, respecto al cual no cabe ni la reforma por procedimiento distinto al previsto en el art. 147.3 CE y en el propio Estatuto, ni la remisión a normas de rango infraestatutario. Sin embargo, las normas estatutarias que regulen materias que queden fuera de ese ámbito, pese a que tampoco pueden ser reformadas por procedimientos distintos a los anteriormente indicados, sí pue-

den atribuir, en todo o en parte, la determinación definitiva de su contenido al legislador autonómico». «Y esto es lo que sucede en el presente caso [una modificación de las barreras electorales en el ordenamiento electoral canario]. Por más que el legislador estatutario establezca una regulación provisional, lo que hace es deferir al legislador autonómico el contenido definitivo de la regulación, lo que no comporta abrir el Estatuto a un inconstitucional proceso de reforma, sino efectuar una atribución constitucionalmente posible» [STC 225/1998, de 23 de noviembre (LA LEY 46/1999, FJ 2)]. De este razonamiento parece deducirse claramente que cabe deferir al legislador ordinario (en el caso concreto era al legislador autonómico) el contenido definitivo de una regulación en tanto no se reformen las normas estatutarias, cuando estas «regulen materias que queden fuera» del ámbito de la «reserva material» del Estatuto.

Sin embargo, la literalidad de esta interpretación se cohonestaba mal con algunos supuestos regulados en los EE. AA. El más generalizado, el referido a los impuestos cedidos por el Estado a las Comunidades Autónomas, parte principal de los recursos de estas (art. 157.1 CE), respecto del cual los Estatutos determinan que el contenido de la norma estatutaria que los enumere se podrá modificar mediante acuerdo del Estado —o más específicamente del Gobierno de este— con la Comunidad Autónoma —o con el Gobierno de esta—, acuerdo que será tramitado como proyecto de ley (ordinaria), explicitando a continuación en la gran mayoría de los casos, tanto antes como después de las reformas estatutarias que comenzaron en 2006, que «A estos efectos la modificación del presente artículo no se considerará modificación del Estatuto» (por todos, disposición adicional segunda 2 del Estatuto de Aragón o art. 178.2 del Estatuto de Andalucía), es decir, los propios artículos reconocen que se modifican, pero no lo consideran reforma estatutaria. Otro contenido de redacción equivalente es el de la disposición adicional primera del Estatuto de Andalucía, tanto en su versión original como en la actual,

que dispone que «La ampliación de la Comunidad Autónoma a territorios históricos no integrados en otra Comunidad Autónoma se resolverá por las Cortes Generales, previo acuerdo de las partes interesadas y sin que ello suponga reforma del presente Estatuto, una vez que dichos territorios hayan vuelto a la soberanía española». Ambos tipos de disposiciones admiten a nuestro juicio interpretaciones constitucionales conformes, ya acudiendo a la noción de reserva relativa de Estatuto (en el primer caso), ya acudiendo a una interpretación puramente literal o formal del precepto estatutario afectado (en el segundo caso, en el que el precepto estatutario afectado sería, obviamente, el art. 2 del Estatuto andaluz, si Gibraltar se convirtiese hipotéticamente en un nuevo municipio —por especial que fuese su estatus— de la provincia de Cádiz; de otro modo, constituiría una modificación estatutaria en toda regla).

El segundo aspecto susceptible de interpretación en el inciso reseñado viene dado por el término «aprobación», como concreta potestad que les corresponde a las Cortes Generales en las modificaciones estatutarias: «aprobación» comporta un acto volitivo pleno del cuerpo representativo nacional, con la posibilidad, por tanto, de incidir en la medida que estime conveniente u oportuno, esto es, no solo en virtud de criterios jurídicos (que, por bien fundados que estén, nunca serán definitivos frente al órgano que tiene constitucionalmente confiado el control de constitucionalidad, el Tribunal Constitucional), sino de criterios políticos, vale decir, de conveniencia u oportunidad (que son los que resultan propios del colegio de representación política que constituyen) en la propuesta articulada presentada como iniciativa por la Asamblea de la Comunidad. Dicho lo cual, no obstante, ha de advertirse que, frente a este amplio margen de las Cortes Generales, en las reformas que siguen el «procedimiento ordinario» la Comunidad Autónoma siempre tendrá la posibilidad de retirar su propuesta si entiende inconveniente el curso que toma la reforma, según se verá más adelante.

IV. EL CARÁCTER DE LEY ORGÁNICA (DE LA REFORMA) DEL ESTATUTO Y SU RELACIÓN CON EL RESTO DE LAS LEYES

La última de las cuestiones que se derivan del inciso final del art. 147.3 CE es la forma normativa que ha de adoptar la aprobación por las Cortes Generales de las reformas estatutarias, «mediante ley orgánica». Una especificación que, como no podía ser de otro modo, confirma lo ya establecido en el art. 81.1 CE cuando reserva a la ley orgánica la aprobación de los Estatutos de Autonomía, lo que indefectiblemente conlleva que no pueda ser otro tipo de ley aquella mediante la que se apruebe su modificación; pero una especificación útil dada la sensibilidad de lo que rodea al Estatuto de Autonomía como norma con la significación que tiene y que ni el art. 143.2 ni el art. 146 ni el 147.1, hacen alusión a ello. El propio TC ha hecho referencia a este contenido del art. 147.3 para recordar, p. ej., que no cabe negar legitimación activa al órgano ejecutivo de una Comunidad Autónoma «para interponer un recurso de inconstitucionalidad contra un Estatuto de Autonomía —ley estatal con arreglo al art. 147.3 CE...— » (STC 30/2011, de 16 de marzo, FJ 3).

El recordatorio de que el Estatuto es una ley orgánica suscita de inmediato la relación entre estas leyes orgánicas que son los EE. AA. y el resto de las leyes, en particular las demás leyes orgánicas. En tal sentido, en fecha muy temprana el Tribunal Constitucional dejó sentada la **inconstitucionalidad por «antiestatutoriedad»** de la ley autonómica: «Es de señalar que la Ley [...] impugnada modifica sustancialmente el sistema sancionado en el Estatuto de Autonomía». «Tal ampliación [...] por una Ley de la Comunidad Autónoma [...] supone la modificación del Estatuto de Autonomía —que constituye «su norma institucional», tal como establecen el art. 147.1 de la Constitución y el art. 1 de la Ley Orgánica [...] por la que se aprueba el mencionado Estatuto— por un cauce distinto del previsto tanto en la Constitución de 1978 —art. 147.3—,

como en el propio Estatuto de Autonomía [...]». «En la medida en que en el caso que examinamos la Comunidad Autónoma [...] ha dictado una Ley sin acudir al trámite de la modificación del Estatuto de Autonomía, ha vulnerado tanto la Constitución —arts. 147.3 [...]— como el propio Estatuto [...], siendo, en consecuencia, dicha Ley inconstitucional y antiestatutaria, calificación esta última que, en realidad, queda comprendida en la anterior con base en lo dispuesto en el art. 161.1.a) de la Constitución y en los arts. 27, 28.1 y 39 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional» [STC 36/1981, de 12 de noviembre (LA LEY 12917-JF/0000), FJ 4].

Respecto de la ley ordinaria estatal, ha afirmado el mismo Tribunal que «la integración de los Estatutos en el bloque de la constitucionalidad, su consiguiente consideración como parámetro para el enjuiciamiento de las normas legales y, sobre todo, la función que los Estatutos desempeñan y su muy especial rigidez, les otorgan una singular resistencia frente a las otras leyes del Estado que hace imposible que puedan ser formalmente reformados por estas. Esta afirmación opera, sin duda, con carácter general frente a las leyes estatales ordinarias» [STC 247/2007, de 12 de diciembre (LA LEY 185358/2007), FJ 6].

Algo menos clara aparece, sin embargo, la relación de los EE. AA., que han de ser aprobados y reformados mediante ley orgánica, con «las demás leyes orgánicas» [art. 27.2.a) LOTC], relación a la que se refiere a continuación de la cita que se acaba de transcribir: «Respecto de las otras leyes orgánicas, la relación de los Estatutos se regula, como ya se ha adelantado, por la propia Constitución, según criterios de competencia material, de modo que el parámetro de relación entre unas y otras es, exclusivamente, la Norma constitucional. En este sentido, los Estatutos de Autonomía no pueden desconocer los criterios materiales empleados por la Constitución cuando reenvía la regulación de aspectos específicos a las correspondientes leyes orgánicas (arts. 81.1, 122.1, 149.1.29.^a, 152.1 o 157.3 CE), pues dichos

«criterios, referidos a materias concretas para cada ley orgánica, determinan el ámbito que la Constitución les reserva a cada una de ellas, ámbito que, por tal razón, se configura como límite para la regulación estatutaria» [STC 247/2007, de 12 de diciembre (LA LEY 185358/2007), FJ 6]. Tras este razonamiento, que parece subrayar el principio de competencia como el de (ausencia de) relación entre el resto de las leyes orgánicas y el Estatuto, continúa sin embargo de modo inmediato afirmando el TC que «Por lo demás, en el sistema de relaciones existente entre los Estatutos de Autonomía y las leyes orgánicas previstas en la Constitución no puede desconocerse tampoco la diferente posición de los Estatutos respecto de las leyes orgánicas como consecuencia de la rigidez que los caracteriza. Su procedimiento de reforma, que no puede realizarse a través de su sola aprobación por las Cortes Generales, determina la superior resistencia de los Estatutos sobre las leyes orgánicas, de tal forma que estas (salvo las de su propia reforma *ex art.* 147.3 CE), por la razón señalada, no pueden modificarlos formalmente»: esto es, el supremo intérprete de la Constitución no se limita a constatar que los Estatutos sean leyes orgánicas singulares «como consecuencia de la rigidez que los caracteriza», producto de su sistema de reforma, sino que los sitúa en una «diferente posición», que difícilmente deja margen para entender que no sea otra que la de superioridad jerárquica, respecto de ellas. Sin embargo, de nuevo sin solución de continuidad vuelve a recordar que «En todo caso, de acuerdo con lo que indicábamos con anterioridad, las relaciones entre los Estatutos de Autonomía y las leyes orgánicas previstas en la Constitución, están sujetas a lo que al respecto dispone esta última. *De ahí que la reserva material que, en términos específicos para cada caso, realiza la Constitución a favor de determinadas leyes orgánicas, suponga que cada una de dichas leyes pueda llevar a cabo una delimitación de su propio ámbito* (STC 154/2005, de 9 de junio, FF. JJ. 4 y 5, con referencia a otras), *circunscribiendo la eficacia de las normas estatutarias de acuerdo con dicha delimitación*», es decir, parece clara-

mente volver a recordar que las relaciones entre Estatuto y resto de las leyes orgánicas están presididas por el principio de competencia. Todo ello para finalizar el razonamiento afirmando: «Pues bien, en caso de colisión, será competencia de este Tribunal la apreciación del alcance de la correspondiente reserva y sus efectos sobre la validez o eficacia de la normativa estatutaria» [STC 247/2007 (LA LEY 185358/2007), FJ 6], o sea, en caso de conflicto Estatuto-leyes orgánicas, el operador jurídico definitivo para resolverlo será el propio Tribunal Constitucional.

A la vista de este modo de razonar, parece difícil concluir sin dudas qué relación exacta guarda, a juicio del Tribunal Constitucional, el Estatuto de Autonomía con el resto de las leyes orgánicas. Parece entreverse en él una relación dicotómica, dependiendo de la perspectiva que se adopte: formal en razón de su procedimiento de modificación, en cuya virtud la posición del Estatuto es superior a la del resto de las leyes orgánicas, y material en razón de sus respectivos contenidos, en cuyo caso la posición es equiordenada. Pero —entendemos nosotros— a la especial rigidez que otorga al Estatuto la regulación constitucional de su reforma no parece que pueda encontrarse otro sentido que el de preservar formalmente su reserva material, pues de otro modo no se alcanza a vislumbrar el motivo para complicar aún más un sistema de fuentes al que ya hace hartó complejo la introducción de una diversidad considerable de fuentes de rango legal y, entre ellas, la de la ley orgánica. Así se deduce de razonamientos anteriores del propio Tribunal como los de que «es necesario rechazar la tesis [...] de que sus respectivas Comunidades Autónomas pueden haber asumido, y han asumido en sus Estatutos, competencias que, aun sobrepasando los límites establecidos en el art. 148.1 de la Constitución, no desborden, sin embargo, el marco de las reservadas al Estado en el art. 149.1. Semejante asunción de competencias no es posible sino mediante el procedimiento de reforma estatutaria»; «por el contrario [...] el Estado tiene todas las

competencias que, de acuerdo con la Constitución, no han sido o no han podido ser asumidas por las Comunidades Autónomas en sus respectivos Estatutos, y mientras no las asuman o les sean transferidas, puesto que las previsiones estatutarias sobre una futura ampliación del ámbito competencial autonómico no constituyen en sí mismas sino meras expectativas [...]» [STC 227/1988, de 29 de noviembre (LA LEY 2428/1998), FJ 13]; esto es, no ya respecto del contenido reservado a otras normas en el que incida indebidamente el Estatuto, sino incluso respecto de contenidos materiales indebidamente insertos en el seno del propio Estatuto de Autonomía (de los que fueron paradigma al inicio del proceso de descentralización competencias exorbitantes bajo la cláusula «sin perjuicio» de la respectiva competencia del Estado), el Estatuto deja de ser norma hábil para su regulación y, por tanto, deja de ostentar ninguna especial posición en relación con ellos. En consecuencia, la conclusión lógica no puede ser otra que la de que entre los Estatutos de Autonomía y las demás leyes, incluidas las orgánicas, el principio que rige es el de competencia y, en consecuencia, que ningún tipo de jerarquía es posible predicar de esa relación. Tampoco una supuesta jerarquía funcional, según ha dejado meridianamente claro el propio TC en su capital STC 31/2010, de 28 de junio, cuando razona que la terminología que se utiliza en ocasiones, según la cual los Estatutos «... cumplen... funciones que cabe calificar como materialmente constitucionales, por servir a los fines que conceptualmente se tienen por propios de la norma primera de cualquier sistema de Derecho... no tiene mayor alcance que el puramente doctrinal o académico, y... en ningún caso se traduce en un valor normativo añadido...» (FJ 3).

V. LA INDISPONIBILIDAD UNILATERAL DEL ESTATUTO DE AUTONOMÍA Y SU EXCEPCIÓN

La remisión de la Constitución para la reforma de los Estatutos «al procedimiento esta-

blecido en los mismos», supone un condicionamiento radical en favor de la voluntad de la Comunidad Autónoma de la cual constituya su norma institucional básica. Condicionamiento que atañerá especialmente al inicio del procedimiento modificatorio, estableciendo como requisito la autorización de la propia Comunidad Autónoma para poder plantear esa reforma: de hecho, así se determina en todos los EE. AA., pues, con independencia de que reconozcan la *propuesta de iniciativa* al órgano nacional ejecutivo (algunos EE. AA.), o al legislativo (la mayoría), o a los «municipios» (en rigor, quiere decirse a los Ayuntamientos), en algún caso a los ciudadanos (art. 222.1 del Estatuto de Cataluña), o —lógicamente— a los Grupos Parlamentarios de la Asamblea autonómica, la *verdadera iniciativa* tiene lugar en todos los supuestos mediante la aprobación de la propuesta de que se trate por el órgano representativo regional, con mayorías que varían de la absoluta a los dos tercios, pasando por los tres quintos.

No es precisamente nimio este condicionamiento, consistente en no poder iniciar la reforma estatutaria si no es con la aquiescencia de la Comunidad Autónoma, pero, salvado este, el mismo devendría poco relevante si las Cortes Generales pudieran luego tramitar la reforma como una ley orgánica más, sin limitaciones, al estilo de lo que se ha visto que sucede en el proceso de elaboración inicial de los Estatutos ordinarios *ex art.* 146. La Constitución no determina nada respecto de tan relevante extremo, pero tampoco lo hacen los Reglamentos de las Cámaras parlamentarias nacionales, que es donde ha de tramitarse y adquirir forma normativa definitiva la reforma. No fue sino hasta 1993 cuando tuvo lugar una regulación, en sendas normas de las Presidencias de las Cámaras, de tal tramitación: la Resolución de la Presidencia del Congreso de los Diputados (RPCD) de 16 de marzo y la Norma Supletoria de la Presidencia del Senado (NSPS) de 30 de septiembre (a principios de 1991 hubo otras disposiciones parlamentarias reguladoras de la reforma estatutaria, pero con un carácter específico para resolver

los supuestos que se planteaban en aquellos momentos, no con el «carácter general» que preside las de 1993, según señala el proemio de ambas). Resulta innecesario apuntar la discordancia entre el rango de dichas disposiciones y la trascendencia de su contenido. En lo que interesa al comentario del art. 147.3 CE, tales disposiciones permiten a las Comunidades Autónomas de Estatuto común que, en el *iter* que ha de seguir la reforma en el seno del Congreso de los Diputados, puedan retirar su propuesta de reforma estatutaria «en cualquier momento de su tramitación ante la Cámara» y, si interviene el Senado, en todo caso antes de «su proclamación definitiva» (ap. 5.º de ambas disposiciones). En los nuevos EE. AA. esta posibilidad de retirada ha pasado a formar parte de los mismos (para su ejercicio se disponen diferentes mayorías de las Asambleas respectivas: absoluta, art. 223 EAC o 91 EAE; tres quintos: art. 250 EAA; dos tercios: art. 115 EAARA.; la que en el momento determine el Reglamento; 91 EACL; o ninguna: 139 EAIB), con lo que la previsión de las disposiciones parlamentarias citadas ha perdido en este punto su trascendencia originaria, pues para ellos (y previsiblemente para todos los que se reformen) resultará indiferente que se deje de recoger en versiones futuras de los Reglamentos parlamentarios de las Cámaras nacionales (o ulteriores disposiciones de sus Presidencias). En consecuencia, pues, el condicionamiento por las CC. AA. de la alteración de sus Estatutos es trascendental: al menos sin su conformidad, no cabe imponerles una modificación estatutaria que, comenzada necesariamente por ellas mismas, no resulte conforme a sus intenciones.

En consecuencia, del conjunto del art. 147.3 CE resulta lo que se ha dado generalizadamente en designar como la **indisponibilidad unilateral del Estatuto de Autonomía**, pues no es posible su alteración sin el concurso de las voluntades en el mismo sentido —el de la modificación del Estatuto con un concreto contenido—, tanto de la Comunidad Autónoma como del Estado, por más que el órgano representativo de este sean «las Cortes Gene-

rales que representan al pueblo español, en quien reside la soberanía nacional (arts. 66.1 y 1.2 de la Constitución)» [STC 100/1984, de 8 de noviembre (La Ley 340-TC/1985), FJ 1]. En consecuencia, habida cuenta del resultado de la regulación de la reforma estatutaria, que consta, más que en el art. 147.3 CE, en las resoluciones parlamentarias de las Presidencias de las Cámaras de 1993 para la tramitación de aquella en su seno, de este proceso de reforma sí puede predicarse con más sentido el «carácter paccionado» —«característica de los Estatutos de Autonomía es [...] [el] carácter paccionado de su procedimiento de elaboración y, sobre todo, de reforma»: STC 247/2007, de 12 de diciembre (La Ley 185358/2007), FJ 6, que no tenía en el procedimiento de su elaboración por la vía del art. 146 CE, según lo que se tuvo ocasión de ver en el comentario a este; más acertadamente lo expresa así la misma Sentencia del Tribunal al comienzo del mismo fundamento, cuando habla de «la necesaria confluencia de diferentes voluntades en su procedimiento de elaboración, rasgo que es más nítido en las sucesivas reformas de un Estatuto que en su aprobación inicial [...]»—. Repárese, no obstante, en que ese carácter paccionado no se predica por el TC del Estatuto de Autonomía resultante como tal, sino «de su procedimiento de elaboración y, sobre todo, de reforma», que es, obviamente, algo muy distinto.

Dicho esto, sin embargo, no puede dejar de apuntarse que el Estado siempre tendrá la posibilidad de disponer de los Estatutos de Autonomía mediante la vía indirecta de la reforma constitucional: mediante la simplificada del art. 167 para todo aquello que no comporte alteración de lo materialmente reservado al procedimiento del art. 168, y mediante la vía de la reforma agravada de este para lo reservado a él o, en su caso, para la totalidad de la Constitución, sin que sea de recibo, a nuestro juicio, entender que exista cláusula de intangibilidad tácita en nuestro sistema acerca de su descentralización territorial. Y ya en tal supuesto, tampoco puede dejar de apuntarse que en la reforma constitucional, la interven-

ción de las Comunidades Autónomas está limitada a la propuesta de iniciativa por parte de sus Asambleas legislativas en los términos previstos en el art. 87.2 CE, esto es, presentando un texto ante la Mesa del Congreso de los Diputados y destacando hasta tres defensores del mismo, o a instar al Gobierno a que la inicie. Y es que la ordenación territorial española dista bastante, hoy por hoy, de ser una ordenación federal en el sentido más propio de este término, que no se limita solo a un muy importante *quantum* competencial del que dispongan los entes territoriales intermedios (dato ciertamente muy relevante, aunque, dicho sea de paso, el mismo queda mediatizado por la calidad el ejercicio de las mismas), sino que hace referencia al propio fundamento de la relación de la ordenación territorial, que comienza por la intervención imprescindible (lo que no necesariamente ha de identificarse con decisiva) de los entes descentralizados en su configuración.

VI. REFERÉNDUM Y ESTATUTOS DE AUTONOMÍA DEL ART. 146 CE Y DEL ART. 151 CE

Visto todo lo anterior, quedaría por aludir a un último aspecto más en relación con la reforma, de notable trascendencia teórica y práctica, pues se refiere a la diferencia de este régimen común de reforma con el dispuesto en el art. 152.2 CE como precepto que regula la reforma de los Estatutos elaborados por la vía del art 151. Esa diferencia, como es sabido, consiste en el referéndum a que ha de someterse la modificación de los EE. AA. a los que se refiere el precepto, referéndum que no se dispone en el precepto aquí objeto de comentario, el art. 147.3 CE. Dejando a un lado ahora el evidente paralelismo que tal omisión de la consulta popular en la reforma de estos EE. AA. guarda con su elaboración, lo mismo que, a la inversa, sucede con su previsión en el art. 152.2 CE, la cuestión estriba en si dicha omisión no impide añadir dicho trámite en los Estatutos del cauce arts. 143-146, que no lo tuvieron para su elaboración.

Que era posible fue lo que entendió la Resolución de la Presidencia del Congreso de los Diputados de marzo de 1993, antes aludida, puesto que en la regulación «Del procedimiento ordinario» de la reforma, incluye un último apartado alusivo al referéndum, previendo «el supuesto de que la reforma haya de ser confirmada mediante referéndum por el cuerpo electoral correspondiente» (ap. 6.º). Quizá esta previsión ha propiciado que alguna de las nuevas versiones de textos estatutarios elaborados por el cauce del art. 146 CE hayan incorporado la posibilidad de someter a dicho referéndum [en concreto, hasta el momento, el Estatuto de Valencia: art. 81.5, el de Aragón: art. 115.7; y el de Extremadura: art. 91.2.e); no así los de Baleares y Castilla y León] en los términos siguientes: «La aprobación de la reforma por las Cortes Generales, mediante Ley Orgánica, incluirá la autorización del Estado para que [la Generalitat/el Gobierno de Aragón/la Junta de Extremadura] convoque un referéndum de ratificación [de los electores/del cuerpo electoral de Aragón] en un plazo de seis meses desde la votación final en las Cortes Generales»; luego la regulación difiere, pues mientras el primero determina que «El referéndum podrá no convocarse en aquellos casos en que la reforma solo implique ampliación de competencias» (esto es, será obligatorio, salvo en caso de ampliación de competencias únicamente, en cuyo caso será facultativo), los otros dos disponen que se «... convocará tal referéndum si así lo acuerda/n previamente la Asamblea/las Cortes de Aragón con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros».

A estas alturas de evolución del proceso descentralizador en nuestro régimen político, que se ha caracterizado por una convergencia evidente (convergencia institucional, competencial, en suma, general) entre las CC. AA. que se iniciaron en la autonomía con mayor autogobierno y las que lo hicieron más gradualmente, es posible encontrar sentido a la equiparación también de trámites procedimentales para la reforma de sus respectivos Estatutos, con la significación política que de

ello puede derivarse. Que ello sea así, no obstante, no resta relevancia a algunos argumentos poco favorables a tal modo de proceder: dejando a un lado razones menos jurídicas aunque no precisamente nimias (como la siempre deseable coherencia del sistema, en la que juega un papel muy relevante el principio *contrarius actus*, en cuya virtud una reforma normativa en principio debe constar de los mismos trámites esenciales observados en su elaboración; o como el carácter siempre gravoso de una consulta popular, que la práctica se ha encargado de demostrar en algún caso mediante una participación escasa que ha operado en sentido opuesto al que anima tal consulta sobre la reforma estatutaria, que es la de reforzar la legitimación, resultando justamente lo contrario), en un comentario de esta índole interesa la perspectiva formal o de correcta teoría de fuentes del Derecho. Y al respecto no puede dejar de apuntarse que el Estatuto de Autonomía, en cuanto ley orgánica que es, resulta una norma primaria estatal respecto de la cual no aparece precisamente claro que quepa disponer para su reforma una consulta *a una fracción del cuerpo electoral* de cuyo resultado dependa su validez, validez que no cabe olvidar que conlleva la voluntad del órgano que represen-

ta *al conjunto del cuerpo electoral*, sin que la Constitución, como fuente superior de producción normativa, así lo prevea.

En todo caso, una vez inserto el trámite de referéndum en el procedimiento de reforma de Estatutos elaborados por el procedimiento común, aun cuando el mismo no se especifique en la Constitución, no parece que quepa considerarse ajeno a la reserva que dispone el art. 92.3 CE, conforme al cual: «Una ley orgánica regulará las condiciones y el procedimiento de las distintas modalidades de referéndum previstas en esta Constitución», reserva desarrollada por la LO 2/1980, de 18 de enero, sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum. La Constitución prevé en el art. 152.2 el referéndum para la reforma de los Estatutos aprobados por el cauce del art. 151.2 CE, pero, so pena de entender que los EE. AA. elaborados por distintos cauces (incluida la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra) son normas de naturaleza dispar, ha de entenderse que dicho referéndum del art. 152.2 CE es el único que cabe en materia de reforma estatutaria, siendo el mismo para todos los EE. AA. que lo incorporen, hayan sido aprobados por la vía del art. 151, del art. 143-146 o cualquier otra.

BIBLIOGRAFÍA

AGUADO RENEDO, C., «De nuevo sobre la naturaleza jurídica del Estatuto de Autonomía, con motivo de los procesos de reforma», *Asamblea. Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 17, diciembre, 2007, págs. 283 y ss.

— *El Estatuto de Autonomía y su posición en el ordenamiento jurídico*, CEC, Madrid, 1996, págs. 377 y ss.

ÁLVAREZ CONDE, E., *Reforma constitucional y reformas estatutarias*, Iustel, 2007.

ARAGÓN REYES, M., «La reforma de los Estatutos de Autonomía», *Documentación Administrativa*, núms. 232-233, 1992-1993, págs. 197 y ss.

DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T., «La reforma de los Estatutos de Autonomía y sus límites constitucionales», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 24, 2005, págs. 175 y ss.

GUTIÉRREZ LLAMAS, A., *Los procedimientos para la reforma de los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas*, Universidad de Murcia-Civitas, Madrid, 1991.

MUÑOZ MACHADO, S., *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, vol. I, 2.^a ed., Iustel, Madrid, 2007, págs. 383 y ss.

SANZ PÉREZ, A. L., «La reforma de los Estatutos de Autonomía (Con especial referencia a los Estatutos de Cataluña y de la Comunidad Valenciana)», *Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 2006.

SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J., «Los límites materiales a las reformas estatutarias» y «Las reformas estatutarias y sus límites», Caps. 2 y 3 de *Tiempo de Reformas. El Estado autonómico en cuestión*, Biblioteca Nueva, 2007, págs. 57 y ss.

Artículo 148

1. Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias:

1.ª Organización de sus instituciones de autogobierno.

2.ª Las alteraciones de los términos municipales comprendidos en su territorio y, en general, las funciones que correspondan a la Administración del Estado sobre las Corporaciones locales y cuya transferencia autorice la legislación sobre Régimen Local.

3.ª Ordenación del territorio, urbanismo y vivienda.

4.ª Las obras públicas de interés de la Comunidad Autónoma en su propio territorio.

5.ª Los ferrocarriles y carreteras cuyo itinerario se desarrolle íntegramente en el territorio de la Comunidad Autónoma y, en los mismos términos, el transporte desarrollado por estos medios o por cable.

6.ª Los puertos de refugio, los puertos y aeropuertos deportivos y, en general, los que no desarrollen actividades comerciales.

7.ª La agricultura y ganadería, de acuerdo con la ordenación general de la economía.

8.ª Los montes y aprovechamientos forestales.

9.ª La gestión en materia de protección del medio ambiente.

10.ª Los proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos de interés de la Comunidad Autónoma; las aguas minerales y termales.

11.ª La pesca en aguas interiores, el marisqueo y la acuicultura, la caza y la pesca fluvial.

12.ª Ferias interiores.

13.ª El fomento del desarrollo económico de la Comunidad Autónoma dentro de los objetivos marcados por la política económica nacional.

14.^a *La artesanía.*

15.^a *Museos, bibliotecas y conservatorios de música de interés para la Comunidad Autónoma.*

16.^a *Patrimonio monumental de interés de la Comunidad Autónoma.*

17.^a *El fomento de la cultura, de la investigación y, en su caso, de la enseñanza de la lengua de la Comunidad Autónoma.*

18.^a *Promoción y ordenación del turismo en su ámbito territorial.*

19.^a *Promoción del deporte y de la adecuada utilización del ocio.*

20.^a *Asistencia social.*

21.^a *Sanidad e higiene.*

22.^a *La vigilancia y protección de sus edificios e instalaciones. La coordinación y demás facultades en relación con las policías locales en los términos que establezca una ley orgánica.*

2. *Transcurridos cinco años, y mediante la reforma de sus Estatutos, las Comunidades Autónomas podrán ampliar sucesivamente sus competencias dentro del marco establecido en el artículo 149.*

ARTÍCULO 148.1

Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias.

Véase el comentario al artículo 149.3.

ARTÍCULO 148.1.1.^a

1.^a Organización de sus instituciones de autogobierno.

Véase el comentario al artículo 149.1.18.^a

ARTÍCULO 148.1.2.^a

2.^a Las alteraciones de los términos municipales comprendidos en su territorio y, en general, las funciones que correspondan a la Administración del Estado sobre las Corporaciones locales y cuya transferencia autorice la legislación sobre Régimen Local.

Véase el comentario al artículo 149.1.18.^a

ARTÍCULO 148.1.3.^a

3.^a Ordenación del territorio, urbanismo y vivienda.

Sumario: I. Breve referencia a la evolución del Derecho territorial. II. Doctrina constitucional sobre ordenación del territorio. 1. Contenido de la competencia autonómica. 2. Relaciones con competencias estatales: cooperación y prevalencia. 3. Ordenación y protección del territorio: fracking y almacenamiento geológico de dióxido de carbono. III. Doctrina constitucional sobre urbanismo. 1. Concurrencia competencial en la ordenación urbanística. 2. Incidencia de los títulos competenciales del Estado: arts. 149.1.1.^a y 18.^a CE. 3. Una gran oportunidad perdida: la STC 143/2017, de 14 de diciembre. IV. La competencia sobre vivienda: de la acción de fomento a la expropiación de usos habitacionales.

LUIS POMED SÁNCHEZ

PROFESOR TITULAR DE DERECHO ADMINISTRATIVO
LETRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El art. 148.1.3.^a CE permite que las Comunidades Autónomas asuman, desde el momento mismo de su constitución y a través de sus

correspondientes Estatutos de Autonomía [art. 147.2.d) CE], competencias en materia de «ordenación del territorio, urbanismo y vi-

vienda». Como es sobradamente conocido, **todas las Comunidades Autónomas hicieron uso de esta posibilidad ya en los primeros textos estatutarios, que calificaron de exclusiva a la competencia autonómica.** Exclusividad que, en rigor, hace referencia únicamente a la disponibilidad de la totalidad de potestades públicas de intervención en estos sectores, pero que no excluye por entero la incidencia de la acción estatal en los ámbitos que ahora nos ocupan (por todas, STC 61/1997, de 20 de marzo, FJ 5). En consecuencia, será preciso examinar **los diversos títulos competenciales que pueden yuxtaponerse por razón de su incidencia territorial** a la luz de la doctrina elaborada al respecto por el Tribunal Constitucional.

Antes de emprender dicha tarea debemos mencionar que el art. 148.1.3.^a CE contiene una enunciación deductiva de materias, que arranca desde la función general de ordenación del territorio y cuyo proceso de concretización concluye en la especie «vivienda». Tras la expresión empleada por el constituyente subyace todo **un proceso de decantación histórica de las funciones públicas de ordenación del espacio físico que no ha arrojado unos resultados plenamente satisfactorios.** Se ha hablado tradicionalmente de un «proceso de transformación urbanística del suelo» que identificaba como su destino final ideal la conversión de este recurso natural en el sustrato físico de la vivienda, ignorando otros destinos que sirven a la función pública de ordenación territorial tanto o más que la ampliación ilimitada del parque inmobiliario nacional.

I. BREVE REFERENCIA A LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO TERRITORIAL

En lo que ahora estrictamente interesa, el punto de partida de ese proceso puede situarse en la Ley del Suelo de 1956, donde se perfila el urbanismo como una función pública de ordenación física global. Esta concepción del *urba-*

nismo quedó rigurosamente inédita, puesto que las diversas políticas públicas con incidencia territorial se articularon a través de una normativa especial derogatoria de los principios inspiradores de la legislación urbanística, en tanto que la gestión de la Ley del Suelo dio lugar a la «departamentalización del urbanismo» (PAREJO ALFONSO, 1979, 259), que quedó limitado a la política sectorial de *vivienda*.

La aspiración a vertebrar el conjunto de políticas públicas de incidencia territorial en torno a un eje central no desapareció, de modo que durante los años setenta fue forjándose la pretensión de asignar esa posición central a la *ordenación del territorio*. Especial relieve tuvo, a este respecto, la literatura administrativista, que trató de aunar experiencias comparadas y las escasas realizaciones de nuestra política de desarrollo regional, configurando una serie de principios que atribuían a la función pública de ordenación del territorio un papel predominante en la articulación espacial de todas las políticas públicas. La ordenación territorial habría de ser el cauce integrador de las diferentes actuaciones públicas, coordinando la ordenación física del espacio con las previsiones de política económica y social. El Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976 acogió, bien que limitadamente, estos planteamientos a través de las figuras del Plan Nacional de Ordenación y de los Planes Directores Territoriales de Coordinación.

Este era, a grandes rasgos, el panorama que ofrecía la evolución del Derecho del territorio en el momento de elaborarse el art. 148.1.3.^a CE. Los cuarenta años transcurridos desde entonces ponen de manifiesto **la creciente consideración sectorial de las materias enunciadas en el precepto, con el consiguiente abandono de la vieja aspiración a hacer de ellas funciones públicas generales de ordenación de todas las políticas públicas con incidencia territorial.** Este hecho se debe, en buena medida, a factores exógenos a la normativa sobre ordenación del territorio y urbanismo.

Así, en el caso de la ordenación del territorio, la concurrencia de la competencia autonómica en la materia con los títulos habilitantes de intervenciones sectoriales del Estado se ha traducido en una pérdida del valor coordinador que la literatura administrativista atribuyera en su momento a la primera, que se ha visto con frecuencia desplazada por las competencias más específicas de titularidad estatal (MUÑOZ MACHADO, 2005, 20). Por lo que respecta al urbanismo, el ejercicio por las Comunidades Autónomas de su competencia exclusiva en la materia se ha traducido en **la aprobación de sus correspondientes leyes generales urbanísticas**. No es necesario ponderar aquí el impacto de la STC 61/1997, de 20 de marzo, que precipitó la actividad legislativa de los Parlamentos autonómicos en este ámbito.

Junto con esta perspectiva estrictamente competencial, una exposición que se pretendiera medianamente acabada de la evolución del urbanismo en estas cuatro últimas décadas habría de poner el acento en su **relevancia económica**. Por una parte, se ha incrementado notablemente el peso del sector inmobiliario en el conjunto de la economía española, hasta el punto de convertirse en el motor principal de su crecimiento; por otra, el urbanismo se ha erigido en fuente de financiación local, la principal en muchos lugares de nuestro territorio, con las consecuencias negativas de todos conocidas. Sea como fuere, **la función pública urbanística se ha mostrado incapaz de disciplinar los diversos usos del suelo**. La crisis económica reciente, una crisis con orígenes inmobiliarios, no ha alterado apenas las pautas de compartimiento de este sector y la paulatina salida de la crisis amenaza con no aminorar su peso en el conjunto de la economía nacional. Se habla aquí de amenaza porque el sector inmobiliario se caracteriza por un uso intensivo del suelo y su escasa innovación y flexibilidad.

Desde la perspectiva competencial, la STC 57/2015, de 18 de marzo, ofrece una rigurosa

síntesis de la doctrina constitucional sobre las materias «ordenación del territorio» y «urbanismo», recordando que «respecto de la primera, este Tribunal tiene declarado que «en una primera aproximación global al concepto de ordenación del territorio... el referido título competencial tiene por objeto la actividad consistente en la delimitación de los diversos usos a que puede destinarse el suelo o espacio físico territorial [SSTC 77/1984, FJ 2; 149/1991, FJ 1. B)]. Concretamente, dejando al margen otros aspectos normativos y de gestión, su núcleo fundamental está constituido por un conjunto de actuaciones públicas de contenido planificador cuyo objeto consiste en la fijación de los usos del suelo y el equilibrio entre las distintas partes del territorio del mismo (SSTC 36/1994, FJ 3; 28/1997, FJ 5) (STC 149/1998, de 2 de julio, FJ 3). Por su parte, y en cuanto al urbanismo, la STC 141/2014, de 11 de septiembre, FJ 5. A), ha extractado lo esencial de la STC 61/1997, de 20 de marzo, al respecto, en los siguientes términos: El urbanismo, como sector material susceptible de atribución competencial, alude a la disciplina jurídica del hecho social o colectivo de los asentamientos de población en el espacio físico, lo que, en el plano jurídico, se traduce en la ordenación urbanística, como objeto normativo de las leyes urbanísticas (STC 61/1997, FJ 6). En definitiva, la competencia en materia de urbanismo abarca, fundamentalmente, las políticas de ordenación de la ciudad; es decir, la determinación del cómo, cuándo y dónde deben surgir o desarrollarse los asentamientos humanos (STC 61/1997, FJ 6)» (este mismo texto se reproduce en la STC 20/2016, de 4 de febrero, FJ 4).

II. DOCTRINA CONSTITUCIONAL SOBRE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

De entre las diversas definiciones posibles de la materia «ordenación del territorio» el Tribunal Constitucional se ha decantado desde fecha temprana por su consideración como planificación supralocal del espacio en la que

confluyen finalidades públicas (LÓPEZ RAMÓN, 2005, 60). Como quiera que esa confluencia se produce en un marco de distribución territorial del poder, una de las tareas más relevantes de la jurisprudencia constitucional en la materia ha consistido en la elaboración de los criterios de resolución de los conflictos derivados de la concurrencia sobre un mismo espacio físico de distintas competencias.

1. Contenido de la competencia autonómica

Según ha declarado reiteradamente el Tribunal Constitucional, la competencia sobre ordenación del territorio «tiene por objeto la actividad consistente en **la delimitación de los diversos usos a que pueda destinarse el suelo o espacio físico territorial**» [SSTC 77/1984, de 3 de julio, FJ 2; 149/1991, de 4 de julio, FJ 1. B), y 149/1998, de 2 de julio, FJ 3]. El núcleo fundamental de esta competencia «está constituido por un conjunto de actuaciones públicas de contenido planificador cuyo objeto consiste en la fijación de los usos del suelo y el equilibrio entre las distintas partes del territorio mismo» (SSTC 36/1994, de 10 de febrero, FJ 3; 28/1997, de 13 de febrero, FJ 5; en parecidos términos, STC 306/2000, de 12 de diciembre, FJ 5) y comprende la ordenación del litoral [STC 149/1991, FJ 1. A)].

Esta competencia no se define por la finalidad perseguida —eventualmente, el equilibrio territorial—, sino por relación a los medios empleados, cobrando al respecto destacado **protagonismo los instrumentos de planeamiento**. A este respecto interesa recordar la distinción, recogida en la STC 149/1991, entre la ordenación del territorio como «título competencial específico», que no «puede ser ignorado, reduciéndolo a la simple capacidad de planificar, desde el punto de vista de su incidencia en el territorio, las actuaciones que por otros títulos ha de llevar a cabo el ente titular de aquella competencia sin que de esta se derive consecuencia alguna para la actuación de otros entes públicos sobre el mis-

mo territorio» [FJ 1. B)] y la ordenación del territorio como «una política, además, de enorme amplitud», como pone de relieve la Carta Europea de Ordenación del Territorio, donde se define como «expresión espacial de la política económica, social, cultural y ecológica de toda sociedad» (*ibidem*). Consciente de esta «enorme amplitud», advierte el Tribunal Constitucional de que «cuando la función ordenadora se atribuye [...] a entes dotados de autonomía política constitucionalmente garantizada, esa atribución no puede entenderse en términos tan absolutos que elimine o destruya las competencias que la propia Constitución reserva al Estado, aunque el uso que este haga de ellas condicione necesariamente la ordenación del territorio» (*ibidem*; en iguales términos, SSTC 40/1998, de 19 de febrero, FJ 30, y 149/1998, FJ 3). Esta misma idea se maneja en la STC 36/1994, donde se indica, respecto del alcance de la competencia sobre ordenación del territorio, que «dentro de este ámbito material no se incluyen todas las actuaciones de los poderes públicos que tienen incidencia territorial y afectan a la política de ordenación del territorio» (FJ 3).

Por otro lado, a partir de la identificación de la competencia específica de ordenación del territorio con la planificación de los usos del suelo, el Tribunal Constitucional ha incardinado la aprobación autonómica de **normas sobre espacios naturales protegidos** en la competencia de ordenación del territorio. Concretamente, en la STC 28/1997, de 13 de febrero, se afirma «cabe concluir que las Leyes 1/1984 y 3/1984, de las Islas Baleares, establecen disposiciones normativas típicamente urbanísticas y directamente orientadas a la planificación territorial y a la delimitación de los usos del suelo, por lo que han de encuadrarse en el título relativo a la ordenación del territorio» [FJ 6. B); posteriormente, STC 248/2000, de 19 de octubre, FJ 3]. Bien es cierto que este encuadramiento parece condicionado por el hecho de que al momento de aprobarse ambas leyes la Comunidad Autónoma carecía de competencias normativas sobre medio ambiente. Parece, por consi-

guiente, que estamos en presencia de una solución *ad casum* y no de la elaboración de una doctrina generalizable.

2. Relaciones con competencias estatales: cooperación y prevalencia

Como ya hemos tenido ocasión de comprobar, el Tribunal Constitucional es consciente de que en el ámbito material de la competencia de ordenación del territorio no se incluyen todas las actuaciones de los poderes públicos con incidencia territorial y que afectan a la «política de ordenación del territorio». Pues bien, la yuxtaposición de esas actuaciones y la necesidad de resolver los problemas que sus entrecruzamientos suscitan han dado lugar a un amplio cuerpo de doctrina constitucional cuya exposición pormenorizada escapa a los límites del presente trabajo (para una rigurosa síntesis, FERNÁNDEZ FARRERES, 2005, 198 y ss.).

Por lo que respecta a los títulos de intervención que permanecen en manos del Estado, es oportuno comenzar su enunciación con su «potestad de demanializar» enteras categorías de bienes [SSTC 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 14, y 149/1991, FJ 1. C)]. Obviamente, **la demanialización de dichos bienes condiciona de manera decisiva las facultades autonómicas para la ordenación de sus usos**, si bien no es «la titularidad demanial, sino la competencia que le atribuye el art. 149.1.1, la que fundamenta la legitimidad de todas aquellas normas destinadas a garantizar, en condiciones básicamente iguales, la utilización, pública, libre y gratuita del demanio para los usos comunes y a establecer, correlativamente, el régimen jurídico de aquellos usos u ocupaciones que no lo son» [STC 149/1991, FJ 1. D); igualmente, STC 36/1994, FJ 3]. El Tribunal Constitucional ha reconocido, asimismo, que la competencia sobre bases y coordinación de la planificación general de la economía (art. 149.1.13.ª CE) legitima al Estado para establecer las determinaciones necesarias de la planificación hi-

drológica que afecten al régimen de protección y aprovechamiento del recurso [STC 227/1988, FJ 20.e)], o que la competencia sobre legislación básica de protección ambiental (art. 149.1.23.ª CE) permite limitar la ordenación territorial autonómica [STC 149/1991, FJ 3. D).c)] e, igualmente, introducir instrumentos de planeamiento ecológico, como los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales (STC 306/2000, FJ 7). Por lo demás, el Tribunal Constitucional ha advertido que la competencia autonómica también se ve condicionada «en los supuestos en los que el Estado tiene competencias cuyo ejercicio puede, igualmente, incidir de manera importante sobre el territorio, cual es el caso de las competencias sobre defensa (art. 149.1.4 CE), puertos y aeropuertos (art. 149.1.20 CE), ferrocarriles y transportes terrestres que transcurren por el territorio de más de una Comunidad Autónoma (art. 149.1.21 CE), obras públicas de interés general o cuya realización afecta a más de una Comunidad Autónoma (art. 149.1.24), etcétera» (STC 40/1998, FJ 29).

La concurrencia sobre un mismo espacio territorial de competencias distintas aconseja su integración, para lo cual el Tribunal Constitucional recomienda acudir «en primer lugar, a **fórmulas de cooperación**» (STC 40/1998, FJ 30). Supuesto que los cauces cooperativos no resuelvan el conflicto, «este Tribunal ha señalado que «la decisión corresponderá al titular de **la competencia prevalente**» (STC 77/1984, FJ 3) y que «el Estado no puede verse privado del ejercicio de sus competencias exclusivas por la existencia de una competencia, aunque también sea exclusiva, de una Comunidad Autónoma» (STC 56/1986, FJ 3)» (*ibidem*), puesto que «cuando la Constitución atribuye al Estado una competencia exclusiva lo hace porque bajo la misma subyace —o, al menos, así lo entiende el constituyente— un interés general, interés que debe prevalecer sobre los intereses que puedan tener otras entidades territoriales afectadas, aunque, evidentemente, esto solo será así cuando la competencia se ejerza de manera legítima: es decir, cuando la

concreta medida que se adopte encaje, efectivamente, en el correspondiente título competencial, cuando se haya acudido previamente a cauces cooperativos para escuchar a las entidades afectadas, cuando la competencia autonómica no se limite más de lo necesario, etcétera» (*ibidem*).

En línea directa con el postulado cooperativo, el Tribunal Constitucional, a los efectos de garantizar la integración de esas competencias, ha respaldado activamente **la participación autonómica en las actuaciones estatales con incidencia territorial** (SSTC 40/1998, FJ 34, y 204/2002, de 31 de octubre, FJ 8), al tiempo que ha admitido el condicionamiento de la competencia autonómica mediante la previsión de **informes vinculantes del Estado** (SSTC 40/1998, FJ 38, y STC 204/2002). Se alza, en todo caso, como límite infranqueable a la incidencia estatal en la competencia para la ordenación del territorio la cautela de que el Estado, desde sus ámbitos competenciales, no podrá llevar a cabo «una ordenación de los usos del suelo» (STC 149/1998, FJ 3).

Se resuelven por el criterio de la competencia prevalente los conflictos en torno a la localización de servicios o infraestructuras estatales, como ha sucedido en las SSTC 56/1986, de 13 de mayo (comisaría en el País Vasco) y 191/1994, de 23 de junio (depósitos aduaneros). Finalmente, en la STC 14/2004, de 12 de febrero, la controversia se resuelve rechazando que las directrices territoriales aprobadas por Aragón en materia de centros penitenciarios y depósitos de residuos nucleares fueran ejercicio de la competencia autonómica sobre ordenación del territorio.

3. Ordenación y protección del territorio: *fracking* y almacenamiento geológico de dióxido de carbono.

Diversas leyes autonómicas aprobadas en la presente década han tratado de impedir la utilización del denominado *fracking* o fractura

hidráulica como técnica de investigación y extracción de gas desde el interior de la tierra. Aunque dichas leyes invocaron, entre otros, los títulos competenciales autonómicos sobre ordenación del territorio y del litoral, la doctrina constitucional sentada en las SSTC 106/2014, de 24 de junio, 134/2014, de 22 de julio, 208/2014, de 15 de diciembre, 73/2016, de 14 de abril, y 8/2018, de 25 de enero, descartó la incardinación de la medida controvertida en este título competencial, reconvirtiéndola a la materia «medio ambiente». Partiendo de esta premisa, las diferentes sentencias declararon la inconstitucionalidad de las normas legales autonómicas que prohibían de manera generalizada la utilización de la referida técnica de investigación y extracción de gas (la STC 8/2018 salvó la constitucionalidad de parte de la ley vasca impugnada precisamente porque no contenía una prohibición incondicionada de dicha técnica de prospección).

La Ley 40/2010, de 29 de diciembre, de almacenamiento geológico de dióxido de carbono, fue objeto de tres recursos de inconstitucionalidad interpuestos por los Gobiernos de Aragón, Galicia y Cataluña y resueltos, respectivamente, por las SSTC 165/2016, de 6 de octubre, 182/2016, de 3 de noviembre, y 190/2016, de 15 de noviembre. En particular, esta ley atribuía a la Administración del Estado la competencia para el otorgamiento de concesiones de almacenamiento, acto de gestión de indudable naturaleza ejecutiva que, sin embargo, las mencionadas sentencias transformaron en un acto de gestión de carácter básico, invocando al efecto la existencia de otros actos administrativos básicos... en materia de ordenación del crédito y la banca; singularmente, los actos de ordenación y disciplina bancaria dictados por el Banco de España. La inopinada equiparación entre unos y otros actos y el consiguiente desplazamiento de las competencias territoriales autonómicas fue objeto de crítica en el voto particular que a las dos primeras sentencias formuló la entonces vicepresidenta Adela Asúa Batarrita, con adhesión

del magistrado Juan Antonio Xiol Ríos, autor único del voto de remisión con que cuenta la STC 190/2016.

III. DOCTRINA CONSTITUCIONAL SOBRE URBANISMO

Toda vez que el Tribunal Constitucional se ha decantado por una concepción de la ordenación del territorio como planificación geográfica de las políticas públicas con incidencia territorial, resulta obvio que la jurisprudencia elaborada respecto de la competencia autonómica, su alcance, contenido y límites, son plenamente trasladables al campo del urbanismo. Dicho lo cual interesa detenerse sucintamente en los pronunciamientos específicamente referidos a la materia «urbanismo», para lo cual hemos de partir de la STC 61/1997, de 20 de marzo.

1. Concurrencia competencial en la ordenación urbanística

Según se ha afirmado en la mencionada resolución, «el urbanismo, como sector material susceptible de atribución competencial, alude a **la disciplina jurídica del hecho social o colectivo de los asentamientos de población en el espacio físico**, lo que, en el plano jurídico se traduce en la «ordenación urbanística», como objetivo normativo de las Leyes urbanísticas» [STC 61/1997, FJ 6.a)]. Sentada esta premisa, en ese mismo lugar se indica que «el contenido del urbanismo se traduce en concretas potestades (en cuanto atribuidas o controladas por entes públicos), tales como las referidas al planeamiento, la gestión o ejecución de instrumentos planificadores y la intervención administrativa en las facultades dominicales de uso del suelo y edificación, a cuyo servicio se arbitran técnicas jurídicas concretas; a lo que ha de añadirse la determinación, en lo pertinente, del régimen jurídico del suelo en tanto que soporte de la actividad transformadora que implica la urbanización y edificación».

Con carácter previo al examen de las relaciones existentes entre la competencia autonómica sobre urbanismo y otros títulos estatales parece oportuno reseñar que la jurisprudencia constitucional en la materia ha mostrado especial atención a la concurrencia de diversas instancias públicas en la función de ordenación urbanística. Así, amén de afirmarse que «la competencia legislativa sobre urbanismo permite a las Comunidades Autónomas fijar sus propias políticas de ordenación de la ciudad, y servirse para ello de las técnicas jurídicas que considere más adecuadas» (STC 164/2001, de 11 de julio, FJ 4), se ha destacado que «la decisión sobre la configuración del asentamiento urbano municipal en que consiste el plan urbanístico —marco regulador del espacio físico de la convivencia de los vecinos— es una tarea comprendida prioritariamente en el ámbito de los intereses del municipio», proclamándose en consecuencia «el principio de que **la ordenación urbanística del territorio municipal es tarea que fundamentalmente corresponde al municipio, y que la intervención de otras Administraciones se justifica solo en la medida en que concurren intereses de carácter supramunicipal o controles de legalidad** que, de conformidad con el bloque de la constitucionalidad, se atribuyen a las Administraciones supraordenadas sobre las inferiores» (STC 51/2004, de 12 de abril, FJ 12). Deslinde, por tanto, entre potestad legislativa y de planeamiento, que corresponden, respectivamente, a las Comunidades Autónomas y a los Municipios. Pero incluso en el marco de la primera de dichas potestades, el Tribunal Constitucional ha precisado que, en el caso de los Municipios no integrados en Comunidades Autónomas —**Ceuta y Melilla**—, su titularidad permanece en el Estado: «dado que la ciudad de Ceuta, como se ha repetido, no constituye una Comunidad Autónoma, no posee potestad legislativa; y dado que su territorio no está integrado en una Comunidad Autónoma, que sería la instancia competente para dictar la legislación urbanística, debe concluirse que esa competencia legislativa en materia de urbanismo en la ciu-

dad de Ceuta solo puede corresponder al Estado» (STC 240/2006, de 20 de julio, FJ 11).

2. Incidencia de los títulos competenciales del Estado: arts. 149.1.1.^a y 18.^a CE

Al igual que sucede con la ordenación del territorio, la asunción por las Comunidades Autónomas de la **competencia exclusiva en materia urbanística está llamada a «coexistir con aquellas que el Estado ostenta en virtud del art. 149.1 CE**, cuyo ejercicio puede condicionar, lícitamente, la competencia de las Comunidades Autónomas sobre el mencionado sector material» (STC 61/1997, de 20 de marzo, FJ 5).

En esta misma STC 61/1997 se dedica especial atención a la incidencia que sobre el urbanismo puede tener el ejercicio de la competencia estatal para la fijación de **las «condiciones básicas» del art. 149.1.1.^a CE** y algo menos a las competencias estatales *ex* arts. 149.1.8.^a y 149.1.18.^a CE. Por lo que se refiere al primero de los títulos, sabido es que el Tribunal Constitucional entiende, en positivo, que dichas condiciones básicas «hacen referencia al contenido primario (STC 154/1988) del derecho, a las posiciones jurídicas fundamentales (facultades elementales, límites esenciales, deberes fundamentales, prestaciones básicas, ciertas premisas o presupuestos previos...). En todo caso, las condiciones básicas han de ser las imprescindibles o necesarias para garantizar esa igualdad, que no puede consistir en una igualdad formal absoluta» (FJ 8; a su vez, en el FJ 10 se efectúa una primera proyección de esta competencia estatal sobre el derecho de propiedad urbana y el urbanismo).

La imposibilidad de que el Estado ordene, desde sus ámbitos competenciales, los usos del suelo (STC 149/1998, de 2 de julio, FJ 3) no es óbice para que lleve a cabo su clasificación como premisa para el ejercicio de la competencia atribuida por el art. 149.1.1.^a CE en relación con el derecho de propiedad del

suelo (STC 164/2001, de 11 de julio, FJ 12) y como presupuesto lógico-jurídico para la aplicación del entero sistema de valoraciones [STC 61/1997, FJ 14.b)]. Ateniéndose al esquema legislativo tradicional en la materia, el Tribunal Constitucional ha reconocido que el Estado puede definir, a los efectos del art. 149.1.1.^a CE, **los criterios para la clasificación del suelo** como urbano, en el bien entendido que «estos criterios deben ser los indispensables para esta finalidad, sin llegar a imponer un determinado modelo urbanístico» (STC 164/2001, FJ 13). La misma habilitación se le reconoce respecto de los suelos urbanizable y no urbanizable, en tanto en cuanto representen «criterios mínimos de igualación de todos los propietarios de suelo» (STC 164/2001, FJ 14), y siempre que no impongan a las Comunidades Autónomas «ni cómo ni cuándo el suelo urbanizable debe pasar a ser ciudad» (*loc. cit.*, FJ 15).

También se ha incardinado en la competencia estatal del art. 149.1.1.^a CE **la definición de los deberes de cesión de los propietarios**. Al respecto cabe señalar que el Tribunal Constitucional ha afirmado que la exoneración de tales deberes en suelo urbano consolidado no resulta discriminatoria ni vacía la competencia autonómica sobre urbanismo, pues los criterios de distinción entre suelo urbano consolidado y no consolidado «los establece —en los límites de la realidad— cada Comunidad Autónoma» (STC 164/2001, FJ 20; en idénticos términos, SSTC 54/2002, de 27 de febrero, y 365/2006, de 21 de diciembre). También se encuadra en la competencia del art. 149.1.1.^a CE la fijación de un porcentaje mínimo de aprovechamiento patrimonializable por los propietarios en la medida en que, amén de ese carácter mínimo, no se defina con precisión la base sobre la que se aplica (STC 149/2001, FJ 22); por el contrario, rebasa los límites de dicha competencia el establecimiento de los deberes de cesión, y el correlativo reconocimiento del derecho de aprovechamiento urbanístico, si para ello se hace uso de un «complejo entramado de técnicas urbanísticas» (STC 178/2004, de 21 de octubre).

Finalmente, con respecto a **los criterios de valoración del suelo**, el Tribunal Constitucional ha venido afirmando que su fijación se reconduce tanto a la regla primera como a la decimoctava del art. 149.1 CE, si bien declarando prioritaria la consideración de esta última (SSTC 61/1997, FJ 19, y 164/2001, FJ 34; en la STC 14/2007, de 18 de enero, FJ 6, se prescinde de esa priorización). También se han amparado en el art. 149.1.18.^a CE las normas estatales sobre responsabilidad y expropiaciones urbanísticas, en la medida en que permitan modulaciones por razón de la materia o revistan carácter mínimo o principal y sean «expresión de una garantía expropiatoria general» (STC 164/2001, FF. JJ. 34 y 38).

3. Una gran oportunidad perdida: la STC 143/2017, de 14 de diciembre

La Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, fue impugnada por el Gobierno de Cataluña. El recurso fue resuelto, en sentido parcialmente estimatorio, en la STC 143/2017, de 14 de diciembre. La sentencia, que se presenta esencialmente como una sentencia de reiteración de doctrina, con apenas novedades dogmáticas dignas de ser subrayadas, merece un juicio negativo en dos aspectos.

En primer lugar, la sentencia que nos ocupa parece partir de la premisa de que los derechos y obligaciones concernidos en la competencia estatal que, *ex art.* 149.1.1.^a CE, se proyecta sobre el suelo son, exclusivamente, los de contenidos patrimonial. Por decirlo de otro modo, solo el derecho de propiedad tendría cabida en esta por demás problemática competencia estatal. Se trata de una lectura reduccionista de lo urbanístico que incurre en los defectos que se achacaran en las primeras páginas de este trabajo al tratamiento histórico de la ordenación jurídica de los usos del suelo. Si ese tratamiento histórico —por mejor decir, la visión que de él tuvieron sus contemporáneos— pudo tener alguna explicación y justificación en las circunstancias y limitaciones de

la época, tal excusa absoluta no puede ser ya invocada en la segunda década de esta centuria. El Estado no puede ordenar la ciudad, pero tampoco desentender del espacio urbano como ámbito de ejercicio de muchos derechos constitucionales; sin ir más lejos, la regulación que en la ley estatal controvertida se contenía del informe de edificios incluía una valoración de su accesibilidad, elemento basilar del derecho a una vivienda digna siempre y cuando se supere la lectura patrimonial del art. 47 CE, que, por lo demás, ya nos ha demostrado que conduce a un callejón sin salida y a la frustración de aspiraciones sociales.

Pero es que, además —y esta es la segunda crítica que se hará en esta precipitada lectura de una sentencia que requiere un estudio más sosegado— la STC 143/2017 olvida la perspectiva patrimonial justamente allí donde la Ley 8/2013 mejor acertaba a darle sustantividad: en la definición de las obligaciones de los propietarios en suelo urbano consolidado. La ley venía a cubrir una laguna que aquejaba a nuestro ordenamiento urbanístico al definir, en negativo, el contenido del derecho de propiedad en el suelo urbano consolidado. Si es esta una competencia que corresponde al Estado, conforme ha reconocido el Tribunal desde siempre y consagrado a partir de la STC 61/1997, no se entienden algunos pronunciamientos de inconstitucionalidad que pudieran haberse evitado con una más adecuada comprensión de la empresa acometida por el legislador en 2013.

IV. LA COMPETENCIA SOBRE VIVIENDA: DE LA ACCIÓN DE FOMENTO A LA EXPROPIACIÓN DE USOS HABITACIONALES

La doctrina constitucional en materia de vivienda arranca sustancialmente con la STC 152/1988, de 20 de julio, que presta particular atención a la acción autonómica de fomento. En esta resolución se afirma que la competencia autonómica faculta a las Comunidades Autónomas «para desarrollar una política propia en dicha materia, incluido el fomento y promoción de la construc-

ción de viviendas, que es, en buena medida, el tipo de actuaciones públicas mediante las que se concreta el desarrollo de aquella política» (FJ 2). En el bien entendido que dicha competencia autonómica «se halla limitada por las competencias del Estado sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica y sobre las bases de la ordenación del crédito» (FJ 2). Y sin perjuicio de constatar que «la política de vivienda, junto a su dimensión estrictamente económica, debe tener un señalado acento social» (FJ 2).

Más recientemente, el Tribunal Constitucional ha debido pronunciarse sobre la validez de diversas leyes autonómicas que, saliendo al paso de alguna de las consecuencias indeseables de la crisis económica recientemente padecida (supuesto que pueda haber consecuencias deseables de una crisis económica), adoptaron medidas de aseguramiento del uso y disfrute de la vivienda a las personas en situación «de emergencia social». Se trata de

las SSTC 16/2018, de 22 de febrero (Ley Foral 24/2013, de 2 de julio, de medidas urgentes para garantizar el derecho a la vivienda en Navarra); 32/2018, de 12 de abril (Ley del Parlamento de Andalucía 4/2013, de 1 de octubre, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda), y 43/2018, de 26 de abril. Si bien es cierto que estas sentencias declararon la nulidad de los preceptos legales autonómicos que declaraban el interés social de la expropiación del uso de viviendas en favor de personas en situación «de emergencia social», también lo es que reconocieron la facultad de las Comunidades Autónomas para participar activamente en la definición de la función social del derecho de propiedad, que es tanto como reconocer su capacidad de intervenir en la delimitación del contenido de tal derecho constitucional. Todas estas sentencias son en gran medida tributarias de la doctrina sentada en la STC 37/1987, de 26 de marzo, en relación con la Ley de Reforma Agraria andaluza de 1984.

BIBLIOGRAFÍA

BARNÉS VÁZQUEZ, J., *Distribución de competencias en materia de urbanismo: Estado, Comunidades Autónomas, Entes Locales*, Bosch, Barcelona, 2002.

FERNÁNDEZ FARRERES, G., *La contribución del Tribunal Constitucional al Estado autonómico*, Iustel, Madrid, 2005, págs. 198 y ss.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., «Competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia urbanística», en AA. VV., *Ordenamientos urbanísticos. Valoración crítica y perspectivas de futuro*, Marcial Pons, Madrid, 1998, págs. 87 y ss.

LÓPEZ RAMÓN, F., *Estudios jurídicos sobre ordenación del territorio*, Aranzadi, Pamplona, 1995.

— *Introducción al Derecho urbanístico*, 2.^a ed., Marcial Pons, Madrid, 2005.

MUÑOZ MACHADO, S., «El territorio como ámbito de ejercicio de las competencias», en AA. VV., *Territorio y autonomía. El alcance territorial de las competencias autonómicas*, IEA, Barcelona, 2006, págs. 11 y ss.

PAREJO ALFONSO, L., *La ordenación urbanística. El período 1956-1975*, Montecorvo, Madrid, 1979.

PÉREZ ANDRÉS, A. A., *La ordenación del territorio en el Estado de las autonomías*, Marcial Pons, Madrid, 1998.

ARTÍCULO 148.1.4.^a

4.^a Las obras públicas de interés de la Comunidad Autónoma en su propio territorio.

JULIO V. GONZÁLEZ GARCÍA

PROFESOR TITULAR DE DERECHO ADMINISTRATIVO
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

Una de las políticas más características del poder público es el de la realización de obras públicas. La distribución de competencias a favor de las Comunidades Autónomas contiene la habilitación para que asuman competencias en esta materia, lo que se efectúa a través de una norma general, esta que se analiza en este momento; a la que hay que complementar con las específicas relativas a ferrocarril, carreteras, puertos y aeropuertos que se contiene en los siguientes números del art. 148.1. La concreción del territorio autonómico no es más que la concreción de un principio general de que las competencias de la Comunidad Autónoma no se extienden fuera de su ámbito territorial, tal como reconoció, entre otras, la STC 132/1996. No obstante, ello no significa que toda obra pública de alcance territorial intraautonómico tenga que ser necesariamente de titularidad de una Comunidad Autónoma, ya que, si afecta primordialmente a los intereses generales, será el Estado el competente, tal como se señaló, en relación con las obras hidráulicas de cuenca intraautonómica, en la STC 227/1988.

En todo caso, resulta necesario destacar que, por la especial significación que siempre han tenido las obras públicas desde la perspectiva de la acción pública, todos los Estatutos de Autonomía configuraron competencias en relación con aquellas obras que estuvieran más vinculadas con el ámbito de interés autonómico; lo que se hizo en un pri-

mer momento a través de un doble modelo: mientras que las tres primeras Comunidades Autónomas asumieron competencias en todas las infraestructuras que no sean de competencia del Estado; el resto de los Estatutos siguen el criterio contenido en el Estatuto de Autonomía de Andalucía, que restringe el alcance de la competencia autonómica al prever, en su art. 13.9, que son de competencia de la Junta de Andalucía «las obras públicas de interés para la Comunidad Autónoma de Andalucía cuya realización no afecte a otra Comunidad Autónoma, y siempre que no tenga la calificación legal de interés general del Estado».

Ahora bien, para un adecuado entendimiento del alcance de esta competencia y, sobre todo, de su relación con la competencia equivalente que tiene el Estado en relación con las obras públicas, reconocida de forma general en el art. 149.1.24.^a, me remito a su comentario. Sí conviene recordar dos aspectos de relación de las competencias autonómicas en materia de obras públicas con las competencias de otros entes públicos, Estado y Entidades Locales: la competencia para la determinación de una determinada infraestructura como de interés general es, en primer lugar, del Estado —con independencia de que a través de los mecanismos de cooperación interadministrativa se pudieran concretar las condiciones en las que una infraestructura autonómica pase a ser de competencia esta-

tal—. Y, en segundo lugar, el ejercicio de esta competencia autonómica en materia de obras públicas ha de tener presente la existencia de un núcleo de competencias locales, que abre paso a las obras de tal carácter, que de acuer-

do con el art. 89 del Texto Refundido de Régimen Local, «las obras municipales podrán ser de urbanización u ordinarias», añadiendo que «las primeras se rigen por la legislación urbanística».

ARTÍCULO 148.1.5.^a

5.^a Los ferrocarriles y carreteras cuyo itinerario se desarrolle íntegramente en el territorio de la Comunidad Autónoma y, en los mismos términos, el transporte desarrollado por estos medios o por cable.

Sumario: I. Competencias autonómicas en materia de carreteras. II. Competencias en materia de ferrocarriles.

JULIO V. GONZÁLEZ GARCÍA

PROFESOR TITULAR DE DERECHO ADMINISTRATIVO
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

I. COMPETENCIAS AUTONÓMICAS EN MATERIA DE CARRETERAS

La distribución de competencias en materia de carreteras está mediatizada por la conjunción de dos elementos: el territorio y el interés. La regla que se comenta en este momento —es claro— recoge uno solo de ellos, pero si se efectúa, como parece pertinente, una interpretación integrada con el art. 149.1.24, aparecen claramente los dos elementos. De hecho, la lectura de los Estatutos de Autonomía conduce precisamente a esta conclusión, que, por su flexibilidad, está muy apegada a la realidad.

De hecho, se puede afirmar que la regla del art. 148.1.5.^a es de menor aplicabilidad que la del art. 149.1.24.^a, tal como se deduce de la propia jurisprudencia constitucional. Recordemos que en la STC 65/1998 uno de los puntos de discusión fue precisamente la posibilidad de que hubiera carreteras que transcurran íntegramente por el territorio de una Comunidad Autónoma y que sin embargo fueran de competencia estatal. La respuesta que dio el Tribunal, aceptando dicha posibilidad, hace prevalecer el criterio del interés sobre el propiamente territorial, lo cual resulta en

buena medida más acertado teniendo en cuenta la función económico-social de este tipo de vías.

La funcionalidad de esta regla afecta, en consecuencia, a las exigencias que se imponen al Estado para catalogar una carretera intraautonómica como estatal. Será solo de forma excepcional y siempre y cuando la valoración del interés prevalente —que deberá exteriorizarse en la motivación del acto— imponga tal conclusión. Es, por ello, una cláusula preventiva que delimita el criterio del interés.

De la misma forma, tal como ha señalado el Tribunal Constitucional, la interautonomía de una vía tampoco es suficiente para que sea de competencia estatal: el Tribunal Constitucional también ha destacado que «la simple circunstancia de que el itinerario de una carretera atravesase más de una Comunidad Autónoma no determina por sí sola la incorporación de la misma a la Red de Carreteras del Estado». Será de nuevo la presencia del interés prevalente derivado de la naturaleza de la vía, de su función económico-social lo que determinará cuál es la autoridad competente, la estatal o la autonómica.

II. COMPETENCIAS EN MATERIA DE FERROCARRILES

A diferencia de lo ocurrido con las carreteras, en donde sí ha existido cierta conflictividad competencial, en materia de ferrocarriles la situación ha resultado mucho más pacífica, a pesar de que las reglas de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas no son de lo más acertado.

En virtud de este precepto se consideran que pueden ser de competencia autonómica —siempre que su Estatuto de Autonomía así lo prevea, y no todos lo hacen— aquellas infraestructuras y, en consecuencia, aquellos servicios ferroviarios que transcurran en su integridad en el territorio de una Comunidad Autónoma y que no hayan sido configurados por el Estado como de interés general.

ARTÍCULO 148.1.6.^a

6.^a *Los puertos de refugio, los puertos y aeropuertos deportivos y, en general, los que no desarrollen actividades comerciales.*

Sumario: I. Competencias autonómicas en materia de puertos. II. Competencias autonómicas en materia de aeropuertos.

JULIO V. GONZÁLEZ GARCÍA

PROFESOR TITULAR DE DERECHO ADMINISTRATIVO
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

I. COMPETENCIAS AUTONÓMICAS EN MATERIA DE PUERTOS

El art. 148.1.6.^a de la Constitución marca la posibilidad de que las Comunidades Autónomas dispongan de un ámbito propio de competencias en materia de puertos, lo cual ha servido, incluso, para que se haya exigido por parte del Tribunal Constitucional una definición ajustada de los elementos que componen las infraestructuras portuarias, de tal manera que se pudiera materializar la competencia comentada. Por lo demás, todos los Estatutos de Autonomía han ido asumiendo competencias en materia de puertos, en los ámbitos que no están reservados al Estado, en virtud de la regla de que este los haya declarado de interés general. De hecho, la pérdida de la condición de interés general comportará el cambio de su titularidad a favor de la Comunidad Autónoma en cuyo territorio se ubique, siempre que esta haya asumido las competencias necesarias para ostentar dicha titularidad, tal como dispone la Ley de Puertos.

La competencia autonómica sobre los puertos no comerciales se ha de entender íntegra, en el sentido de que, tal como indicó la STC 40/1998: «la mera clasificación de los puertos en comerciales y no comerciales no implica invasión competencial alguna ni tiene por

qué suponer, como sostiene el recurrente, la extensión a los puertos autonómicos de la definición y los requisitos de los puertos marítimos contenidos en los aps. 1 y 2 del art. 2 de la Ley; más bien, esta clasificación, interpretada de acuerdo con el art. 148.1.6.^a CE, y con arreglo a lo que se dirá más adelante, debe entenderse dirigida a delimitar la competencia del Estado, en la medida en que de ella pueden quedar fuera los puertos no comerciales».

Si algo se puede destacar de las últimas reformas estatutarias es precisamente el aumento de las competencias autonómicas en materia de puertos, ya sea asumiendo la gestión de los que sean de interés general cuando el Estado no haya reservado la gestión directa —arts. 33.13 EA Canarias; 12.12 EA Asturias; 51.2 EA Valencia; 64.2 EA Andalucía; 32.1.5 EA Baleares—, la posibilidad de participar en la gestión de los puertos del Estado, en el marco de las posibilidades que reconozca la legislación del Estado —arts. 140.3 EA Cataluña y 64.5 EA Andalucía—, lo cual contravendría aparentemente lo indicado en la STC 77/1984 de que «la competencia exclusiva del Estado sobre puertos de interés general tiene por objeto la propia realidad del puerto y la actividad relativa al mismo»; ha asumido competencias de emisión de informe previo a la categori-

rización de un puerto como de interés general —arts. 140.4 EA Cataluña y 64.5 EA Andalucía—; la participación en la planificación y la programación de puertos de interés general en los términos que determine la normativa estatal —arts. 140.4 EA Cataluña y 64.6 EA Andalucía—. A ellas habría que añadir las competencias de desarrollo legislativo y ejecución en materia de puertos pesqueros que han asumido los Estatutos gallego y andaluz —arts. 28.6 EA Galicia y 48.4 EA Andalucía—.

II. COMPETENCIAS AUTONÓMICAS EN MATERIA DE AEROPUERTOS

En materia de aeropuertos las competencias de las Comunidades Autónomas han ido en una doble dirección. Por un lado, hay un conjunto amplio de Estatutos de Autonomía que han previsto la posibilidad de participar en las competencias de gestión en los aeropuertos de interés general que no hayan sido asumidas en su integridad por el Estado, el cual lo va a materializar en aquellos que tengan un tráfico de

pasajeros especialmente voluminoso. Lo cual se materializa, de acuerdo con la STC 203/2003, en relación con aquellos servicios que, sin ser estrictamente aeronáuticos, «puedan tener incidencia en ellos y que, por el volumen del tráfico del aeropuerto de que se trate, se declaren imprescindibles para su buen funcionamiento», así como a las actividades que se realicen en el recinto aeroportuario y que tengan trascendencia para la explotación económica del aeropuerto (arts. 4 y 5 del Real Decreto 858/1998), «al no incidir sobre el ejercicio de funciones de soberanía y derecho» (FJ 6.º). En todo caso, por la estructura del funcionamiento aeroportuario, en el que hay una exigencia de unidad funcional, estas previsiones no impedirían la articulación de estructuras de funcionamiento conjunto.

En segundo lugar, se ha reconocido competencias a las Comunidades Autónomas en relación con los aeropuertos en los que no se realicen actividades comerciales, fuera, claro es, de aquellos que están afectos a la defensa, que tienen su regla competencial específica.

ARTÍCULO 148.1.7.^a

7.^a La agricultura y ganadería, de acuerdo con la ordenación general de la economía.

Sumario: I. Introducción II. La evolución del Estado autonómico. 1. El Estado autonómico unitario. 2. La fase de autogobierno. 3. La recentralización del Estado autonómico. III. La incidencia del Derecho de la Unión Europea.

JUAN ANTONIO UREÑA SALCEDO

PROFESOR TITULAR DE DERECHO ADMINISTRATIVO
UNIVERSIDAD DE VALENCIA

I. INTRODUCCIÓN

La autonomía, el autogobierno, la autarquía y la descentralización son debates del Derecho público de los últimos siglos. Esta distribución del poder, asunto al que remite el art. 148.1.7.^a, es todavía hoy en España uno de los asuntos jurídicos más complejos y delicados que existen.

Los Estados, como sostuviese ABELLA, a finales del s. XIX, DUGUIT o KELSEN, son como seres vivos, siempre están en constante transformación. La prueba de ello es que nuestro Estado autonómico ya ha atravesado diversas fases. Pasamos del Estado autonómico unitario a una etapa de mayor autogobierno, hasta entrar estos últimos años en una fase de recentralización, en que ha aparecido un nuevo canon de constitucionalidad y se ha descubierto la utilidad de determinados títulos competenciales en manos del Estado para intervenir en materias de clara vocación autonómica, reforzando así la posición estatal (UREÑA SALCEDO, 2016, 1355).

Esta **evolución del Estado autonómico**, que permitiría sostener la mutación constitucional, la **transformación no formalizada**

de la Constitución, también puede advertirse en la doctrina del Tribunal Constitucional referida al art. 148.1.7.^a, como veremos seguidamente. Nótese, antes de entrar en el fondo del asunto, que en nuestra opinión esta evolución constante de los Estados plantea la posibilidad de mejorar la distribución del poder, pero, a su vez, exige reconocer la imposibilidad, teórica y práctica, de cerrar definitivamente dicho debate.

II. LA EVOLUCIÓN DEL ESTADO AUTONÓMICO

El Estado autonómico ha atravesado diversas etapas. Cabría discutir los contornos temporales de las diversas fases, pues siempre pueden encontrarse excepciones por razón de la materia, pero en ningún caso puede ponerse en duda la evolución sufrida.

1. El Estado autonómico unitario

La primera fase atravesada por el Estado autonómico, parafraseando a HESSE, fue la del Estado autonómico unitario. La explicación es bien sencilla. Las Comunidades Autóno-

mas no pudieron construir una Administración a imagen y semejanza de la del Estado de un día para otro, como tampoco pudieron ejercer todas las competencias legislativas y ejecutivas que la Constitución les confería de forma inmediata.

El Alto Tribunal, en esta primera etapa, avaló la **interpretación extensiva del termino bases y legislación básica** del art. 149.1 (SSTC 1/1982, de 28 de enero; 49/1988, de 22 de marzo, o 96/1996, de 30 de mayo), también permitió la utilización del **principio de supletoriedad** del art. 149.3 prácticamente como una **cláusula universal atributiva de competencias** (SSTC 5/1981 y 69/1982). Por si lo anterior fuera poco, tanto la doctrina como el Tribunal Constitucional reconocieron la existencia del **principio de unidad del orden económico** que, pese a no estar reconocido expresamente en la Norma Fundamental, se dedujo de la compleja estructura territorial del Estado.

Se dijo que la unidad del orden económico nacional, que se ha relacionado, entre otros, con los arts. 2, 38, 40, 130.1, 131.1 y 138 de la Constitución, era «un presupuesto necesario para que el reparto de competencias entre el Estado y las distintas Comunidades Autónomas en materias económicas no conduzca a resultados disfuncionales y desintegradores» (STC 1/1982, de 28 de enero; aunque también pueden verse, entre muchas otras, las SSTC 11/1984, de 2 de febrero, y 24/1986, de 14 de febrero). Este principio, hay que insistir en ello, como ocurrió en otros países con el principio de uniformidad de las condiciones de vida (BAÑO LEÓN, 40), jugaba como un límite a las competencias autonómicas (STC 71/1982, de 30 de noviembre).

2. La fase de autogobierno

El Tribunal Constitucional, en esta segunda etapa del Estado autonómico, **rectificó la interpretación del principio de supletoriedad** (que se apuntaba en la STC 15/1989, pero

se confirmaría con las SSTC 118/1996, de 27 de junio, y 61/1997), y **amplió el ámbito competencial de las Comunidades Autónomas**.

Siempre ha sido un lugar común entre la doctrina científica y la del Alto Tribunal afirmar que el Estado autonómico no admite la rigurosa uniformidad del ordenamiento, que las diferencias en el régimen jurídico son el resultado del legítimo ejercicio de la autonomía política. Esto es, la intensa intervención estatal en todos los sectores de la economía, también en los que aquí están analizándose, no debía vaciar de contenido las competencias autonómicas. Así se reconoció desde el primer momento por el Tribunal Constitucional, que afirmó que las CC. AA., como puede leerse en la STC 14/1989, de 26 de enero, son competentes para «adoptar, dentro del marco de esas directrices generales, todas aquellas medidas que no resulten contrarias a las mismas, sino complementarias, concurrentes o neutras, de tal forma que, estando encaminadas a mejorar las estructuras de la agricultura y ganadería propias, no supongan interferencia negativa o distorsión de la ordenación general establecida por el Estado, sino más bien que sean coadyuvantes o inocuas para esta ordenación estatal». El Alto Tribunal mantuvo que, respetando el común denominador normativo, «**cada Comunidad, en defensa del propio interés general, podrá establecer las peculiaridades que le convengan dentro del marco de competencias que la Constitución y su Estatuto le hayan atribuido sobre aquella misma materia**» (SSTC 1/1982, de 28 de enero; 48 y 49/1988, de 22 de marzo, y 235/1999, de 16 de diciembre).

En esta fase de mayor autogobierno se admitió que las Comunidades Autónomas, por ejemplo, podían elaborar políticas de modernización de su agricultura, atendiendo a sus peculiaridades y con su propia financiación (STC 128/1999, de 1 de julio). El ámbito autonómico fue incrementándose con el paso de los años. Y ello, probablemente, tanto por la toma de conciencia de las Comunidades Autónomas de sus propias competencias, como

por la decisión del legislador estatal y por la evolución de la doctrina constitucional. Veamos esta última circunstancia, a través del ejemplo de la actividad de fomento, con algo más de detalle.

En materia de subvenciones fue en las SSTC 45/2001, de 15 de febrero, y 95/2001, de 5 de abril, donde se confirmó que si bien en un primer momento pudo haber sido necesario retener en el Estado la posibilidad de asignar a cada productor la cantidad de referencia correspondiente —que en este momento, desarrollada progresivamente la ordenación de la actividad del sector—, resulta aplicable a la actividad ejecutiva de las Comunidades Autónomas la misma necesidad de territorialización que hemos subrayado en materia de subvenciones [SSTC 13/1992, FJ 8.b); 16/1996, FJ 2, y 68/1996, FJ 9)].

Esta dirección, más respetuosa con las competencias autonómicas, también fue la adoptada por el legislador estatal (como puede comprobarse en la Ley 45/2007, de 13 de diciembre, para el desarrollo sostenible del medio rural, o en el Real Decreto 864/2008, de 23 de mayo, sobre fondos y programas operativos de las organizaciones de productores de frutas y hortalizas). Y es la que consagraron los nuevos Estatutos de Autonomía. Más reciente, tanto que sirve de enlace con la fase de recentralización del Estado autonómico, es la STC 99/2012, de 8 de mayo, que resuelve un conflicto positivo de competencia en relación con el Real Decreto por el que se establecía la normativa básica de fomento de las inversiones para la mejora de las condiciones de transformación y comercialización de los productos agrarios, silvícolas y de la alimentación. Allí, tras recordar la doctrina del Tribunal que permite que el Estado regule las condiciones de otorgamiento de las «ayudas hasta donde lo permita su competencia general básica o de coordinación», considera perfectamente constitucional que el Estado establezca criterios básicos para todo el territorio nacional que se refieran al apoyo financiero estatal a este tipo de programas. No se apre-

cia vaciamiento alguno de las competencias autonómicas en la materia ni tan siquiera admite reproche alguno ante el hecho de que la normativa estatal tenga carácter reglamentario y no legal, pues aspectos básicos de una determinada materia pueden venir «establecidos por normas de rango reglamentario cuando resulten complemento necesario para garantizar el fin al que responde la competencia estatal sobre bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica». Ya estábamos en la tercera fase vivida por nuestro Estado durante estos últimos 40 años.

3. La recentralización del Estado autonómico

A las causas de la recentralización del Estado y a su fundamentación jurídica, con la aparición de un nuevo canon de constitucionalidad y el descubrimiento de las nuevas utilidades de algunos de los títulos competenciales en manos del Estado, nos hemos referido con cierto detalle en otro lugar (UREÑA SALCEDO, 2016, 1362-1368). En los comentarios a este mismo precepto en su primera edición recordamos que el Tribunal Constitucional, en materias económicas, como la agricultura y la ganadería, siempre ha sostenido la concurrencia competencial, ha defendido la imposibilidad de los compartimentos estancos. Las materias de competencia autonómica no pueden estar radicalmente aisladas de otras reservadas al Estado. En dichos comentarios, en esa misma línea, recordábamos que **el Estado ostenta diversos títulos competenciales que le permiten intervenir en la agricultura y en la ganadería**, como son, por ejemplo, la **competencia básica sobre medio ambiente** (art. 149.1.23.^a), **las bases y coordinación general de la sanidad** (art. 149.1.16.^a), **o las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas** (art. 149.1.18.^a), entre otros.

La competencia del Estado para aprobar **la legislación básica sobre protección del**

medio ambiente, conforme a la STC 102/1995, de 26 de junio, **tiene carácter transversal** y puede incidir en las competencias autonómicas sobre agricultura y ganadería. Las bases y coordinación general de la sanidad, como hicimos notar, había sido un título discutido en ocasiones (STC 80/1985, de 4 de julio, sobre la lucha contra la processionaria del pino, donde se sostuvo que la regulación de las actividades de lucha contra las plagas vegetales no era materia de sanidad, sino contenido inherente a la competencia sobre agricultura), pero en otros supuestos, por ejemplo en la STC 252/1988, de 20 de diciembre, se había declarado constitucional la competencia del Estado para conceder la autorización a las empresas e instalaciones que pretendiesen participar en el comercio con Estados miembros de la Unión Europea en el sector cárnico. Sobre las competencias estatales en materia de sanidad que inciden en materia agrícola o ganadera también remitíamos, entre otras, a la STC 67/1996, de 18 de abril, sobre sustancias y productos que intervienen en la alimentación animal. Otro título competencial que puede afectar el ejercicio de las competencias autonómicas sobre agricultura y ganadería es el art. 149.1.18.^a, por ejemplo en relación con las Cámaras Agrarias (STC 22/1999, de 25 de febrero), y las Cofradías de Pescadores (SSTC 147/1998, de 7 de julio, y 9/2001, de 18 de enero).

También en aquellos comentarios destacábamos **la especial relevancia en estas materias del art. 149.1.13.^a** Recordábamos que el Estado tiene la «facultad para regular o incluso adoptar las medidas necesarias a fin de integrar la agricultura de la Comunidad Autónoma en la política económica general, a cuyo efecto puede determinar las bases a que ha de atenerse» la Comunidad Autónoma (STC 80/1985, de 4 de julio). Apuntábamos que en relación con la agricultura el Alto Tribunal había sostenido que «corresponde al Estado, en virtud de su competencia de ordenación general de la economía, establecer las directrices globales de ordenación y regulación del mercado agropecuario nacional y,

entre ellas, las que definan la política general de precios y abastecimientos, así como las que dispongan la orientación que debe presidir las medidas de intervención dirigidas a lograr la estabilización de dicho mercado, quedando reservada a la Comunidad Autónoma la competencia para adoptar, dentro del marco de esas directrices generales, todas aquellas medidas que no resulten contrarias a las mismas, sino complementarias, concurrentes o neutras, de tal forma que, estando encaminadas a mejorar las estructuras de la agricultura y ganadería propias, no supongan interferencia negativa o distorsión de la ordenación general establecida por el Estado, sino más bien que sean coadyuvantes o inocuas para esta ordenación estatal» (STC 14/1989, de 26 de enero). En alguna ocasión, además, se ha reconocido como competencia estatal establecer «un programa nacional de ordenación y mejora de las explotaciones ganaderas extensivas» (STC 145/1989, de 21 de septiembre), y aprobar el «marco normativo sobre mejoras de las estructuras agrarias» (STC 129/1999, de 1 de julio). Para el Tribunal Constitucional, este título era suficiente para reconocer al Estado la competencia para regular las medidas de fomento integradas en la política agrícola común europea (entre muchas otras, SSTC 29/1994, de 27 de enero; 213/1994, de 14 de julio, y 128/1999, de 1 de julio).

Ha sido precisamente **el título competencial del art. 149.1.13.^a** el que **ha cobrado mayor relevancia en esta fase de recentralización del Estado**, en que el Tribunal Constitucional ha confirmado importantes potestades normativas y ejecutivas estatales en relación con la agricultura y la ganadería. Son más que abundantes las SSTC que acuden al art. 149.1.13.^a para justificar la intervención del Estado en estas materias.

En la STC 207/2011, de 20 de diciembre, como antes en la STC 158/2011, de 19 de octubre, se confirma la constitucionalidad de la norma reglamentaria estatal sobre la ordenación de las explotaciones porcinas para todo el terri-

torio estatal. Allí puede leerse que «conforme al criterio recogido en el Estatuto de Autonomía de Aragón de 2007 e igualmente destacado por nuestra doctrina, las competencias autonómicas no pueden dejar de atemperarse, según prevé el propio Estatuto de Autonomía, a la disciplina establecida por el Estado en el ejercicio de sus competencias propias. En lo que a esto último respecta, hemos dejado sentado en el mencionado FJ 8 de la STC 158/2011 **que la competencia estatal del art. 149.1.13.^a se proyecta sobre los diversos sectores económicos**, siendo ello aplicable al terreno de la ganadería, que tiene una relación reconocida y expresa con la política económica general (STC 145/1989), lo que pone de manifiesto tanto el carácter material y formalmente básico del establecimiento por la norma estatal de los criterios de ordenación de las explotaciones porcinas para todo el territorio nacional y, por tanto, de la definición de las mismas atendiendo a su capacidad productiva. Igualmente precisamos que la previa existencia de normativa autonómica en esta materia no invalida el carácter básico de este último en el extremo examinado, con las consecuencias correspondientes para las normas de todas las Comunidades Autónomas en cuanto a su necesaria adaptación a la nueva legislación básica».

En la STC 11/2015, de 5 de febrero, se desestima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto frente a un artículo de la Ley estatal sobre titularidad compartida de las explotaciones agrarias que imponía la creación de un registro autonómico. Se recuerda aquí que «este Tribunal ha sostenido que **la competencia estatal sobre las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica comprende no solo la ordenación del conjunto de la economía, sino también la ordenación de cada sector o subsector de la actividad económica**. En este sentido, hemos afirmado que la competencia estatal *ex art. 149.1.13.^a* **tiene un carácter transversal**, ya que aun existiendo una competencia sobre un subsector

económico que una Comunidad Autónoma ha asumido como exclusiva en su Estatuto... esta atribución competencial no excluye la competencia estatal para establecer las bases y la coordinación de este subsector, y que el ejercicio autonómico de esta competencia exclusiva puede estar condicionado por medidas estatales, que en ejercicio de una competencia propia y diferenciada pueden desplegarse autónomamente sobre diversos campos o materias, siempre que el fin perseguido responda efectivamente a un objetivo de planificación económica (últimamente en la STC 74/2014, de 8 de mayo, FJ 3). Más en concreto, hemos tenido ocasión de afirmar que el sector de la agricultura y la ganadería es de aquellos que por su importancia toleran la fijación de líneas directrices y criterios globales de ordenación, así como previsiones de acciones o medidas singulares que sean necesarias para alcanzar los fines propuestos dentro de la ordenación de cada sector, destacando que en materia de agricultura y ganadería, siendo la competencia específica de las Comunidades Autónomas... el Estado puede intervenir en virtud de sus competencias generales sobre la ordenación general de la economía».

En la STC 85/2015, de 30 de abril, aunque se declara la inconstitucionalidad de algunos artículos donde se atribuía al Estado el ejercicio de determinadas funciones ejecutivas, se confirma la constitucionalidad del resto de preceptos de la ley estatal de fomento de la integración de cooperativas y de otras entidades asociativas de carácter agroalimentario, recordando la doctrina del propio Tribunal sobre el carácter transversal de la competencia del art. 149.1.13.^a de la STC 11/2015, de 5 de febrero, y afirmando que **la competencia de este título «ampara todas las normas y actuaciones, sea cual sea su naturaleza, orientadas al logro de los fines de ordenación del sector al que se refiera»**. El art. 149.1.13.^a dice el Tribunal Constitucional, **«puede en determinados casos justificar la reserva de funciones ejecutivas al Estado y también permitir el uso de la su-**

prateritorialidad como título atributivo de competencias al Estado». Recuerda, eso sí, que «para que dicho supuesto pueda ser considerado conforme al orden competencial han de cumplirse dos condiciones: que resulte preciso que la actuación de que se trate quede reservada al Estado para garantizar así el cumplimiento de la finalidad de ordenación económica que se persigue, la cual no podría conseguirse sin dicha reserva, y, por otro lado, que el uso del criterio supraterritorial resulte justificado en los términos de nuestra doctrina, esto es, atendiendo tanto a las razones aportadas como a la congruencia de la reserva de la función con el régimen de la norma». Insiste, en fin, en que ya se ha «establecido que la centralización estatal de determinadas funciones ejecutivas tan solo, y de forma excepcional, sería válida cuando se acreditara que se convierte en la única vía posible para alcanzar la finalidad de una ley dictada al amparo de un título competencial legítimo». Reconoce que el Estado puede crear un Registro, pero, al tratarse de un ámbito en el que no ostenta competencias ejecutivas, ha de aceptar las propuestas de inscripción que le formulen las Comunidades Autónomas, sin que los órganos de la Administración general del Estado puedan asumir otras funciones ejecutivas que la mencionada inscripción, a partir de la información suministrada por las Comunidades Autónomas».

En la STC 66/2017, de 25 de mayo, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad planteado en relación con diversos preceptos de la ley estatal de medidas para la mejora del funcionamiento de la cadena alimentaria, se recuerda que en la STC 34/2013, de 14 de febrero, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad contra una disposición de la ley estatal de la viña y del vino, ya se decía que el Tribunal Constitucional llevaba muchos años manteniendo que «las bases de la planificación general de la actividad económica consisten en el establecimiento de las normas estatales que fijen las líneas directrices y los criterios globales de ordenación de sectores económicos concretos, así como las previsiones de

acciones o medidas singulares que sean necesarias para alcanzar los fines propuestos dentro de la ordenación de cada sector (STC 135/2012, de 19 de junio), admitiendo así que esta competencia ampara todas las normas y actuaciones, sea cual sea su naturaleza, orientadas al logro de tales fines, entre los que la doctrina constitucional ha situado el de garantizar el mantenimiento de la unidad de mercado o de la unidad económica, pero también el de alcanzar los objetivos de la política económica general o sectorial». Un poco más adelante insiste en el carácter transversal de esta competencia, al que ya se había referido en la STC 85/2015, y en todo caso la necesidad de un «equilibrio entre los diferentes sujetos constitucionales en presencia, que deberán repartirse facultades sin en ningún caso anular a los otros y teniendo siempre presente la necesidad de cooperación entre ellos». También acude a la STC 85/2015 para recordar la doctrina de la supraterritorialidad como criterio de atribución de competencias al Estado, pudiendo justificar que la legislación básica pueda «ir más allá de la actividad puramente normativa», esto es, que se admitirán potestades ejecutivas al Estado pese a que la Constitución únicamente le reconoce competencia legislativa básica si no es posible el fraccionamiento de la actuación. Dicho en los términos del propio Tribunal «el contenido normativo de lo básico en esta materia no significa la exclusión de otro tipo de actuaciones que exijan la intervención estatal». El Estado, como se dijo en la STC 108/2014, puede «reservarse competencias ejecutivas para la aplicación singular de la legislación básica». También recuerda, en fin, que el Alto Tribunal ha afirmado que «no solo la normación, sino todas las actividades ejecutivas que determinen la configuración real del mercado único de ámbito nacional habrán de atribuirse al Estado, al que corresponderán, por lo tanto, las actuaciones ejecutivas en relación con aquellas prácticas que puedan alterar la libre competencia en un ámbito supracomunitario o en el conjunto del mercado nacional, aunque tales actos ejecutivos hayan de realizarse en el territorio de cualquiera de las Co-

munidades Autónomas». Sobre la Ley estatal para la defensa de la calidad alimentaria, en fin, pueden verse las SSTC 142/2016 y 186/2016, de 3 de noviembre.

La recentralización del Estado autonómico nos parece imposible de rebatir jurídicamente. Ni tan siquiera sirve que puedan encontrarse resoluciones del Alto Tribunal, como la STC 6/2014, de 27 de enero, que declara inconstitucional la regulación de un logotipo por el Estado para el etiquetado de la leche y los productos lácteos que, además, tiene carácter voluntario para las empresas. El Tribunal Constitucional consideró que, en este caso, la regulación estatal no cumplía las condiciones que el propio Tribunal ha impuesto para el ejercicio del título horizontal del art. 149.13, esto es, que la norma estatal incida sobre la actividad económica de forma directa y significativa, que la medida adoptada por el Estado tenga una trascendencia general en el sector de que se trate, y en tercer lugar que la norma estatal sea materialmente básica (aunque puedan tener ese carácter, ya lo hemos dicho varias veces, las medidas singulares necesarias para alcanzar los fines propuestos dentro de la ordenación de cada sector). Mantuvo allí, me interesa subrayarlo, que «cuando la competencia autonómica que se enfrenta a la ordenación general de la economía es exclusiva —como sucede en el presente caso—, la jurisprudencia constitucional exige contención a la tendencia expansiva de las decisiones económicas del Estado, admitiéndolas solo para las grandes cuestiones».

Tampoco creemos, en fin, que pueda alegarse para negar la recentralización del Estado que las Comunidades Autónomas siguen ejerciendo importantes competencias sobre la agricultura y la ganadería. Esto es evidente. Basta comprobar la actividad normativa de la Comunidad Autónoma valenciana sobre el particular durante estas últimas fechas, con la aprobación de la Ley 5/2018, de 6 de marzo, de la Huerta de Valencia, o el Decreto 201/2017, de 15 de diciembre, por el que se regula la venta de proximidad de productos pri-

marios y agroalimentarios, y su actividad de fomento, con la aprobación de ayudas indemnizatorias para la erradicación y el control de la bacteria de cuarentena *Xylella fastidiosa*, o de ayudas a inversiones en el sector vitivinícola, ambas de marzo de 2018. El espacio que queda a las Comunidades Autónomas para intervenir en estos sectores económicos, sin embargo, es más reducido, por obra del Estado y, por supuesto, como vemos seguidamente, por obra de la Unión Europea.

V. LA INCIDENCIA DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

El reparto del poder no se limita a la distribución entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Dejando a un lado a las Administraciones locales, incomprensiblemente olvidadas por el constituyente, es claro que la incorporación de España a la Unión Europea supuso una cesión de soberanía que tuvo su reflejo en la pérdida de competencias en algunas materias. Es más, ya señalamos en la anterior edición de estos comentarios que la incidencia del Derecho comunitario sobre muchos de los sectores económicos, en particular sobre la agricultura, la ganadería y la pesca, había sido anterior, incluso, al ingreso de España en la Comunidad (FERNÁNDEZ TORRES, 192), y había provocado que estas materias fuesen de las que más habían cambiado desde el inicio del sistema autonómico en España (MUÑOZ MACHADO, 2007, 675).

En este lugar, sin perjuicio de que el lector recuerde la importancia del Derecho de la Unión Europea en todos estos sectores, y que muchas veces, en contra incluso del principio de autonomía institucional, imponga que sean órganos estatales los que se encarguen de la coordinación a nivel interno, lo que interesa subrayar es que mientras en otros países no se ha dudado en modificar varias veces la Ley Fundamental para realizar, precisamente, una distribución más clara de responsabilidades, en el nuestro hemos pasado de un Estado autonómico unitario a una fase de mayor auto-

gobierno para las Comunidades Autónomas para encontrarnos hoy en una fase muy clara de recentralización del Estado autonómico. El Estado de las Autonomías, como ocurre con los Estados federales, probablemente «siempre está en camino, siempre está en proceso de construcción» (HÄBERLE, 180), pero ello no debe ser obstáculo para recordar la crítica que, desde JELLINEK o LABAND, se ha hecho a las transformaciones introducidas a través de la interpretación del texto constitucional a las mutaciones constitucionales (MU-

ÑOZ MACHADO, 2006, 456 y ss.). Una última idea, en fin, para cerrar estas reflexiones sobre la distribución del poder en España y la influencia del Derecho de la Unión Europea. Nadie puede garantizar que los Estados se mantendrán en la forma que hemos conocido hasta la fecha durante algún siglo más, pero sí que seguirán teniendo una posición muy reforzada mientras la Unión Europea siga siendo una Unión de Estados en lugar de una Unión de pueblos y regiones, hacia la que algunos pensamos que debería dirigirse.

BIBLIOGRAFÍA

BAÑO LEÓN, J. M.^a, *Las autonomías territoriales y el principio de uniformidad de las condiciones de vida*, INAP, Madrid, 1988.

BASSOLS COMA, M., *Constitución y sistema económico*, Tecnos, Madrid, 1985.

FERNÁNDEZ FARRERES, G., «La ordenación de los sectores económicos. El poder de gasto del Estado y de las Comunidades Autónomas», en *El funcionamiento del Estado autonómico*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1999.

FERNÁNDEZ TORRES, J. R., «Agricultura, Política Agraria Común (PAC)», en MUÑOZ MACHADO, S. (Dir.), *Diccionario de Derecho Administrativo*, Iustel, Madrid, 2005.

HÄBERLE, P., «Comparación constitucional y cultural de los modelos federales», traducción de M. AZPITARTE, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 8, julio-diciembre de 2007.

HESSE, K., «El Estado Federal Unitario», traducción de M. AZPITARTE, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 6, julio-diciembre de 2006.

HORGUÉ BAENA, C., «Agricultura y ganadería: distribución de competencias», en MUÑOZ MACHADO, S. (Dir.), *Diccionario de Derecho Administrativo*, Iustel, Madrid, 2005, págs. 200 a 204.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., «La ordenación jurídico-administrativa del sistema económico en los últimos cincuenta años», *RAP*, núm. 150, septiembre-diciembre 1999.

MUÑOZ MACHADO, S., *Derecho público de las Comunidades Autónomas I*, 2.^a ed., Iustel, Madrid, 2007.

— *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho público general II. El Ordenamiento jurídico*, Iustel, Madrid, 2006.

POMED SÁNCHEZ, L., «La distribución de competencias sobre agricultura en el marco de la Unión Europea», *Revista de Administración Pública*, núm. 148, enero-abril 1999, págs. 133 a 174.

SCHMIDT-ASSMANN, E., «Le modèle de l'administration composée et le rôle du droit administratif européen», *RFDA*, noviembre-diciembre 2006.

UREÑA SALCEDO, J. A., «La recentralización del Estado Autonómico», en BAÑO LEÓN, J. M.^a (Coord.), *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en Homenaje al Profesor Santiago Muñoz Machado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.

— «Corporaciones de Derecho público», en BAÑO LEÓN, J. M.^a (Dir.), *Comentario al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007.

ARTÍCULOS 148.1.8.^a Y 148.1.9.^a

8.^a *Los montes y aprovechamientos forestales.*

9.^a *La gestión en materia de protección del medio ambiente.*

Véase el comentario artículo 149.1.23.^a

ARTÍCULO 148.1.10.^a

10.^a *Los proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos de interés de la Comunidad Autónoma; las aguas minerales y termales.*

ANTONIO FANLO LORAS

CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

El reparto de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas en materia de **aguas**, en sentido estricto, está establecido en los arts. **148.1.10.^a** y **149.1.22.^a CE**, con la ineludible primacía de este último, como luego se dirá. Dichos preceptos no agotan, sin embargo, el «bloque constitucional» sobre la materia, pues deben tenerse en cuenta, además, los **Estatutos de Autonomía** (interpretados, como ya dijera la STC 227/1988 y han ratificado las SSTC 247/2007, 31 y 138/2010 y 30, 32 y 110/2011, relativas a las reformas estatutarias de la Comunidad Valenciana, Cataluña, Andalucía, Castilla y León y Aragón, respectivamente), así como **otros títulos competenciales sectoriales** (agricultura, ordenación del territorio y urbanismo, pesca fluvial, espacios naturales, medio ambiente, sanidad), no referidos al agua, en sentido estricto, y respecto de los cuales no puede hablarse en propiedad de competencias «compartidas», pero que inciden en el ejercicio de las competencias en

materia de aguas al tratarse de una «concur-rencia» competencial sobre un mismo espacio físico, con objetos jurídicos distintos, cuyo ejercicio debe armonizarse mediante técnicas cooperativas, en los términos fijados por una consolidada jurisprudencia constitucional (SSTC 227/1988, 243/1993, 161/1996, 15/1998, 110/1998, 118/1998, 160/2000, 123/2003, 31 y 138/2010 y 30, 32 y 110/2011, 154 y 182/2014 y 116/2017). La interpretación de aquellos preceptos constitucionales está interrelacionada y debe hacerse conjunta y sistemáticamente. De ella resulta la primacía del 149.1.22.^a CE, que atribuye competencia exclusiva al Estado, «cuando las aguas discurren por más de una Comunidad Autónoma», cláusula de «supraterritorialidad hidrológica» que concurre en la práctica totalidad de los grandes ríos españoles y del territorio nacional. Su exposición separada obedece a estrictas razones formales, propias del comentario sistemático de la Constitución de 1978 en el que se insertan.

La interpretación del marco constitucional no ha resultado fácil, pues los preceptos constitucionales no utilizan criterios homogéneos —como ya resaltó la STC 227/1988, FJ 13— ni respecto de la **materia** (uno se refiere a los «aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos» y a las «aguas minerales y termales»; mientras que el otro a los «recursos y aprovechamientos hidráulicos»); ni de las **funciones** (uno se refiere a «los proyectos, construcción y explotación», y el otro a «la legislación, ordenación y concesión»); ni del **criterio** de deslinde de competencias (en un caso, el **interés** de la respectiva Comunidad Autónoma; en otro, el **territorio** por el que las aguas discurren).

La deficiente técnica empleada para el deslinde, explicable por la decisión de la Comisión Mixta Congreso-Senado al mezclar el criterio seguido por el Senado (articulado sobre la distinción **obras** —competencia de las CC. AA.— y **aguas** —competencia del Estado, en toda clase de cuencas—) con el del Congreso de los Diputados, hizo necesaria la intervención clarificadora del legislador estatal de aguas (cuenca hidrográfica) y, sobre todo, del Tribunal Constitucional (STC 227/1988, FJ 15, reiterado en las importantes SSTC 30 y 32/2011), que zanjó la discusión sobre la expresión constitucional «aguas que discurren por más de una Comunidad Autónoma» asumiendo el **principio de unidad de gestión de la cuenca hidrográfica** como el más ajustado, de acuerdo con criterios lógicos, técnicos y de experiencia, a los principios constitucionales de orden material que atañen, directa o indirectamente, a la ordenación y gestión de recursos naturales de tanta importancia como son los recursos hídricos, principios que, a modo de síntesis, se condensan en el mandato constitucional que obliga a todos los poderes públicos a velar por la «utilización racional de todos los recursos naturales» (art. 45.2 CE). El que la Constitución o los Estatutos de Autonomía no hayan sancionado explícitamente el concepto estructural de cuenca hidrográfica en modo alguno significa que sus redactores hayan querido excluirlo, lo que no se desprende, antes al contrario,

de los antecedentes parlamentarios de elaboración de la Constitución (la defensa oral de la enmienda 577 del Senador Lorenzo Martín Retortillo). El concepto descriptivo utilizado, que sigue el precedente republicano de 1931, tal vez tenga su explicación en que los ríos españoles desembocan en el Atlántico en Portugal, y la cuenca, en consecuencia, no está íntegramente en territorio nacional.

Para el Tribunal, «el criterio de **cuenca hidrográfica** permite una administración equilibrada de los recursos hidráulicos que la integran, en atención al conjunto de intereses afectados que, cuando la cuenca se extiende al territorio de más de una Comunidad Autónoma, son manifiestamente supracomunitarios» (SSTC 227/1988, FF. JJ. 13 y 15, y 161/1996, FJ 4). Las importantes SSTC 30 y 32/2011 han ratificado la cuenca hidrográfica como criterio de reparto de competencias, pues el Estado debe asegurar la administración unitaria de un recurso natural de tanta trascendencia como es el agua, sin que pueda **fragmentarse** su gestión, según los confines geográficos de las CC. AA. (FJ 6). Y es que, como acaba de señalar la STC 116/2017 [FJ 3.e)] el **principio de unidad de cuenca**, recogido en el Texto Refundido de la Ley de Aguas, «emana **directamente** de la propia Constitución (por todas, STC 195/2012, de 31 de octubre, FJ 3)». De ahí arranca la distinción fundamental entre **cuencas hidrográficas intercomunitarias**, competencia de la Administración General del Estado (y por él, de las Confederaciones Hidrográficas) y **cuencas hidrográficas internas** o intracomunitarias, cuya competencia puede corresponder a la respectiva Comunidad Autónoma, si así lo ha asumido en su Estatuto de Autonomía (STC 216/2016, FJ 4), en aplicación *a sensu contrario* de lo dispuesto en los arts. 149.1.22.^a CE y 149.3 CE, con el alcance que recogeremos al comentar el art. 149.1.22.^a CE.

En definitiva, el criterio **territorial** (la condición geográfica inter o intracomunitaria de la cuenca) es el determinante del reparto de competencias. Debe, pues, contextualizarse

la afirmación de la STC 227/1988, FF. JJ. 15 y 18, cuando afirma que el criterio territorial no es el único a tener en cuenta, pues debe, además, considerarse el criterio del **interés** regional. Advértase, sin embargo, que ambos criterios no tienen el mismo valor, pues la supraterritorialidad hidrológica determina la competencia exclusiva del Estado, con las salvedades previstas en el art. 148.1.10.^a CE, cuyo alcance ha precisado la jurisprudencia constitucional posterior.

En efecto, ha sido en la concreción del alcance de la competencia de las CC. AA. sobre las aguas de las **cuencas intracomunitarias**, y en general, en materia de recursos o aprovechamientos hidráulicos, donde más protagonismo ha tenido el Tribunal Constitucional, en los términos que expondré en el comentario al art. 149.1.22.^a CE. En su doctrina se advierte «una voluntad de construir un sistema completo [...] huyendo de las propias cláusulas constitucionales o estatutarias atributivas de competencias» (ARGULLOL), a la vista de su deficiente técnica y contradicciones. Este planteamiento está plenamente consolidado desde las SSTC 227/1988 y 161/1996, y ha sido asumido por la generalidad de la doctrina, aunque ha merecido las críticas fundadas de un sector cualificado (MARTÍN RETORTILLO), al haber obviado el Alto Tribunal la distinción constitucional entre «recursos» y «aprovechamientos hidráulicos», así como las competencias estatutarias de las CC. AA. recurrentes limitadas a los «aprovechamientos hidráulicos» (STC 227/1988, FJ 18). Esta posible limitación quedó superada tras las reformas estatutarias de los años noventa.

El alcance de las competencias de las CC. AA. sobre **aprovechamientos hidráulicos** en el caso de **cuencas intercomunitarias** es muy limitado, pues corresponde al **Estado**, de acuerdo con la doctrina constitucional, además de las funciones legislativas, todas las ejecutivas en relación con la administración y control del dominio público hidráulico en dichas cuencas (concesión de los aprovechamientos en la terminología tra-

dicional y policía de aguas, en el sentido de buen orden en el uso y aprovechamiento), STC 227/1988, FF. JJ. 18 y 25 [como señala la STC 116/2017, «toda la competencia **normativa y ejecutiva**, por su dimensión supracomunitaria», FJ 6.d)]. Las Confederaciones Hidrográficas tienen la competencia para otorgar los **recursos** (agua) necesarios para todo tipo de **aprovechamientos**, sea cual sea su localización territorial, quedando excluida la de las CC. AA.

Así lo estableció, con absoluta contundencia, la STC 161/1996 (FF. JJ. 6, 7 y 8), que resolvió la duda dejada abierta por la STC 227/1988, al no haber aclarado si, en los aprovechamientos hidráulicos, el criterio a considerar era el de la cuenca hidrográfica o el del territorio de las **aguas aprovechadas**, lo que «sucederá —sostuvo MENÉNDEZ REXACH— cuando los canales, acequias, conducciones y demás obras construidas para el encauzamiento artificial de las aguas objeto del aprovechamiento se localicen en su totalidad en el territorio de una Comunidad Autónoma». El Tribunal Constitucional, en aplicación del principio de unidad de gestión de las cuencas hidrográficas, rechazó esta tesis, al igual que ya lo había hecho la jurisprudencia ordinaria (STS de 15 de junio de 1990, asunto *Canales de Urgel*; STSJ Cataluña 343/1994, asunto *Canal Algerri-Balaguer*). El principio de unidad de gestión de las cuencas hidrográficas intercomunitarias, no susceptible de fragmentación territorial, lo ha reiterado la STC 116/2017 [FJ 4.a)] al considerar que Aragón carece de habilitación estatutaria para legislar sobre la reserva hídrica «para uso exclusivo de los aragoneses» o para atribuir a sus órganos funciones de gestión sobre la misma, pues es competencia exclusiva del Estado, de acuerdo con la interpretación conforme hecha por la STC 110/2011.

Si la denominada policía demanial (incluidas las autorizaciones de **vertidos**) se entiende comprendida en el concepto de **aprovechamientos hidráulicos** (STC 227/1988, FF. JJ. 25 y 26) y las potestades inherentes se ejercen según la cuenca sea intercomunitaria o inter-

na, resulta sorprendente el cambio jurisprudencial en relación con la competencia de la Generalidad de Cataluña, atribuida por el art. 144.1.g) Estatuto de Cataluña, en concepto de «ejecución del medio ambiente» y no de «aguas», en toda clase de cuencas. Así lo reconoce la STC 138/2010, FJ 4, valoración que contrasta con la doctrina resultante de la STC 227/1988, FF. JJ. 15, 25 y 26, así como de la 161/1996, FF. JJ. 6,7 y 8, relativa a la administración unitaria de la cuenca.

Es conveniente, pues, aclarar el equívoco que suscita el tenor literal de algunas afirmaciones de la jurisprudencia constitucional sobre **aprovechamientos de interés regional**, que, erróneamente interpretadas, pueden menoscabar la competencia estatal. Que las CC. AA. tengan competencias sobre actividades que consumen agua o materias en las que el agua constituye el soporte físico de una diversidad de actividades (agricultura, ganadería, pesca fluvial, ocio, ordenación del territorio, espacios naturales, medio ambiente, sanidad) no significa, en el caso de las cuencas hidrológicas intercomunitarias, que tengan la competencia sustantiva sobre el agua (el recurso), que es estatal en exclusiva. En estos casos de «conurrencia» competencial espacial habrán de establecerse los mecanismos adecuados de cooperación y coordinación entre el Estado y las CC. AA., de acuerdo con reiterada jurisprudencia [SSTC 227/1988, FJ 20.a), d) y e); 243/1993, FJ 4; 15/1998, FJ 7; 110/1998, FF. JJ. 7 y 46; 31/2010, FF. JJ. 65 y 117; 110/2011, FJ 14; 13/2015, FJ 5.a), y 116/2017, FJ 5.e)].

El concepto de aprovechamiento hidráulico en las cuencas hidrográficas intercomunitarias queda, en consecuencia, prácticamente limitado a las **obras hidráulicas de interés regional** (lo que tiene sentido en relación con el ámbito funcional de «los proyectos, construcción y explotación»), cuya realidad ha reconocido la jurisprudencia ordinaria (STSJ Aragón de 3 de diciembre de 2003, asunto de la presa a construir por La Rioja en un afluente del Ebro). Advertírase, no obstante, que la amplitud del concepto de obra hidráulica de interés regional no

es posible determinarla *a priori*, al estar condicionada por la que corresponda a las obras hidráulicas de interés general. Asimismo, este título competencial puede dar cobertura a la «explotación» de ciertos aprovechamientos susceptibles de gestión territorializada (caso del abastecimiento y del saneamiento, como actividades públicas tradicionalmente de competencia municipal, pero cada vez con mayor presencia regional), una vez obtenida la preceptiva concesión o autorización administrativa de la Confederación Hidrográfica competente.

Con este enfoque no ofrece dificultad el alcance que haya de darse a la competencia autonómica en materia de **«canales y regadíos»**, competencia exclusiva que no puede obviar, como ahora señala correctamente el art. 123.1 TRLAg, la necesidad de contar con la previa o simultánea concesión, autorización especial o reserva demaniales (el agua) de la correspondiente Confederación Hidrográfica, en el caso de las cuencas intercomunitarias.

La competencia autonómica exclusiva en materia de **aguas minerales y termales** apenas ha merecido un pronunciamiento menor de la jurisprudencia constitucional. En efecto, la STC 227/1988 (FJ 33) declaró no ajustado a la Constitución el **informe previo** del Ministerio competente en el expediente de calificación de las aguas minerales o termales tramitado por las Comunidades Autónomas, previsto en el art. 1.4 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico (Real Decreto 849/1986, de 11 de abril). La razón alegada (invasión de la competencia exclusiva del País Vasco) es poco matizada en el caso y resulta contradictoria con otra jurisprudencia (SSTC 103/1989; 149/1991; 40/1998; 65/1998) que ha admitido la constitucionalidad de los informes previos (incluso vinculantes) del Estado en relación con el ejercicio de competencias de las CC. AA. Y es poco matizada, pues en el caso concreto ese informe previo ministerial debe apoyarse en el que, en aplicación de la legislación minera vigente (que debe considerarse **básica**), corresponde al Instituto Geológico y Minero de España, organis-

mo técnico que limita su intervención a la constatación de las características físico-químicas de las aguas minerales y termales para su adecuada calificación (actividad reglada) y, en consecuencia, su exclusión, del régimen general de las aguas.

Ninguna otra cuestión de las muchas que suscita el régimen jurídico de las aguas minerales y termales ha sido abordada directamente por la jurisprudencia constitucional. La competencia exclusiva regional está condicionada por las «bases del régimen minero y energético» (art. 149.1.25.^a CE), salvedad que recogen la mayoría de los Estatutos de Autonomía y que opera, aun a falta de previsión estatutaria. La salvedad, como la misma competencia autonómica, solo tiene explicación por mera inercia histórica, dada la consideración como recursos «**mineiros**» de las aguas minerales y termales. El principio de unidad del ciclo hidrológico, en el plano técnico, y la competencia estatal *ex* art. 149.1.22.^a CE, son suficientes para reordenar en el futuro esta materia, sin perjuicio de que su gestión —investigación y aprovechamiento— pueda seguir encomendada, en tanto no se modifique la Constitución, a las CC. AA.

La legislación de las CC. AA. no puede hacer pronunciamiento alguno sobre la **titularidad** de las aguas minerales y termales, pues la declaración del carácter demanial de determinadas categorías o géneros enteros de bienes definidos por sus características físicas o naturales homogéneas está reservada a la ley del Estado (STC 227/1988, FJ 14). La controversia sobre la titularidad de estas aguas no deja de ser un falso problema o un problema mal planteado, pues la lógica remisión a su legislación específica —entonces la estatal de minas y ahora la que pueden aprobar las CC. AA., conforme al art. 148.1.10.^a CE— solo alcanza al régimen de su **investigación y apro-**

vechamiento, por lo que la **titularidad** debe resolverse de acuerdo con la declaración de demanialidad de todas las aguas establecida en el art. 1.3 TRLAg, sin perjuicio del respeto de los derechos adquiridos nacidos al amparo de la legislación anterior (la Ley de Aguas de 1879 admitía la titularidad pública o privada de las aguas minerales y termales según la naturaleza de los predios en los que se hallen o surjan). Y, en consecuencia, atendiendo a la unidad del ciclo hidrológico y a la integración de todas las aguas corrientes y subterráneas (incluidas las minerales y termales) en el dominio público hidráulico estatal, las concesiones de aguas minerales y termales debiera ser competencia estatal o regional, en función de las cuencas hidrográficas donde se hallen o surjan. Otorgado el título concesional por la Administración hidráulica, su aprovechamiento (sanidad, industria y protección de los consumidores) es, de acuerdo con los Estatutos de autonomía, de competencia de las CC. AA.

Finalmente, en relación con las competencias sobre **aguas subterráneas** asumidas en la práctica totalidad de los Estatutos de Autonomía, el Tribunal Constitucional ha señalado que la legislación estatal de aguas solo regula el régimen de las aguas subterráneas **renovables**, sin prejuzgar la titularidad de las competencias sobre las **no corrientes, fósiles o estancadas**. Las primeras —por su conexión o comunicación con los cursos de aguas superficiales— forman parte inescindible de la cuenca hidrográfica a la que pertenecen y, en consecuencia, siguen el régimen competencial al que pertenezca la cuenca, según sea inter o intracomunitaria. Respecto de las segundas (no corrientes, fósiles o estancadas), no están afectadas por el criterio territorial del art. 149.1.22.^a CE y pueden ser gestionadas, en su caso, por las CC. AA. (SSTC 227/1988, FJ 16, y 118/1998, FJ 7).

BIBLIOGRAFÍA

Véase la bibliografía del comentario al artículo 149.1.22.^a

ARTÍCULO 148.1.11.^a

11.^a La pesca en aguas interiores, el marisqueo y la acuicultura, la caza y la pesca fluvial.

Véase el comentario al artículo 149.1.19.^a

ARTÍCULOS 148.1.12.^a, 148.1.13.^a Y 148.1.14.^a

12.^a Ferias interiores.

13.^a El fomento del desarrollo económico de la Comunidad Autónoma dentro de los objetivos marcados por la política económica nacional.

14.^a La artesanía.

Véanse los comentarios a los artículos 148.1.7.^a y 149.1.13.^a

ARTÍCULO 148.1.15.^a

15.^a Museos, bibliotecas y conservatorios de música de interés para la Comunidad Autónoma.

Véase el comentario al artículo 149.2.

ARTÍCULO 148.1.16.^a

16.^a Patrimonio monumental de interés de la Comunidad Autónoma.

Véase el comentario al artículo 149.1.28.^a

ARTÍCULO 148.1.17.^a

17.^a El fomento de la cultura, de la investigación y, en su caso, de la enseñanza de la lengua de la Comunidad Autónoma.

Véase el comentario a los artículos 149.1, núms. 15.^a y 30.^a, y 149.2.

ARTÍCULO 148.1.18.^a

18.^a *Promoción y ordenación del turismo en su ámbito territorial.*

Véase el comentario al artículo 148.1.7.^a

ARTÍCULO 148.1.19.^a

Promoción del deporte y de la adecuada utilización del ocio.

Sumario: I. Introducción. II. Preliminar sobre la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de deporte. III. La doctrina del Tribunal Constitucional. IV. La adecuada utilización del ocio.

MIGUEL CASINO RUBIO

UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

I. INTRODUCCIÓN

Todo el mundo admite hoy, ciertamente, que el deporte, cualquiera que sea la perspectiva que se adopte, sea como actividad que contribuye a la mejora de la calidad de vida y la salud individuales, sea como espectáculo o como formidable producto de consumo, es un factor principalísimo de las modernas sociedades actuales. Esta fascinación por el deporte es, sin embargo, un fenómeno relativamente reciente. Baste notar que no hace mucho el propio término ni siquiera existía entre nosotros. Así, al menos, lo certifica el Consejo de Estado (1992, 77) cuando recuerda cómo, «el 31 de octubre de 1881, [cuando] el entonces Ministro de Fomento señor Albarreda intervino en el Congreso de los Diputados, con motivo de una proposición de ley para la implantación de la «Gimnástica» como disciplina obligatoria en los institutos de Segunda Enseñanza, tuvo que disculparse [por] utilizar la palabra inglesa «sport» [...]

por no haber encontrado el término equivalente en castellano». Incluso habría que añadir que los escasos juegos y distracciones públicas toleradas por las leyes de la época suscitaron durante largo tiempo el recelo de la Administración, que simplemente, como advirtiera por entonces ORTIZ DE ZÚÑIGA (1843, 196, siguiendo las prescripciones que estableciera la célebre Real Instrucción a las Subdelegados de Fomento de Javier de Burgos, de 30 de noviembre de 1833), «debe conceder solo una justa tolerancia y no una protección a esta clase de diversiones».

Naturalmente las cosas han cambiado bastante desde entonces. El peso, a veces incluso decisivo, del deporte en los más variados ámbitos de la vida social y económica es hoy innegable, de modo que, (en palabras del Consejo de Estado, 1992, 78), «lo que inicialmente parecía una excentricidad de unos pocos [ha] acab[ado] siendo uno de los fenómenos socio-culturales más importantes del siglo XX».

En estas coordenadas no puede extrañar que el Estado y el propio Derecho, empezando por la Constitución (art. 43.3 CE), hayan comenzado a fijarse en un fenómeno tradicionalmente huérfano de intervención de los poderes públicos. Y se comprende mejor también que el Tribunal Constitucional haya declarado que, «si bien la práctica del deporte es libre y voluntaria, se trata de una actividad social de interés público [...] que] tiene una importante incidencia en el desarrollo de la salud, repercutiendo en otros sectores como pueden ser el de la educación o la cultura. Esta relevancia social (y también económica) justifica una intervención de los poderes públicos que no se limita, necesariamente a las tradicionales medidas de fomento [...], sino que se extiende a la ordenación de la práctica deportiva, a la adopción también de medidas positivas de carácter organizativo que inciden directamente en la consolidación y promoción de una determinada práctica deportiva, con especial importancia cuando nos encontramos ante el deporte profesional» (STC 80/2012, de 18 de abril, FJ 6).

Esta creciente preocupación de los poderes públicos por la ordenación jurídica del deporte, que está probada en múltiples normas de todo tipo, y que a juicio de no pocos autores resulta algo excesiva en alguno de sus contenidos, ha puesto en cualquier caso sobre la mesa la cuestión de dilucidar la instancia territorial competente para dictarlas, y que es siempre un extremo previo en cualquier debate sobre los fundamentos y el alcance de la intervención de los poderes públicos.

II. PRELIMINAR SOBRE LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DE DEPORTE

En el orden de distribución territorial de competencias, la Constitución solo menciona al deporte en su art. 148.1.19 para permitir que las Comunidades Autónomas asuman competen-

cias en materia de «promoción del deporte y la adecuada utilización del ocio». Una previsión constitucional que, prescindiendo por el momento de su segundo inciso, han sancionado primero todos los Estatutos de Autonomía a título de competencia «exclusiva», aunque sirviéndose en cada caso de fórmulas distintas (TEROL, 2013, 80), y que, más tarde, todas las Comunidades Autónomas han ejercido efectivamente mediante la aprobación de su respectiva Ley del Deporte, en algún caso por dos veces.

Con independencia de la fórmula estatutaria elegida en cada caso (y que va desde los Estatutos de Autonomía que atribuyen la correspondiente competencia exclusiva en términos idénticos o equivalentes a los del citado art. 148.1.19.^a CE, a los que lo hacen en cambio aludiendo simplemente al «deporte» a secas), importa notar en cualquier caso que el hecho de que la Constitución confíe competencialmente a las Comunidades Autónomas la «promoción del deporte» no significa que esa competencia se ciña o esté limitada al simple apoyo, estímulo o incentivo de la actividad deportiva a través de la previsión y otorgamiento de ayudas económicas o recompensas ni, por consiguiente, permite su simple identificación con una precisa técnica o modalidad de acción administrativa, excluyente de cualesquiera otras posibles y destinadas al mismo fin de promoción del deporte, incluidas las de carácter organizativo y servicial. La citada expresión constitucional refiere por el contrario un verdadero título competencial, solo que determinado en su fin, y, por tanto, una materia que proporciona, al modo de lo que sucede con las configuradas sin esa precisión finalista, la justificación necesaria al ejercicio de las correspondientes potestades autonómicas, tanto normativas como ejecutivas. Con razón, el Tribunal Constitucional ha notado que esa mención del art. 148.1.19.^a CE, sumada al hecho de que la Constitución no contenga ninguna reserva competencial en favor del Estado en materia de deporte, pone de relieve la voluntad constitucional de que dicha materia sea asumida en exclusiva por las Comunidades Autónomas (STC 80/2012, FJ 6, *in fine*).

De todas formas, interesa aclarar también que ese silencio de la Constitución, que nada dice en efecto en su art. 149.1 sobre el deporte, ni las citadas previsiones estatutarias y leyes autonómicas han impedido sin embargo que el Estado haya aprobado, también por dos veces, sendas Leyes del Deporte, nunca impugnadas por las Comunidades Autónomas. Un desenlace que, a primera vista, pudiera resultar paradójico, supuesta la tradicional beligerancia de las instancias autonómicas en defensa de sus respectivas competencias (TEJEDOR BIELSA, 2003, 36), pero que, además de por otras razones (LASAGABASTER, 2013, 222-223) probablemente se explica mejor si tiene en cuenta que el deporte es una materia singular (de «características poliédricas» habla BERMEJO VERA, 1998, 90; y de «realidad poliédrica de la materia deportiva» la STC 80/2012, de 18 de abril, FJ 7) que efectivamente, en cuanto objeto de la atención de los poderes públicos (art. 43.3 CE), carece de un contenido homogéneo y único a los efectos de la distribución territorial de competencias ideada por la Constitución, y que por consiguiente complica la tarea de fijar las reglas de reparto competencial en la materia.

Por lo pronto, conviene distinguir entre las dimensiones individual y colectiva del deporte. Con arreglo a la primera, la actividad deportiva es manifestación de la libertad personal y, en consecuencia, refiere la existencia de un derecho a su práctica como decisión personal en el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). Desde esta perspectiva, la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas para tutelar y facilitar la práctica deportiva individual no parece discutible (PAREJO, 2000, 71 y 81). Sucede, no obstante, que, además de esa dimensión individual, la actividad deportiva se desarrolla principalmente en términos competitivos y, por tanto, organizados a través de las correspondientes estructuras sociales, que arrancan de las entidades asociativas privadas y que, mediante su sucesiva integración en otras más amplias, terminan en organizaciones sociales, que son de dimensión incluso internacional. En esta otra

vertiente están implicados desde luego innegables intereses públicos que, cuando alcanzan determinada intensidad, particularmente visible en el caso del deporte profesional, reclaman y justifican la intervención de los poderes públicos. Desde esta perspectiva, la competencia exclusiva autonómica del art. 148.1.19.^a CE topa con algunos límites ciertos y singularmente con los dos siguientes.

En primer lugar, el que deriva de la existencia de otros títulos competenciales en favor del Estado. Al respecto, no hay duda de que en pocos sectores del ordenamiento el entrecruzamiento de títulos competenciales es tan acusado como en el deporte. De hecho, muy difícil resulta no ver en la ordenación de cualquiera de sus múltiples vertientes y manifestaciones implicadas cuestiones propias también de la legislación civil, mercantil y laboral, de la protección de la salud, del derecho a la educación y del ejercicio de profesiones tituladas, de las relaciones internacionales, de la seguridad pública o, en fin, de la cultura. Unas materias en las que el Estado posee inequívocas competencias, en la mayor parte de los casos igualmente exclusivas, que aseguran su intervención.

Y en segundo lugar, el límite que impone el principio de territorialidad de las competencias y que, en nuestro caso, exige que las competencias autonómicas tengan por objeto la actividad deportiva radicada en el territorio de la propia Comunidad Autónoma. Este principio, además de imponer un límite externo a la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas, habilita al mismo tiempo al Estado para intervenir en la dimensión supraautonómica del deporte.

Esta doble explicación, que puede encontrarse con facilidad en la literatura especializada, y que luce igualmente en el Preámbulo de la vigente Ley estatal 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, es también la que utiliza el Tribunal Constitucional para fijar las reglas que ordenan el reparto competencial en materia deportiva. Y está perfectamente resumida en la

declaración, varias veces subrayada por el propio Tribunal, de que «las competencias autonómicas —incluso aquellas que han sido configuradas como exclusivas— deben ejercerse: a) con respeto a las competencias que puedan corresponder al Estado en virtud de otros títulos competenciales; y b) de acuerdo con el principio de territorialidad de las competencias, como algo implícito al propio sistema de autonomías territoriales» (SSTC 80/2012, FJ 7; 110/2012, de 23 de mayo, FJ 5; y 33/2018, de 12 de abril, FJ 3).

III. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Según mis cuentas, y aunque en la jurisprudencia constitucional menudean las menciones relativas al «deporte», son muchas menos, sin embargo, las resoluciones del Tribunal que de modo directo abordan la cuestión del reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas que aquí particularmente nos interesa. Lo principal de esa doctrina constitucional puede resumirse ahora del modo siguiente.

La STC 67/1985, de 24 de mayo, resuelve la cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional contra determinados preceptos de la Ley del Estado 13/1980, de 31 de marzo, General de la Cultura Física y del Deporte, en la medida que imponían la forzosa intervención del Consejo Superior de Deportes en el proceso de constitución de clubes y federaciones deportivas, por su posible contradicción con el derecho fundamental de asociación del art. 22 CE. Aunque en rigor esta sentencia no contiene formalmente ningún pronunciamiento sobre el orden de distribución de competencias, sus razonamientos son no obstante importantes porque no solo sancionan por primera vez al máximo nivel el «llamado intervencionismo público en el deporte» (BERMEJO VERA, 1993, 141), sino sobre todo porque, situada en el contexto más amplio de la doctrina constitucional so-

bre la configuración legal de organizaciones sociales de base asociativa privada (SSTC 132/1989, 139/1989, 113/1994, 179/1994 y 107/1996), proporciona base suficiente para defender una concepción de las federaciones deportivas, cercana a la llamada Administración corporativa, con innegables y decisivas consecuencias de orden competencial.

En la citada sentencia, que comienza por detectar correctamente que «uno de los problemas que se plantea en el Estado social y democrático de Derecho es determinar en qué medida el Estado puede organizar su intervención en los diversos sectores de la vida social a través de la regulación de asociaciones privadas de configuración legal», el Tribunal Constitucional declaró entonces que la configuración legal de las Federaciones españolas como un tipo de asociaciones a las que la Ley atribuye el ejercicio de funciones públicas no pugna con el derecho de asociación, toda vez que, como insistirá varias veces, «el art. 22 de la Constitución no comprende el derecho de constituir asociaciones para el ejercicio de funciones públicas de carácter administrativo relativas a un sector de la vida social» [FJ 3. B).c) y d) y FJ 4. D)].

Con arreglo a este punto de partida, que termina por colocar a las Federaciones deportivas fuera del radio de protección del derecho fundamental de asociación, el Tribunal no ve tampoco ningún inconveniente a que la Ley pueda válidamente en consecuencia «limitar el número de asociaciones a las que atribuye el ejercicio de funciones públicas» [FJ 4. C)], y «exi[gir] determinados requisitos para su constitución». Sencillamente, como se ha observado, porque «no se trata de asociaciones constituidas al amparo del art. 22 de la Constitución» [FJ 4. D)].

De esta doctrina constitucional interesa destacar, de una parte, la efectiva exclusión de las Federaciones deportivas y, en general, de las organizaciones sociales de configuración legal del ámbito de protección del art. 22 CE (criticada por PAREJO ALFONSO, 2000, 37-70); y

de otra, la legitimidad constitucional de la intervención pública en el deporte, precisamente mediante la configuración legal de las organizaciones sociales deportivas para el ejercicio de determinadas funciones o potestades públicas (una opción y modelo que últimamente y en forma crítica ha estudiado DES-CALZO GONZÁLEZ, 2018).

Lo que no obsta naturalmente, importa notarlo, a la libertad positiva (reconocida por la STC 67/1985) de los deportistas y entidades deportivas privadas para asociarse libremente en el ámbito nacional e internacional para otros fines distintos de los públicos atribuidos a las federaciones deportivas. Ni, desde otra perspectiva, a la capacidad también de las organizaciones internacionales para determinar libremente sus miembros con independencia de lo dispuesto en nuestro ordenamiento interno, siempre que al hacerlo no arriesguen, perturbando o condicionando, la competencia del Estado para configurar legalmente en sus aspectos básicos las Federaciones deportivas y, de modo particular, ordenar y coordinar la representación en el exterior de los intereses generales del deporte federado en su conjunto.

De cualquiera manera que sea, la comentada opción organizativa, que se justifica en la necesidad de satisfacer los intereses públicos que están comprometidos en la organización y la disciplina de la actividad deportiva, termina por otorgar a las Federaciones deportivas la condición de agentes colaboradores de la Administración pública y, en consecuencia, acerca su régimen jurídico al propio y característico de la denominada Administración corporativa, es decir, de las «corporaciones no territoriales o sectoriales de base privada» o «entes públicos asociativos», y sobre los que razona la doctrina constitucional (por todas, STC 107/1996, de 12 de junio, antes citada).

Esta comprobación es desde luego importante porque, apurando su significado y siguiendo el criterio adelantado por la STC 76/1983, de 5 de

agosto (FJ 26) y conforme han notado también BERMEJO VERA (1998, 101-102) y PAREJO ALFONSO (2000, 83-84), apunta a la necesidad de dilucidar si la competencia autonómica para configurar legalmente las Federaciones deportivas en su dimensión pública, y no obstante la condición formal de entidades privadas que les reconoce la Ley, ha de ajustarse sin embargo a los principios y reglas básicas diseñadas por el Estado en el ejercicio de su competencia en materia de régimen jurídico básico de las Administraciones públicas (149.1.18.^a CE). Esta posible interpretación y la conclusión en que termina han sido rechazadas, sin embargo, por el propio Tribunal que en forma expresa ha declarado que «la naturaleza de las federaciones deportivas como «entidades privadas» que ejercen «por delegación funciones públicas de carácter administrativo» (art. 30 de la Ley del Deporte), impide aplicarles el título de «bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas» del artículo 149.1.18.^a CE» [STC 33/2018, de 12 de abril, FJ 3.d) (i)]. Lo que de todas formas no significa, como luego podrá verse, que las Comunidades Autónomas sean competentes para determinar en exclusiva el régimen jurídico de las Federaciones deportivas autonómicas ni, menos aún, para ordenar cualquiera de las múltiples dimensiones de la práctica deportiva, con tal que tengan algo que ver con el deporte.

La STC 148/2000, de 1 de junio, es un buen ejemplo de esta limitación justificada en la presencia de otros títulos competenciales en favor del Estado. Esta sentencia desestima el conflicto de competencias promovido por la Generalidad de Cataluña contra el Real Decreto 769/1993, de 21 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento para la Prevención de la Violencia en los Espectáculos Deportivos (modificado luego por el Real Decreto 1247/1998, de 19 de junio). Aunque en honor de la verdad hay que decir que la citada STC 148/2000 no contiene tampoco ninguna declaración que de modo específico tercie en ese debate competencial, la importancia de esta decisión constitucional merece ser doblemente destacada.

De un lado, porque, aunque el título competencial relativo al «deporte» será efectivamente el primero que el Tribunal Constitucional descarte para resolver el conflicto planteado, esta decisión constitucional es sin ninguna duda la mejor demostración del contenido heterogéneo de la materia y de los incontables títulos competenciales cruzados que cabe advertir en la ordenación jurídica del deporte. Lo que certifica que efectivamente la «promoción del deporte», que la Constitución confía a las Comunidades Autónomas, no comprende todos los aspectos y manifestaciones de la actividad deportiva. Ciertas dimensiones del deporte, por su prevalente conexión con otras materias, tienen sus propias reglas de distribución de competencias (conforme con detalle ha estudiado CUCHI DENIA, 2005). Es el caso del asunto citado de la prevención y control de la violencia en los espectáculos deportivos (art. 149.1.29.^a CE). Pero igualmente también, por citar solo algunos de los ejemplos más señalados, el de las emisiones y retrasmisiones de competiciones y acontecimientos deportivos de interés general sobre el que razona la STC 112/2006, de 5 de abril (art. 149.1.27.^a CE); o el de las titulaciones profesionales deportivas y, en general, el de la educación física y la práctica deportiva en el sistema educativo en relación con el título competencial del art. 149.1.30.^a CE), al que se refieren las SSTC 131/1996, de 11 de julio, y 102/2017, de 20 de julio, y en las que pueden encontrarse también algunas declaraciones de interés.

Y por otro porque la controversia versaba sobre un extremo en el que, paradójicamente, la competencia del Estado parecía más segura. Así al menos cabía deducirlo razonablemente de la opinión de la doctrina científica que sin mucha preocupación había admitido siempre, no sin excepciones (AGIRREAZKUENAGA, 1998, 242 y 272-273), la competencia del Estado para regular el fenómeno de la violencia en los espectáculos deportivos, al amparo del artículo 149.1.29.^a CE. Una opinión, además, que cuadra con el rigor formal con el que el Estado había justificado aquí su propia com-

petencia, en notorio contraste con el acusado déficit que por este motivo despunta en la Ley 10/1990, que no identifica los concretos títulos que en cada caso le han servido de soporte para dictar las normas que establece, ni discrimina tampoco la fuerza normativa de sus preceptos, como ciertamente es normal que hagan las leyes. Lo que acaso sea también la mejor demostración de la creciente conflictividad competencial en la materia, avivada además en los últimos tiempos por el empuje normativo del Estado y, sobre todo, de las Comunidades Autónomas que han salpicado de disposiciones el ordenamiento jurídico deportivo, a veces también en virtud de títulos conexos. Por ninguna otra razón, la cuestión competencial sintetiza hoy (junto con la creciente penetración de la intervención administrativa), uno de los principales problemas de la ordenación jurídico-pública del deporte.

Esa conflictividad competencial es singularmente visible a propósito de la definición legal del papel de las federaciones deportivas autonómicas en el ámbito nacional e internacional. La STC 1/1986, de 10 de enero, se pronuncia por primera vez sobre esta cuestión con ocasión del conflicto positivo de competencias promovido por la Generalidad de Cataluña contra el Real Decreto 2075/1982, de 9 de julio, sobre actividades y representaciones deportivas internacionales. La controversia consistía entonces en determinar si la regla del art. 4 del citado Real Decreto [que, partiendo de la forzosa integración de las federaciones deportivas autonómicas en la correspondiente federación española, establecía que «no se autorizarán en ningún caso competiciones internacionales de las comprendidas en este capítulo con selecciones nacionales de otros países si la representación española no se establece igualmente con categoría de selección nacional», y que sería incorporada luego, con algunos matices, a los arts. 8.i), 32.1 y 33.2 de la vigente Ley estatal 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte], vulneraba o no la competencia autonómica en materia de «deporte», en cuanto que impedía a las Comunidades Autónomas autorizar a

sus propias Federaciones deportivas a participar en competiciones internacionales.

En esa ocasión, aun cuando ambas partes defendieron sus respectivas competencias con fundamento en una divergente interpretación del título «relaciones internacionales» del art. 149.1.3.^a CE, el Tribunal descartó sin embargo su examen, por considerarlo innecesario para determinar la titularidad de la competencia entonces controvertida. Le bastó con comprobar que la autorización para participar en competiciones internacionales es una decisión que compromete los intereses generales del deporte federado en su conjunto, «que no quedan, como tales, ni tutelados ni asistidos por la Administración deportiva de las distintas Comunidades Autónomas», y, por tanto, de competencia estatal.

Con arreglo a este planteamiento, la sentencia concluirá que «desde el momento en que la decisión sobre la participación en la competición ha adquirido rango nacional [...], es claro que la posible intervención administrativa que aquí se viene considerando no puede corresponder a las autoridades de la Comunidad Autónoma, pues si esta tiene, sin duda, competencias en materia deportiva con arreglo a su Estatuto de Autonomía, no es menos cierto que estas competencias, como cualesquiera otras de las que ostente, no pueden desplegarse sobre entes que, como en este caso ocurre, existen y desarrollan sus actividades en un ámbito nacional sustraído ya al ejercicio de las potestades autonómicas, estando la autonomía constitucionalmente garantizada a las Comunidades Autónomas, al servicio de la gestión de sus intereses propios (art. 137 de la Constitución), limitados *ratione loci* (art. 25.1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña), y no siendo desde ella posible, ciertamente, la afectación, como aquí habría de ocurrir, de intereses que son propios del deporte federado español en su conjunto».

Esta declaración, que no descarta de raíz cualquier tipo de participación internacional de las Federaciones deportivas de ámbito

autonómico, y que ha sido muy criticada por la doctrina (AGIRREAZKUENAGA, 1998, 380-401 y LUENGO ÁLVAREZ-SANTULLANO, 1993, 185-193), presta no obstante apoyo constitucional suficiente para confirmar, apurando la apuntada dimensión pública de las Federaciones deportivas y la existencia de innegables intereses públicos en el deporte federado, el modelo organizativo diseñado por el legislador estatal y, en particular, la exigencia de la sucesiva y forzosa integración de las Federaciones deportivas territoriales en la correspondiente Federación nacional como mecanismo de representación de los intereses públicos en el ámbito nacional o internacional.

De hecho, esta concepción de la competencia autonómica en materia de deporte, que traduce el doble límite que constituyen, de un lado, el carácter territorialmente limitado de las competencias autonómicas y, de otro, la existencia de intereses generales del deporte español «en su conjunto», ha sido repetidamente confirmada por el Tribunal Constitucional, en sus SSTC 80/2012, de 18 de abril, y 110/2012, de 23 de mayo, y más modernamente, en la STC 33/2018, de 12 de abril.

Las dos primeras sentencias citadas resuelven los respectivos recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el Presidente del Gobierno contra los arts. 16.6 de la Ley del Parlamento vasco 14/1998, de 11 de junio, del Deporte, y 19.2 de la Ley del Parlamento de Cataluña 8/1988, en la redacción dada al mismo por la Ley 9/1999, de 30 de julio, de apoyo a las selecciones catalanas, y que en forma prácticamente idéntica atribuían a sus respectivas federaciones autonómicas de cada modalidad deportiva la representación exclusiva del correspondiente deporte federado en el ámbito estatal e internacional (y cuya respectiva vigencia, inicialmente acordada por el Tribunal Constitucional con arreglo a lo dispuesto en el art. 161.2 CE, había sido mantenida luego por los AATC 35/1999, de 9 de febrero, y 108/2000, de 11 de abril).

Al respecto el Tribunal declarará en ambos casos que «la representación internacional del deporte federado español puede calificarse como una cuestión de interés general, relacionada directamente con la imagen exterior que se proyecta del Estado Español, que, si bien no se integra —como ya hemos señalado— en el título competencial de «relaciones internacionales» constituye fundamento suficiente de la intervención reguladora del Estado en materia deportiva y se proyecta, consecuentemente, sobre el alcance de las competencias autonómicas en esta materia, en el sentido de que determinadas decisiones —como la decisión de participación de las selecciones españolas en competiciones internacionales, la autorización de la inscripción de las federaciones españolas en las federaciones internacionales correspondientes, o la autorización de la celebración de competiciones internacionales de carácter oficial en territorio español (art. 8 Ley 10/1990)— ha de ubicarse necesariamente en el ámbito de decisión del Estado, constituyendo un límite externo al ejercicio de las competencias autonómicas» [SSTC 80/2012, FJ 7.a), y 110/2012, FJ 5].

Con arreglo a este planteamiento, el Tribunal concluirá igualmente en ambos casos que la respectiva Comunidad Autónoma, en el ejercicio de su competencia exclusiva sobre «deporte», «no puede prever que las federaciones autonómicas serán las «únicas representantes del deporte federado [autonómico]» con carácter general, pues ello implicaría que el legislador [autonómico] está configurando el régimen o la regulación de determinadas facetas de la materia de deporte que afectan a la imagen exterior del Estado y que inciden en la esfera de intereses del deporte federado español en su conjunto; cuando, en realidad, se trata de decisiones que quedan al margen del poder de actuación de las Comunidades Autónomas y pertenecen forzosamente al del Estado, constituyendo, así, un límite externo al ejercicio de esa competencia exclusiva autonómica. Las cuestiones que se incluyan en esa «representación internacional» del deporte federado español en su conjunto —relati-

vas por ejemplo a la organización de competiciones internacionales oficiales en territorio español; a la decisión de participar en competiciones internacionales en el exterior o a la conformación de las selecciones españolas— no pueden pertenecer al ámbito de decisión de una Comunidad Autónoma, pues trascienden de su esfera de intereses propios y tampoco pueden ser configuradas como un pretendido efecto extraterritorial de una competencia propia. Los intereses que se ven afectados como consecuencia de la necesidad de atender a la imagen internacional del Estado español, a la representación unitaria del deporte federado español en su conjunto en competiciones internacionales, y sus consiguientes efectos simbólicos, requieren de una actuación no fragmentada, de una actuación común y coordinadora que solo puede competir al Estado» (SSTC 80/2012, FJ 10, y 110/2012, FJ 5).

La citada STC 33/2018 confirma este mismo criterio al examinar el recurso de inconstitucionalidad promovido por la Generalitat de Cataluña contra determinados preceptos de la Ley 15/2014, de racionalización del sector público y otras medidas de reforma administrativa, y, de modo particular, por lo que ahora interesa, contra el art. 23, que regula la denominada «licencia deportiva única» y que el Tribunal acabará censurando por considerar que «la imposición por el Estado de este efecto transversal u horizontal de las licencias de las federaciones de ámbito autonómico excede de las facultades del Estado [necesarias para la gestión del deporte español en su conjunto] y perturba las competencias autonómicas para organizar autónomamente el deporte en su territorio» [FJ 3.e)].

Esta sentencia contiene de todas formas declaraciones realmente decisivas y que importa subrayar ahora. En particular, confirma que el modelo organizativo diseñado por el legislador estatal y, en particular, la exigencia de la sucesiva y forzosa integración de las Federaciones deportivas territoriales en la correspondiente Federación nacional como meca-

nismo de representación de los intereses públicos en el ámbito nacional o internacional es una opción legítima. Y, sobre todo, certifica la utilización del «deporte español en su conjunto» como un verdadero título competencial en favor del Estado que limita la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas en la materia.

En estas condiciones, se explica que las Comunidades Autónomas, bien que con matizaciones, hayan seguido sustancialmente el modelo de organización diseñado por el legislador estatal y que actualmente, según resume la STC 80/2012 y recuerda la STC 33/2018, pivota sobre tres ejes principales: el **carácter privado** de las organizaciones deportivas (sin perjuicio del ejercicio por delegación de determinadas funciones públicas); el **monopolio federativo** (que impone la existencia de una única federación por cada modalidad deportiva); y una **estructura organizativa en cascada o piramidal** (que implica que las entidades deportivas privadas de base de una modalidad deportiva se integran en la federación provincial correspondiente que, a su vez, se integra en la federación autonómica, y luego esta en la estatal, de modo que cada uno de los niveles territoriales comprende y agota el inferior como fórmula de gestión de los respectivos intereses de cada instancia territorial).

IV. LA ADECUADA UTILIZACIÓN DEL OCIO

En lo que conozco, aunque no faltan tampoco precisamente los conflictos de competencias en los que las Comunidades Autónomas han defendido la competencia autonómica en cada

caso controvertida con invocación del título competencial «adecuada utilización del ocio» (art. 148.1.19.ª CE), en la jurisprudencia constitucional no hay, sin embargo, ningún pronunciamiento específico sobre su significado y alcance competencial. De hecho, cuando eso ha sucedido, y comoquiera que su invocación se ha producido siempre de forma secundaria y en compañía de otros títulos constitucionales y estatutarios, el relativo al «ocio» que aquí nos interesa ha sido el primero en desaparecer del debate, incluso en ocasiones de forma silenciosa, ya en algunos casos diluido en los títulos «promoción del turismo» y «cultura» (SSTC 49/1984, 101/2005 y 89/2017), ya en otros por virtud del empuje de los títulos sectoriales y más específicos de «medio ambiente», «espacios naturales protegidos» y «ordenación del territorio» (SSTC 306/200, 38/2002, 101/2005, 97/2013 y 118/2017), «puertos deportivos» (STC 193/1998), «pesca fluvial» (STC 15/1998), e industria (STC 153/1989) o ya, en fin, y las más de las veces, por razón de la prevalencia de la materia «espectáculos públicos» (SSTC 143/1985, 153/1985, 87/1987, 300/1993 y 132/2013).

Un resultado probablemente irreprochable, pero que no hay duda habla bien a las claras de la escasa densidad competencial del concepto «ocio». Lo que por otra parte se explica mejor si se tiene en cuenta que «la adecuada utilización del ocio» remite a la lícita autodeterminación de la propia conducta y, por consiguiente, a la libertad personal (art. 17.1 CE) y al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.2 CE), que son por principio ámbitos refractarios a la intervención de los poderes públicos, al margen de su necesario fomento y promoción.

BIBLIOGRAFÍA

AGIRREAZKUENAGA, I., *La intervención pública en el deporte*, Civitas, Madrid, 1998.

ALONSO GARCÍA, E., «Las competencias de los entes locales en el deporte», en MUÑOZ MACHADO, S. (Dir.), *Tratado de Derecho municipal*, II, Civitas, Madrid, 1988.

BERMEJO VERA, J., «La jurisprudencia constitucional en materia deportiva», en *La Constitución y el deporte*, X Jornadas Unisport sobre Derecho Deportivo, Granada, 1993.

— *Constitución y Deporte*, Tecnos, Madrid, 1998.

CONSEJO DE ESTADO, «El deporte», *Memoria 1991*, Madrid, 1992.

CUCHI DENIA, J. M., *La distribución de competencias deportivas en España*, Bosch, Barcelona, 2005.

DESCALZO GONZÁLEZ, A., *Derecho público de las federaciones deportivas* (manuscrito facilitado por cortesía del autor).

ERKOREKA GERVASIO, J. I., «Deporte y distribución competencial», *RVAP*, núm. 59, 2001.

LASAGABASTER HERRARTE, I., «Deporte, relaciones internacionales y Comunidades Autónomas: Un análisis al hilo de la reciente jurisprudencia constitucional», *Revista d'Estudis Autònòmics i Federals*, núm. 18, 2013.

LUENGO ÁLVAREZ-SANTULLANO, A., «Acerca del Real Decreto 2075/1982, sobre actividades y representaciones deportivas internacionales», *REDD*, núm. 4, 1994.

ORTIZ DE ZÚÑIGA, M., *Elementos de Derecho Administrativo*, III, Imprenta y Librería de Sanz, Granada, 1843.

PAREJO ALFONSO, L., «El deporte como materia, soporte y objeto de competencias estatales», en PALOMAR OLMEDA, A. (Dir.), *Cuestiones actuales del fútbol profesional*, RFEF, Madrid, 2000.

RAZQUÍN LIZARRAGA, J. A., «Deporte y Comunidades Autónomas. Aspectos competenciales de la Ley estatal del Deporte», *REALA*, núm. 249, 1991.

TEJEDOR BIELSA, J. C., *Público y privado en el deporte*, Bosch, Barcelona, 2003.

TEROL GÓMEZ, R., «Administración pública y deporte», en PALOMAR OLMEDA, A. (Dir.), *Derecho del deporte*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2013.

TORNOS MÁZ, J., «La distribución de competencias entre el Estado y las CC. A.A. en materia deportiva», en *La Constitución y el deporte*, X Jornadas Unisport sobre Derecho Deportivo, Granada, 1993.

ARTÍCULO 148.1.20.^a

20.^a Asistencia social.

Sumario: I. La indefinida noción de asistencia social en la Constitución. II. El primer diseño del concepto «asistencia social» y sus efectos en materia de distribución competencial: las SSTC 76/1986 y 146/1986. III. Acatamiento y continuidad de las líneas interpretativas de las SSTC 76/1986 y 146/1986 en la doctrina constitucional posterior. IV. La trascendente STC 239/2002. V. La asistencia social, una técnica de protección social situada extramuros del sistema de Seguridad Social.

JESÚS R. MERCADER UGUINA

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

I. LA INDEFINIDA NOCIÓN DE ASISTENCIA SOCIAL EN LA CONSTITUCIÓN

La noción de asistencia social no se encuentra definida en la Constitución. La utilización explícita del concepto «asistencia social» solo se encuentra en el art. 148.1.20.^a CE, conforme al cual «las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en [...] asistencia social». No obstante, cabe apreciar **una presencia implícita del derecho a la asistencia social en otros varios preceptos constitucionales**, en particular en el art. 39, respecto de la protección a la familia; el art. 40, respecto de la distribución de la renta personal; el art. 42, respecto de los emigrantes españoles, el art. 47, respecto de la vivienda; el art. 48, respecto de los jóvenes; el art. 49, respecto de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos; y el art. 50, respecto de los ciudadanos de la tercera edad.

La dificultad de dotar de contenido el concepto de «asistencia social» viene precisada por su **máximo nivel de indeterminación y equívocidad**, dificultad a la que se añade el

hecho de que el concepto de «asistencia» utilizado en el art. 41 CE («asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad») no es necesariamente coincidente con el de *asistencia social* del art. 148.1.20.^a CE. De este modo, y aun admitiendo que el adjetivo «sociales» que utiliza el art. 41 CE se refiere no solo a las prestaciones, sino también a la asistencia, con lo cual podría afirmarse que el término «asistencia social» también se encuentra presente en el Capítulo de la Constitución referido a los principios rectores de la política social y económica, es preciso tener presente que en el art. 41 CE no se define el contenido de aquella; solo se dice que forma parte del contenido del régimen público de Seguridad Social, cuestión que ha de llevar al examen de las relaciones existentes (de prevalencia, conexión, complementariedad o subsidiaridad) entre las nociones constitucionales de Seguridad Social y asistencia social.

La complejidad es mayor, dado que **las Comunidades Autónomas han «desplazado la asistencia social como título competencial exclusivo por el de servicios socia-**

Ies», si bien «algunos de esos Estatutos incluyen la asistencia social como una manera de utilizar la expresión que ancla en la exclusividad prevista en la CE las competencias de las Comunidades Autónomas en todas las cuestiones que afectan a los servicios sociales» (GONZÁLEZ ORTEGA). En efecto, todas las Comunidades Autónomas disponen estatutariamente de competencias exclusivas en materia de servicios sociales. La fórmula normativa general y omnicompreensiva de atribución de competencias en materia de «asistencia social y servicios sociales», utilizada por los correspondientes Estatutos de Autonomía en la mayor parte de los casos, se suele acompañar también de títulos competenciales semejantes como «bienestar social» o «desarrollo comunitario e integración», o especificativos como «política infantil, juvenil y de la tercera edad», «promoción e integración de discapacitados y emigrantes», «actuaciones de reinserción social», «exclusión social», sin que falten, finalmente, referencias generales a la promoción de los «demás grupos sociales necesitados de especial atención», incluida la creación de «centros de protección, reinserción y rehabilitación». Por todo ello, cabe hablar incluso de una cierta metamorfosis de la noción «asistencia social» de modo que «la asistencia social se ha transformado en los actuales servicios sociales» (GONZÁLEZ ORTEGA).

Todo ello hace que el precepto constitucional resulte inaplicable sin el desarrollo de una importante labor interpretativa que no podría hacer ninguna otra instancia distinta al Tribunal Constitucional.

II. EL PRIMER DISEÑO DEL CONCEPTO «ASISTENCIA SOCIAL» Y SUS EFECTOS EN MATERIA DE DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAL: LAS SSTC 76/1986 Y 146/1986

La primera ocasión en la que el Tribunal Constitucional tuvo ocasión de precisar el alcance de la citada noción tuvo como objeto el planteamiento por parte del Presidente del

Gobierno de dos recursos de inconstitucionalidad contra las Leyes del Parlamento vasco 11/1983 y 8/1985, relativas a derechos profesionales y pasivos del personal que prestó sus servicios a la Administración Autónoma del País Vasco desde el 7 de octubre de 1936 al 6 de enero de 1978. Estas leyes vascas otorgaban una serie de beneficios (pensiones de jubilación, viudedad y orfandad) para atender la situación de necesidad de un colectivo concreto: altos cargos, personal funcionario o contratado, administrativa o laboralmente, de lo que de hecho fue la «Administración Autónoma». La **STC 76/1986** señala que: «la noción de asistencia social no está precisada en el texto constitucional, por lo que ha de entenderse remitida a conceptos elaborados, en el plano de la legislación general, que no han dejado de ser tenidos en cuenta por el constituyente; de la legislación vigente se deduce la existencia de una asistencia social externa al sistema de Seguridad Social, y no integrada en él, a la que ha de entenderse hecha la remisión contenida en el art. 148.1.20.^a de la Constitución [...]. Esta asistencia social aparece como un mecanismo por grupos de población a los que no alcanza aquel sistema y que opera mediante técnicas distintas de las propias de la Seguridad Social. En el momento actual —con independencia de que la evolución del sistema de Seguridad Social pueda ir en la misma dirección— es característica de la asistencia social su sostenimiento al margen de toda obligación contributiva o previa colaboración económica de los destinatarios o beneficiarios». Entiende el TC que no se produce, en este caso, una invasión de las competencias estatales en el ámbito de la normativa sobre clases pasivas ni sobre el régimen de la Seguridad Social (art. 149.1.17.^a y 18.^a CE), porque los beneficios concedidos pueden quedar englobados en el título competencial de «asistencia social» (art. 148.1.20.^a CE).

Esta sentencia fue objeto de un voto particular formulado por dos Magistrados, para quienes la noción constitucional de asistencia social debe ser referida a «lo que la tradición jurídica denominaba «beneficencia», entendi-

da como satisfacción de necesidades vitales en los casos en que la persona esté imposibilitada, económicamente, para atenderlas por sí sola». Los Magistrados entienden que la «asistencia social», por muchos esfuerzos interpretativos que se realicen, no es título competencial que justifique la respetable finalidad de la concesión de dichas pensiones.

De este primer pronunciamiento del Tribunal Constitucional se desprende que la interpretación de la noción constitucional de asistencia social ha de hacerse por referencia a los criterios presentes en la «legislación general» vigente, de la cual, según él, se deducen dos principales caracteres (ALONSO SECO/GONZALO): 1.º es una actuación externa a la Seguridad Social, dirigida a colectivos no integrados en dicho sistema; 2.º en el momento actual se financia sin la previa colaboración económica de sus beneficiarios. En cualquier caso, el Tribunal no entra en la definición de los contenidos de la asistencia social; aunque defina alguno de sus caracteres, se refiere a ella solo como técnica instrumental de actuación.

La STC 146/1986 tuvo por objeto resolver la discrepancia del Gobierno autonómico gallego respecto de dos Resoluciones de la Dirección General de Acción Social, por las que se convocaban dotaciones económicas, contempladas en los Presupuestos Generales del Estado, para la financiación de programas de acción social que debían ser gestionados por dicha Dirección General. El citado pronunciamiento añade que la citada noción no solo sirve de criterio interpretativo de la legislación general, sino también de la «práctica nacional e internacional». Siguiendo las pautas de la Carta Social Europea, define en abstracto la asistencia social como «una técnica de protección fuera del sistema de la Seguridad Social, con caracteres propios, que la separan de otras afines o próximas a ella». Nota definitiva es, por tanto, **el carácter de técnica pública de protección** que la citada noción posee. Como señala el Tribunal Constitucional, «uno de estos caracteres típicos es su dispensación por entes públicos o por organismos

dependientes de entes públicos, cualesquiera que estos sean. La Asistencia Social viene conformada como una técnica pública de protección, lo que la distingue de la clásica beneficencia, en la que históricamente halla sus raíces». A ello añade el citado pronunciamiento **la posibilidad de concesión por entidades privadas**, pues, como el mismo expresa, «esta noción no solo comprende a la asistencia dispensada por entes públicos —que la definen y la prestan—, sino también a la dispensada por entidades privadas, caso en que los poderes públicos desempeñan solo funciones de fomento o de control».

Al margen de las precisiones que efectúa el citado pronunciamiento en relación con la noción de asistencia social, se establecen en ella los siguientes postulados de gran interés (ALONSO SECO/GONZALO):

1.º **La facultad de gasto público que posee el Estado no es un título legitimador de atribución competencial**, ni el solo hecho de financiar puede erigirse en núcleo que atraiga hacia sí toda competencia. Señala la sentencia a estos efectos que: «la sola decisión de contribuir a la financiación no autoriza al Estado para invadir competencias ajenas —que lo siguen siendo, a pesar de la financiación—, sino que, aun si estima que lo requiere el interés general, deberá desenvolver su actividad al amparo de una autorización constitucional, y respetando en todo caso las competencias que la Constitución (que se entiende también ha valorado el interés general) ha reservado a otros Entes territoriales. En consecuencia, esto significa que la persecución del interés general se ha de materializar «a través de», no «a pesar de» los sistemas de reparto de competencias articulados en la Constitución, pues solo así podrá coordinarse con el conjunto de peculiaridades propias de un Estado de estructura plural».

2.º **El art. 9.2 CE es un precepto genérico que no legitima al Estado para ejercer una competencia paralela o concurrente sobre la misma materia asumida en ex-**

clusiva por la Comunidad Autónoma, pues indica que: «en un caso de atribución en exclusiva de competencias, como sucede en este, el Estado tiene que actuar teniendo en cuenta que hay competencias de otros entes que han de respetarse, actuando desde el exterior, coordinando, fomentando o potenciando la actividad autonómica, usando las técnicas que para este fin habilita la Constitución, pero es claro que no se respeta este esquema cuando el problema se trata de resolver mediante la creación de competencias concurrentes o «paralelas», al amparo, además, de un precepto tan genérico como el art. 9.2 CE que, entendido como una habilitación para que el Estado pueda actuar en razón del interés general, podría terminar por vaciar de contenido el diseño constitucional del Estado de las Autonomías».

3.º Se establece la posibilidad, por vía circunstancial, de que el Estado pueda establecer políticas de asistencia social, con fundamento en los arts. 149.3, 150.3 o 149.1 CE.

4.º En materia de acción y protección social, **las competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas no pueden entenderse en sentido estricto de exclusión de actuación por parte de otros entes públicos o privados**. Señala a estos efectos que: «en una materia compleja, como la acción y protección social, tan central además en un Estado social (a la vista de los principios rectores de política social incluidos en el Capítulo III del Título I CE), las competencias exclusivas no pueden entenderse en un sentido estricto de exclusión de actuación en el campo de lo social, ni de otros entes públicos —tal como sucede en particular con los entes locales—, ni por parte de entidades privadas, que gozan además al respecto de una esfera específica de libertad que consagra el inciso final del art. 41 CE, ni tampoco por parte del Estado, respecto de aquellos problemas específicos que requieran para su adecuado estudio y tratamiento un ámbito más amplio que el de la Comunidad Autónoma y que presupongan en su concepción, e incluso en su ges-

tión, un ámbito supracomunitario, que puede corresponder al Estado».

5.º El Estado puede intervenir en materia de asistencia social cuando existan problemas sociales peculiares que exijan un planteamiento global, pero respetando las competencias propias de la Comunidad Autónoma.

6.º La gestión de ayudas económicas estatales de asistencia social corresponde en principio a la Comunidad Autónoma, pero es legítima la gestión directa del Estado cuando, por su carácter estatal, no pueda regionalizarse su gestión.

III. ACATAMIENTO Y CONTINUIDAD DE LAS LÍNEAS INTERPRETATIVAS DE LAS SSTC 76/1986 Y 146/1986 EN LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL POSTERIOR

Los posteriores pronunciamientos habidos en esta materia se remitirán a lo dicho en las SSTC 76/1986 y 146/1986 (ALARCÓN). Las SSTC 13/1992, 16/1996 y 68/1996 actúan desde premisas similares. Las mismas abordan la actuación del Estado en las Leyes de Presupuestos Generales, pues la promulgación de estas leyes puede dar lugar a invasiones de competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas. Las dos primeras resuelven recursos de inconstitucionalidad planteados por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña contra las Leyes de Presupuestos 33/1987, 37/1988 y 4/1990. La tercera sentencia tiene por parte actora el Gobierno balear y el objeto de la controversia son diversas partidas presupuestarias de la Ley 33/1987, de 23 de diciembre.

Por su parte, la STC 171/1998 resuelve una serie de conflictos positivos de competencia promovidos por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña en relación con el art. 6 RD 2385/1985, sobre modificación de la estructura orgánica de **la ONCE (Organización Nacional de Ciegos Españoles)**, y

con el art. 7 RD 358/1991, por el que se reordenaba dicha organización. La Generalidad entiende que la autorización de cualquier cambio o nueva modalidad en el «cupón pro-ciegos», así como la inspección de los servicios y actividades de la ONCE relacionados con el mencionado «cupón», corresponden a Cataluña y no al Estado, al tener la Generalidad competencia exclusiva en materia de juego y apuestas y de asistencia social. El citado pronunciamiento, reiterando lo dicho en pronunciamientos anteriores, define la «asistencia social» como «una técnica de protección fuera del sistema de Seguridad Social con caracteres propios que la separan de otras afines o próximas a ella, dispensada por entes públicos o por organismos dependientes de entes públicos cualesquiera que estos sean o por entidades privadas, caso en el que los poderes públicos desempeñan solo funciones de fomento y control».

IV. LA TRASCENDENTE STC 239/2002

Como posterioridad, la STC 239/2002 examinó el conflicto positivo de competencias interpuesto por el Gobierno de la Nación contra los Decretos de la Junta de Andalucía 284/1998 y 62/1999, en los que se establecía **para los residentes en la Comunidad Autónoma de Andalucía una ayuda económica complementaria, de carácter extraordinario (por una sola vez), con cargo a presupuestos de la Comunidad Autónoma para los pensionistas de jubilación e invalidez en su modalidad no contributiva.**

Para el Abogado del Estado, las ayudas de la Junta son en sentido estricto prestaciones de Seguridad Social y competencia estatal, por cuanto el art. 149.1.17.^a CE prevé la competencia exclusiva del Estado, tanto en la legislación básica como en el régimen económico de la Seguridad Social, y porque dentro del sistema de Seguridad Social se incluyen tanto las prestaciones contributivas como las no contributivas. Subsidiariamente, entiende que, aun en el

caso de que no fueran Seguridad Social y pudieran calificarse de «complemento» de la misma, el art. 39 LGSS impediría tal complementación al permitir solo las mejoras respecto de las prestaciones contributivas.

Por el contrario, para el Letrado de la Junta de Andalucía, las ayudas constituyen asistencia social y son competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas *ex art.* 148.1.20.^a CE, pues la naturaleza de una ayuda no puede determinarse por los sujetos a quienes van dirigidas, sino por la distinta técnica empleada. Además, alega que, en la hipótesis de considerarse Seguridad Social, tampoco existiría problema competencial alguno en la medida en que el art. 149.1.17.^a CE limita la exclusividad estatal a la legislación básica y cabe entender que la ayuda es una ejecución de las bases del Estado sobre la Seguridad Social.

El problema al que se enfrenta el Tribunal reside, así pues, en determinar la naturaleza de las ayudas, pues de ella depende que se enmarquen en un título competencial u otro (149.1.17.^a CE o 148.1.20.^a CE). Para proceder a averiguar qué naturaleza tienen las ayudas controvertidas, el TC analiza el art. 41 CE, que, como es sabido, establece que «los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres».

Al abordar este precepto, el TC comienza recordando que su interpretación ha de hacerse teniendo en cuenta **el sistema de Seguridad Social del que partieron los constituyentes**, que era un modelo predominantemente contributivo y basado en la idea de riesgo profesional y en el que aunque se contuviera ámbitos de asistencia social, estos se expresaban con referencia exclusiva a personas incluidas en su campo de aplicación y a los familiares o asimilados dependientes (FJ 3). Asimismo, recuerda que la Seguridad Social

se configura como una «función de Estado» (STC 65/1987), esto es, como un derecho de estricta configuración legal, llamada a proteger «situaciones o estados de necesidad», lo que permite al legislador incluir dentro del ámbito de la Seguridad Social no solo prestaciones contributivas, sino también de carácter no contributivo de claro contenido asistencial. Y afirma que el art. 41 CE permite complementar la Seguridad Social con prestaciones fuera de su ámbito, de «carácter libre», como ocurre con el Mutualismo o los planes y fondos de pensiones.

Pero el Tribunal recuerda que **el art. 41 CE en ningún momento regula ni distribuye competencias**, caracterizándose como un precepto sustentado en la **neutralidad competencial**, es decir, que no prejuzga ni atribuye competencias ni se decanta a favor de un centro de decisión (STC 206/1997, de 27 de noviembre). Por lo que la solución competencial ha de buscarse no es este precepto, sino en el único lugar apropiado para ello: el Título VIII de la CE.

Ello precisado, la sentencia aborda la noción de «asistencia social», recordando que, como ya se dijo en la STC 76/1986, esta no se contiene en el texto constitucional y que, por ello, ha de entenderse remitida a conceptos elaborados en el plano de la legislación general que tuvo en cuenta el constituyente. Sobre este plano legislativo, el Tribunal ya declaró que la asistencia social es una técnica pública de protección (STC 146/1986), que protege situaciones específicas de necesidad (STC 76/1986). Sobre esta definición, el Tribunal extrae una primera consecuencia: que tanto la Seguridad Social como la asistencia social persiguen la atención de situaciones de necesidad, existiendo una franja común de cobertura asistencial de situaciones de necesidad y, más precisamente, una asistencia social **interna al sistema de Seguridad Social**, competencia estatal y una asistencia social **externa al sistema de Seguridad Social**, competencia posible y exclusiva de las CC. AA., cuyo límite se encuentra en que la Comunidad aprecie una situación real de necesidad

en la población beneficiaria de las ayudas y su actividad prestacional no interfiera en el régimen jurídico básico de la Seguridad Social ni en su régimen económico.

Para la sentencia, esta realidad supone reconocer que, del mismo modo que la Constitución otorga cobertura al Estado para ampliar su acción protectora a ámbitos asistenciales y no contributivos e ir, de este modo, universalizando la Seguridad Social, tal legítima función legislativa estatal de carácter expansivo no puede mermar la competencia atribuida expresamente en la CE a las Comunidades Autónomas. Otro entendimiento supondría, en definitiva, que fuera la voluntad estatal la que determinara el alcance de un ámbito competencial establecido en la CE y que tal voluntad, incluso, pudiera llevar al vaciamiento de la asistencia social que corresponde a las Comunidades, lo que no ha sido querido por el texto constitucional.

Desde la perspectiva concreta de la distribución de competencias, que es lo que verdaderamente se dirime, excluido que las ayudas de Andalucía se enmarquen dentro de ningún régimen privado y voluntario de complementación de la Seguridad Social, el TC analiza si las ayudas andaluzas reúnen los requisitos propios de la asistencia social como técnica en este caso «pública» de protección que: a) protege situaciones de necesidad; b) sentidas por grupos de población a los que no alcanza el sistema de Seguridad Social; c) y que opera mediante técnicas distintas de las propias de la Seguridad Social.

De estos elementos, el Tribunal opta por examinar de modo prioritario el segundo. Y ello como consecuencia de que el Abogado del Estado sustenta su posición en la STC 76/1986, que, a su juicio, establece de modo palmario que se produce una invasión de competencias cuando los sujetos protegidos resultan coincidentes, tal y como aquí ocurre, al tener como referente las ayudas andaluzas a los beneficiarios de pensiones no contributivas de jubilación e invalidez. En este punto, el TC conside-

ra que tal razonamiento constituye un alcance desmesurado de la doctrina contenida en dicha sentencia que realizaba un razonamiento historicista y, además, consideró asistencia social los beneficios por ella enjuiciados pese a que los mismos se dirigían tanto a personas incluidas como no incluidas en el ámbito de la Seguridad Social. De ahí que concluya el TC que aunque la inclusión subjetiva en el sistema de Seguridad Social de los beneficiarios de este tipo de ayudas pueda ser un elemento a valorar en cada caso, debe ponderarse con suma cautela, pues difícilmente puede ser determinante o concluyente del deslinde competencial entre Seguridad Social y asistencia social, como muestran los salarios mínimos de inserción de las Comunidades Autónomas, sobre los que existe consenso en cuanto a su consideración como asistencia social.

Sobre la posibilidad de regular ayudas para los mismos beneficiarios y de presumir que existe una situación real de necesidad en la población beneficiaria (por cuanto aunque alude a la misma a lo largo de su texto, no realiza un análisis específico de este elemento) sobre la que pueden actuar las Comunidades Autónomas cuando no perturben el sistema de Seguridad Social, el TC procede a examinar si las ayudas andaluzas producen dichas interferencias, lo que le exige analizar las técnicas empleadas en su configuración.

Pues bien, **es la distinta técnica de protección la que, para el TC, determina en este caso la naturaleza de las ayudas objeto de litigio.** Mientras que las prestaciones no contributivas de Seguridad Social se caracterizan por cubrir situaciones de necesidad cuando se cumplen unos requisitos previos, generando un derecho subjetivo perfecto que se mantiene en el tiempo mientras estos se cumplan y que da lugar a unas prestaciones económicas de pago normalmente mensual y que se actualizan y consolidan, financiándose con fondos de titularidad estatal, las ayudas objeto de controversia se caracterizan por ser complementarias de las pensiones de jubilación e invalidez del sistema de Seguridad So-

cial en sus modalidades no contributivas, por tener carácter extraordinario, por carecer de módulos de actualización y por abonarse con cargo de los presupuestos autonómicos. Por ello, el TC concluye que son asistencia social externa al sistema de Seguridad Social y competencia de las Comunidades Autónomas en virtud del art. 148.1.20.^a CE.

Tal consideración, por lo demás, aboca al Tribunal a concluir que con su instauración no se vulnera el principio de igualdad instaurado en el art. 149.1.1.^a CE, en la medida en que, como ha señalado con anterioridad, este precepto únicamente presta cobertura a aquellas condiciones que guarden una estrecha relación, directa e inmediata, con los derechos que la Constitución reconoce y no puede operar como una especie de título horizontal, capaz de introducirse en cualquier materia o sector del ordenamiento, ni entenderse como una prohibición de divergencia autonómica (STC 61/1997). Divergencia autonómica a la que es inherente el uso por parte de las Comunidades Autónomas de una competencia propia, como lo es, en el presente caso, la reconocida en el texto constitucional en el art. 148.1.20.^a CE para la asistencia social. Sin que, finalmente, entienda el TC que se vulnera el principio de lealtad constitucional cuando de lo que se trata es de reivindicar una competencia concreta.

La sentencia se acompaña de dos votos particulares discrepantes. En ambos casos, se entiende que las ayudas constituyen, en puridad, una revalorización de las prestaciones no contributivas y, por ello, sí interfieren en el ámbito de la competencia exclusiva del Estado prevista en el art. 149.1.17.^a CE.

V. LA ASISTENCIA SOCIAL, UNA TÉCNICA DE PROTECCIÓN SITUADA EXTRAMUROS DEL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Como señalaron las SSTC 36/2012 y 26/2013, «atendiendo a las pautas de algunos instrumentos internacionales como la Carta Social

Europea, la asistencia social, en sentido abstracto, abarca una técnica de protección situada extramuros del sistema de la Seguridad Social, con caracteres propios, que la separan de otras afines o próximas a ella. Se trata de un mecanismo protector de situaciones de necesidad específicas, sentidas por grupos de población a los que no alcanza el sistema de Seguridad Social y que opera mediante técnicas distintas de las propias de esta. Entre sus caracteres típicos se encuentran, de una parte, su sostenimiento al margen de toda obligación contributiva o previa colaboración económica de los destinatarios o beneficiarios, y, de otra, su dispensación por entes públicos o por organismos dependientes de entes públicos, cualesquiera que estos sean. De esta forma, la asistencia social vendría conformada

como una técnica pública de protección, lo que la distingue de la clásica beneficencia, en la que históricamente halla sus raíces».

Es de destacar que el Tribunal Constitucional ha resuelto diversos conflictos promovidos por Comunidades Autónomas en relación con convocatorias de subvenciones estatales, fundados en su competencia en materia de asistencia social (o servicios sociales). Concretamente, en las SSTC 178/2011; 173/2012; 177/2012; 226/2012; 227/2012; 243/2012; 21/2013; 26/2013; 52/2013; 70/2013; 154/2013 y 9/2017. En todas estas resoluciones se ha apreciado la existencia de algún grado de vulneración de las competencias autonómicas para la regulación y gestión de las subvenciones.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO SECO, J. M. y GONZALO GONZÁLEZ, B., *La asistencia social y los servicios sociales en España*, BOE, Madrid, 1997.

DE LA VILLA GIL, L. E., «El contenido constitucional de la asistencia social», en MONTROYA MELGAR, A. (Coord.), *El trabajo y la Constitución. Estudios en homenaje al Profesor Alonso Olea*, Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y MTAS, Madrid, 2003, págs. 587 ss.

DE VICENTE PACHES, F., *Asistencia social y servicios sociales. Régimen de distribución de competencias*, Temas Senado, Madrid, 2003.

MARTÍN VALVERDE, A., «La asistencia social: Propuesta de reconstrucción de un concepto constitucional», en MONEREO PÉREZ, J. L. et al. (Coords.), *Homenaje al Profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación. La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras*, Comares, Granada, 2008, págs. 1119 a 1152.

MARTÍNEZ-GUJÓN MACHUCA, M. A., *Protección social, Seguridad Social, Asistencia Social*, CES, Madrid, 2005.

SUÁREZ CORUJO, B., *La protección social en el Estado de las Autonomías*, Iustel, Madrid, 2006.

ARTÍCULO 148.1.21.^a

21.^a Sanidad e higiene

Véase el comentario al artículo 149.1.16.^a

ARTÍCULO 148.1.22.^a

22.^a La vigilancia y protección de sus edificios e instalaciones. La coordinación y demás facultades en relación con las policías locales en los términos que establezca una ley orgánica.

Véase el comentario al artículo 149.1.29.^a

ARTÍCULO 148.2

2. Transcurridos cinco años, y mediante la reforma de sus Estatutos, las Comunidades Autónomas podrán ampliar sucesivamente sus competencias dentro del marco establecido en el artículo 149.

PEDRO ORTEGO GIL

CATEDRÁTICO

UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

La primigenia redacción de los Estatutos de las Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por el art. 143 CE fue planteando una serie de problemas que trataron de solventarse, primero, mediante el Informe de la Comisión de Expertos presidida por E. GARCÍA DE ENTERRÍA de 19 de mayo de 1981 y, a raíz de su repercusión, mediante los **Pactos Autonómicos** de 31 de julio de aquel mismo año. Quedaron delimitados los criterios sobre los que habrían de desarrollarse el acceso y el contenido de la autonomía de las Comunidades sujetas al régimen ordinario y que todavía no

habían aprobado sus Estatutos, reconduciendo la disparidad competencial y adecuando a criterios de racionalidad jurídica el desenvolvimiento de estas Comunidades limitadas competencialmente *ab initio*, acordando que antes del 1 de febrero de 1983 estuvieran en vigor todos los Estatutos de Autonomía. La LOAPA trató de canalizar normativamente el acuerdo, pero la conocida STC 76/1983, de 5 de agosto, depuró la inconstitucionalidad, no sin fundadas críticas, de buena parte de sus preceptos, convirtiéndose en la *Ley 12/1983, de 14 de octubre, del Proceso Autonómico*.

Al amparo del art. 148.2, las CC. AA. que habían accedido a la autonomía por el procedimiento del art. 143 tenían la potestad para ampliar las competencias detalladas en sus Estatutos de acuerdo con el principio dispositivo; tal ampliación, dentro del marco establecido en el art. 149, debía ser sucesiva —lo cual evidencia que la asunción completa no debía darse necesariamente en un único momento—; y, sin perjuicio de lo establecido en el art. 150, realizarse mediante la reforma de aquellos, transcurrido un quinquenio desde su aprobación. Además, como se mantuvo durante buena parte del debate constituyente y señaló la doctrina, **el contenido del art. 148 era una disposición transitoria** que limitaba su alcance a un período de cinco años, en principio (MUÑOZ MACHADO, 2015, VIII, 112), quedando abierta a partir de ese momento la asunción de nuevas competencias en sus Estatutos mediante la oportuna reforma. En ciertos casos, sin embargo, se optó por la ampliación extraestatutaria de competencias, lo que originó que no todas las Comunidades del art. 143 quedaran uniformadas en sus rasgos básicos, ya que la Valenciana y Canarias vieron ampliadas sus competencias por aplicación del art. 150.2 CE (*LL. OO. 11 y 12/1982, de 10 de agosto*), mientras que las restantes debieron aguardar el quinquenio constitucional. La utilización del art. 150 para esa ampliación *ex post* aprobación del Estatuto fue objeto de fundada crítica, teniendo presente que Estatuto y ley orgánica de transferencias no eran instrumentos normativos intercambiables (GARCÍA de ENTERRÍA, 1988). Tras el quinquenio de carencia, el art. 148.2 «devino insólitamente inaplicable y quedó sin vigencia práctica dentro de una Constitución viva» (MUÑOZ MACHADO, 2015, VIII, 112).

Estos EE. AA. incluyeron, junto a la reserva material estatutaria, «algunas normas que exceden del encargo constitucional» conferido a los mismos, consideradas como anticipaciones competenciales. Como ninguno de ellos fue impugnado ante el TC, «dicha práctica, correcta o incorrecta, ha sido considerada completamente normal e incontestada». A través de esta previsión se anticipaba la posibilidad de asumir nue-

vas competencias sin necesidad de proceder a la reforma del art. 148.2 CE. **El TC admitió las competencias diferidas plasmadas en los Estatutos y sometidas a que se cumplieran las condiciones fijadas en los mismos**, es decir, la reforma del Estatuto pasado el quinquenio del art. 148.2 o bien mediante la transferencia o delegación por ley orgánica (SSTC 46/1985, de 26 de marzo, FJ 3; 147/1993, de 29 de abril, FJ 3).

La teoría de que a través de los Estatutos se podían asumir competencias que, aun sobrepasando los límites establecidos en el art. 148.1 CE, no desbordaban, sin embargo, el marco de las reservadas al Estado en el art. 149.1 fue matizada por el TC en el sentido de que «semejante asunción de competencias no es posible sino mediante el procedimiento de reforma estatutaria previsto en el art. 148.2, o por transferencia del Estado *ex art.* 150 de la Constitución (...) Y aunque sus Estatutos de Autonomía prevean expresamente una futura asunción de competencias complementarias en esa materia cuando se actúan los procedimientos constitucionales que lo permiten, no puede extraerse de ello la conclusión de que las mismas han sido entre tanto negadas al Estado», ya que a este pertenecían «todas las competencias que, de acuerdo con la Constitución, no han sido o no han podido ser asumidas por las CC. AA. en sus respectivos Estatutos, y mientras no las asuman o les sean transferidas, puesto que las previsiones estatutarias sobre una futura ampliación del ámbito competencial autonómico no constituyen en sí mismas sino meras expectativas (...) que, en cuanto tales, no se ven coartadas porque el Estado continúe ejerciendo aquellas competencias como titular actual de las mismas» (STC 227/1998, de 29 de noviembre, FJ 13). A pesar de que, desde un primer momento, las Comunidades de régimen común persiguieron ampliar sus competencias, el TC manifestó que, respecto de las materias no recogidas expresamente «ni en el art. 148.1 ni en el 149.1 CE, solo han podido asumir competencias normativas plenas las Comunidades Autónomas no limitadas competencialmente por el primero de los referidos artículos. Corresponde al Estado, en

las demás Comunidades Autónomas, el ejercicio de tal competencia normativa» (STC 15/1989, de 26 de enero, FJ 1). El TC afirmó que el elenco de competencias que podían asumir estos Estatutos era, en principio, el señalado en el art. 148.1, por lo que la efectividad de las «cláusulas subrogatorias» quedaría condicionada bien a la reforma del Estatuto, en los términos del art. 148.2 CE, bien a lo previsto en el art. 150.2 CE (SSTC 62/1990, de 30 de marzo, FJ 4; 105/2000, de 13 de abril, FJ 2, entre otras).

Los Estatutos de las CC. AA. del art. 143 CE establecieron **procedimientos de reforma similares**. Además de la reforma prevista en el art. 147.3 CE, también se reconocieron reformas *extra ordinem*, es decir, modificaciones de los mismos a través de procedimientos distintos a los establecidos en la Constitución, sin que se considere una reforma de los Estatutos, como se refleja en las fórmulas insertas en los mismos, ni que ello suponga contradicción alguna con aquella.

Se planteó el argumento de que transcurrido el quinquenio del art. 148.2 quedaría purificado cualquier exceso o extralimitación que incluyera un Estatuto con respecto al marco competencial posible diseñado por el art. 148.1 CE, y siempre que no resultaran invadidas las competencias exclusivas estatales *ex* art. 149 CE, sin necesidad de acudir a los procedimientos de reforma estatutaria o ley orgánica (STC 264/1993, de 22 de julio, antecedentes de hecho). Desde otra perspectiva, el transcurso del tiempo, cuando medió la reforma del Estatuto, legitimó cualquier hipotético vicio acerca de la asunción de competencias por las CC. AA. insertas en dicha reforma. El lapso temporal entre la presentación del recurso de inconstitucionalidad (1990) y el fallo (1998) propició que «atribuida ahora esa competencia a la Comunidad Autónoma como consecuencia de la reforma de su Estatuto, el recurso en este punto no puede prosperar», pues los magistrados, como han reiterado en diversos fallos (SSTC 154/1988, de 21 de julio, FJ 3; 147/1992, de 16 de octubre, FJ 1, entre otras), no fiscalizan al legislador autonómico

en el momento en que aprobó la disposición, sino «con arreglo a la Constitución y al Estatuto de Autonomía en su versión actual» (STC 179/1998, de 16 de septiembre, FJ 2).

Superado el lapso temporal —transitorio— de los cinco años, se retomó el «viejo e irresoluto problema de la uniformidad de las competencias» y resurgieron las aplicaciones dispares del principio dispositivo, ya que cada Comunidad Autónoma inició su reforma *per se* y las Cortes no podían vetar el ejercicio de ese derecho de reforma, aunque tuvieran la última decisión sobre su contenido (MUÑOZ MACHADO, 1992). El contenido de las reformas de los Estatutos de las Comunidades del art. 143 está presidido por un criterio flexible y sin más restricciones que los preceptos constitucionales y la interpretación que de ellos ha hecho el TC. Las iniciativas de reforma, debido a que las asambleas y gobiernos de estas Comunidades Autónomas han estado en manos de formaciones políticas de ámbito nacional, facilitó su tramitación y aprobación. **En 1991 se produjo la reforma de siete Estatutos de CC. AA. de régimen común por motivos de economía electoral.**

Los **Acuerdos Autonómicos suscritos el 28 de febrero de 1992 dieron paso a un nuevo período** y a la posibilidad de que las Comunidades que accedieron a su autonomía por el art. 143 pudieran ampliar sus competencias dentro de un marco competencial similar capaz de mantener un funcionamiento homogéneo del Estado. Se pretendía conseguir cierta equiparación —acercamiento competencial y/o material—, sin llegar a la uniformidad ni mucho menos a la unidad, criterio rechazado por el TC (STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 10). Desde la perspectiva legal, primero se aprobó **la transferencia o delegación de competencias prevista en el art. 150.2 CE (LO 9/1992, de 23 de diciembre, de transferencia de competencias a las Comunidades Autónomas** que accedieron a la autonomía por la vía del art. 143 CE); y, **en 1994 se procedió a las reformas estatutarias incorporando las competencias transferidas (LL. OO. 1 a 12/1994, de 24**

de marzo). Estas segundas reformas permitieron satisfacer las aspiraciones en el incremento competencial de estas CC. AA. Esta incorporación al Estatuto de las transferencias a las que se refiere el art. 150.2 modificó su régimen jurídico, ya que aquel es una norma bloqueada frente a las ulteriores modificaciones que pudieran afectar a la ley orgánica. Así lo había recogido el TC al declarar que «los Estatutos de Autonomía, pese a su forma de Ley Orgánica, no son instrumentos ni útiles ni constitucionalmente correctos, por su naturaleza y modo de adopción, para realizar las transferencias o delegaciones de facultades de una materia de titularidad estatal permitidas por el art. 150.2 de la Constitución (...) a pesar de su forma de Ley Orgánica, el Estatuto de Autonomía se adopta mediante un complejo procedimiento distinto del de las leyes orgánicas comunes. Utilizar, pues, el Estatuto como instrumento de transferencia o delegación implicaría dar rigidez a una decisión estatal en una manera no deseada por el constituyente y que choca con la mayor flexibilidad que los instrumentos del art. 150.2 han de poseer. Por otra parte, este último precepto implica una decisión formalmente unilateral por parte del Estado, susceptible de renuncia y de introducción de instrumentos de control; el Estatuto, en cambio, supone una doble voluntad y una falta de disposición estatal a la hora de derogar la transferencia o delegación o de introducir esos instrumentos de control» (STC 56/1990, de 29 de marzo, FJ 5).

Entre diciembre de 1996 y enero 1999 se produjo una nueva reforma sustancial que afectó a la organización institucional y a una nueva ampliación de competencias de diez CC. AA. del art. 143 CE, reformas precedidas de un nuevo modelo de financiación.

A partir de 2004 se inició un nuevo proceso de reformas, que no solo afectó a las CC. AA. del art. 143 CE. Estas reformas se han pactado entre las principales fuerzas políticas de cada Comunidad Autónoma, haciendo hincapié en sus peculiaridades culturales, sociales, económicas y políticas, tratando de acen-

tuar las diferencias con el resto de Comunidades, siguiendo la estela iniciada por la reforma estatutaria catalana. Se produjo una intensificación en la asunción de competencias y en una nueva configuración orgánica que, junto con la inclusión de regulaciones dogmáticas, trataron de alcanzar las mayores cotas de autogobierno. Las modificaciones fueron tan profundas, en algunos casos, que **más que una reforma estatutaria nos encontramos ante nuevos estatutos**. En este sentido, el EA de la Comunidad Valenciana, aprobado por la *LO 1/2006, de 10 de abril*, establece en su DA 2.^a un cambio sustancial para abordar las posteriores reformas estatutarias de las Comunidades del art. 143 CE, obviando el término «reforma» y utilizando el más ambiguo de «ampliación». Sería razonable fijar unos esquemas estatutarios estables que no den lugar a reformas en breves lapsos de tiempo, ni que dupliquen superfluamente preceptos constitucionales ni provoquen innecesariamente conflictos y que consigan una mayor implicación de la sociedad. No se trata de conseguir solo lealtad institucional, sino la más trascendente: la **lealtad constitucional**.

El TC aún recordaba que «superado el alcance temporal que tuvo el art. 148 CE, según su ap. 2, y sin menoscabo de su valor hermenéutico, la Constitución tampoco establece el elenco de materias sobre el que las Comunidades Autónomas pueden asumir competencias, sino que atribuye a los Estatutos de Autonomía la función de determinarlas, sin que dicha determinación pueda incidir en el despliegue de las competencias reservadas al Estado por el mencionado límite del art. 149.1 CE (art. 149.3 CE)» (STC 247/2007, de 12 de diciembre, FJ 7). No obstante, el voto particular de Rodríguez Zapata planteaba si era posible, a partir de la literalidad del art. 148.2 CE, derogar un EA de los de máximo nivel para sustituirlo por otro totalmente nuevo, preguntando: «¿No es deconstruir el art. 148.2 CE ampliarlo desde las reformas parciales de los Estatutos —como la del Estatuto de la Comunidad Valenciana objeto de este proceso— para hacer que abarque también reformas to-

tales de los Estatutos de primer nivel, cuando estos carecen de un procedimiento constitucionalmente regular de elaboración?». Asunto que había planteado, mediante un voto particular, en el recurso de amparo que inadmitió el ATC 85/2006, de 15 de marzo.

En cualquier caso, transcurrido el lapso señalado en este precepto y concluida, con creces, su finalidad, ha quedado en la Cons-

titución como un texto programático —o hermenéutico, como señaló el TC— de las Cortes constituyentes, y como recuerdo de una de las bases político-administrativas sobre las que se estructuró la construcción del Estado autonómico, cuyo procedimiento vino condicionado en tiempo y contenido por el art. 148.2, es decir, marcado por su carácter sucesivo o gradual (GARCÍA de ENTERRÍA, 1988).

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ CONDE, E., *Reforma Constitucional y Reformas Estatutarias*, Iustel, Madrid, 2007.

ARAGÓN REYES, M., «La reforma de los Estatutos de Autonomía», *Documentación Administrativa*, núm. 232-233, 1992/1993.

ARCE JANÁRIZ, A., «La reforma de los Estatutos de Autonomía pactada en los acuerdos autonómicos de 1992», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 40, 1994.

CARRASCO CANALS, C., «Las transferencias de competencias de titularidad estatal en las comunidades autónomas: los casos de Canarias y Valencia», *Revista de Administración Pública*, núm. 120, 1989.

COSCULLUELA MONTANER, L., «Los Estatutos de Autonomía y los Pactos Autonómicos», *Revista de Estudios Regionales*, núm. 44, 1996.

GARCÍA de ENTERRÍA, E., «Las leyes del artículo 150.2 de la Constitución como instrumento de ampliación del ámbito competencial autonómico», *Revista de Administración Pública*, núm. 116, 1988.

LÓPEZ RAMÓN, F. (Ed.), *De la reforma estatutaria*, Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública, Zaragoza, 2006.

MARTÍN REBOLLO, L., «Consideraciones sobre la reforma de los Estatutos de Autonomía de las Comunidades», en *La reforma constitucional*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2005, págs. 269 y ss.

MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, BOE, Madrid, 2015.

— «Los pactos autonómicos de 1992: la ampliación de competencias y la reforma de los estatutos», *Revista de Administración Pública*, núm. 128, 1992.

ORTEGA ÁLVAREZ, L. I., *Reforma Constitucional y Reforma Estatutaria*, Civitas, Madrid, 2005.

RODRÍGUEZ ARANA, J., «La ampliación de competencias por las Comunidades Autónomas, a partir del artículo 148.2 de la Constitución: especial referencia a Canarias», *Revista de Derecho Público*, núm. 114, 1989.

Artículo 149

1. *El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:*

1.^a *La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales.*

2.^a *Nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo.*

3.^a *Relaciones internacionales.*

4.^a *Defensa y Fuerzas Armadas.*

5.^a *Administración de Justicia.*

6.^a *Legislación mercantil, penal y penitenciaria; legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas.*

7.^a *Legislación laboral, sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas.*

8.^a *Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial.*

9.^a *Legislación sobre propiedad intelectual e industrial.*

10.^a *Régimen aduanero y arancelario; comercio exterior.*

11.^a *Sistema monetario: divisas, cambio y convertibilidad; bases de la ordenación del crédito, banca y seguros.*

12.^a *Legislación sobre pesas y medidas, determinación de la hora oficial.*

13.^a *Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica.*

14.^a *Hacienda general y Deuda del Estado.*

15.^a *Fomento y coordinación general de la investigación científica y técnica.*

16.^a *Sanidad exterior. Bases y coordinación general de la sanidad. Legislación sobre productos farmacéuticos.*

17.^a *Legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas.*

18.^a *Las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de los funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas; legislación sobre expropiación forzosa; legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas.*

19.^a *Pesca marítima, sin perjuicio de las competencias que en la ordenación del sector se atribuyen a las Comunidades Autónomas.*

20.^a *Marina mercante y abanderamiento de buques; iluminación de costas y señales marítimas; puertos de interés general; aeropuertos de interés general; control del espacio aéreo, tránsito y transporte aéreo, servicio meteorológico y matriculación de aeronaves.*

21.^a *Ferrocarriles y transportes terrestres que transcurran por el territorio de más de una Comunidad Autónoma; régimen general de comunicaciones; tráfico y circulación de vehículos a motor; correos y telecomunicaciones; cables aéreos, submarinos y radiocomunicación.*

22.^a *La legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurren por más de una Comunidad Autónoma, y la autorización de las instalaciones eléctricas cuando su aprovechamiento afecte a otra Comunidad o el transporte de energía salga de su ámbito territorial.*

23.^a *Legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección. La legislación básica sobre montes, aprovechamientos forestales y vías pecuarias.*

24.^a *Obras públicas de interés general o cuya realización afecte a más de una Comunidad Autónoma.*

25.^a *Bases del régimen minero y energético.*

26.^a *Régimen de producción, comercio, tenencia y uso de armas y explosivos.*

27.^a *Normas básicas del régimen de prensa, radio y televisión y, en general, de todos los medios de comunicación social, sin perjuicio de las facultades que en su desarrollo y ejecución correspondan a las Comunidades Autónomas.*

28.^a *Defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español contra la exportación y la expoliación; museos, bibliotecas y archivos de titularidad estatal, sin perjuicio de su gestión por parte de las Comunidades Autónomas.*

29.^a *Seguridad pública, sin perjuicio de la posibilidad de creación de policías por las Comunidades Autónomas en la forma que se establezca en los respectivos Estatutos en el marco de lo que disponga una ley orgánica.*

30.^a *Regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales y normas básicas para el desarrollo del art. 27 de la Constitución, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia.*

31.^a *Estadística para fines estatales.*

32.^a *Autorización para la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum.*

2. *Sin perjuicio de las competencias que podrán asumir las Comunidades Autónomas, el Estado considerará el servicio de la cultura como deber y atribución esencial y facilitará la comunicación cultural entre las Comunidades Autónomas, de acuerdo con ellas.*

3. *Las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos. La competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado, cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas. El derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas.*

ARTÍCULO 149.1

El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:

Véase comentario al artículo 149.3.

ARTÍCULO 149.1.1.^a

1.^a La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales.

LA CLÁUSULA DE IGUALDAD EN LAS CONDICIONES BÁSICAS

Sumario: I. Introducción: una competencia de amplia proyección y de frecuente utilización. II. Sobre la jurisprudencia constitucional recaída en torno al artículo 149.1.1.^a 1. Aproximación de conjunto. 2. Los derechos y deberes concernidos por la cláusula. 3. El concepto de condiciones básicas y su funcionalidad. III. Consideraciones finales. El papel de la cláusula de igualdad en las condiciones básicas en el Estado de las Autonomías.

JUAN PEMÁN GAVÍN

CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

I. INTRODUCCIÓN: UNA COMPETENCIA DE AMPLIA PROYECCIÓN Y DE FRECUENTE UTILIZACIÓN

La primera de las reglas competenciales que se enuncian en el art. 149.1 hace referencia a la igualdad de los españoles en los derechos y deberes constitucionales y, concretamente, atribuye al Estado la competencia exclusiva para «la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales».

A diferencia por tanto de lo que sucede en las restantes competencias que se incluyen en el art. 149.1, no se contempla en ella alguno de los sectores materiales del ordenamiento jurídico (legislación mercantil, penal y penitenciaria; legislación laboral; legislación civil, etc.), ni se alude tampoco a uno de los ámbitos consolidados de las políticas públicas (Relaciones internacionales, Defensa y Fuerzas Armadas, inmigración y extranjería, Administración de Justicia, comercio exterior, etc.), sino que se trata de una cláusula que posee una **marcada impronta finalista** (al servicio de la igualdad de todos los españoles

en cuanto a los derechos y deberes constitucionales se refiere) y con un **radio de acción potencial extraordinariamente amplio**, como amplio es el abanico de materias sobre las que se proyectan los derechos y deberes constitucionales.

Aunque es la primera de las competencias que contiene el art. 149, puede decirse que en cierto modo juega un papel de **regla de cierre** del sistema de distribución competencial: en realidad, buena parte de su espacio potencial queda ya cubierto por los diversos títulos competenciales que se incluyen en dicho artículo, e incluso por la reserva constitucional de Ley Orgánica para el desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas (art. 81.1 CE), pero el constituyente quiso dejar también en manos del Estado un resorte competencial genérico que permite subsanar las posibles omisiones o «huecos» de la lista de competencias sectoriales en aspectos relevantes desde el punto de vista de los derechos constitucionales; un resorte competencial que le habilita para intervenir siempre que estén en juego las **condiciones básicas** de igualdad en relación con cualquier derecho constitucional. De modo que se utiliza un concepto que deja abierto un **amplio margen de apreciación** para que los poderes centrales del Estado puedan valorar cuándo están en juego tales condiciones básicas y puedan configurar el contenido de las mismas. Y ello con un carácter más ordinario —o menos excepcional— que el instrumento ofrecido por las **Leyes de armonización** (art. 150.3 CE), que pivota como es sabido en torno al concepto de **interés general**, y no en torno a los derechos constitucionales, y que, por lo demás, quedó desactivado en la praxis político-legislativa tras el intento fallido representado por la LOAPA en 1983.

Ante esta amplitud que tiene el espacio potencial de la cláusula de igualdad en las condiciones básicas, no puede sorprender que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional recaída en torno a ella sea ciertamente abundante, pues no en vano ha sido uno de los preceptos

de invocación más frecuente en los conflictos competenciales entre el Estado y las CC. AA. (CABELLOS ESPÍERREZ, 2007, 86, contabilizó más de un centenar de supuestos en los que el Tribunal Constitucional lo utilizó durante el período 1981-1997). Y no puede sorprender tampoco que las aportaciones doctrinales sobre la cláusula sean también muy numerosas y de considerable interés.

Y junto a ello, conviene también subrayar de entrada que ha sido un precepto muy frecuentemente invocado por el Estado como fundamento de sus actuaciones en muy diversas materias; utilización que ha seguido además una tendencia creciente durante los años que llevamos transcurridos del siglo XXI. En efecto, frente a una invocación más bien esporádica u ocasional de la cláusula durante los años ochenta y noventa —realizada además casi siempre de forma conjunta con otras reglas competenciales (por ejemplo, de forma conjunta con la competencia sobre «bases y coordinación general de la Sanidad») —, la utilización del art. 149.1.1.^a CE se ha intensificado notoriamente a partir de 2003. Con una utilización en la que dicho precepto opera en ocasiones como soporte fundamental, e incluso único, de importantes conjuntos normativos aprobados por el Estado, o de no menos importantes políticas de carácter sectorial o transversal de ámbito nacional impulsadas por el mismo.

Baste subrayar al respecto cómo toda la extensa y trascendental obra legislativa sobre igualdad de oportunidades y accesibilidad de las personas con discapacidad aprobada por el Estado a partir de 2003 (Ley 51/2003, de 2 de diciembre, y su amplio desarrollo reglamentario, Ley 49/2007, de 26 de diciembre, sobre infracciones y sanciones en la materia, y Ley 27/2007, de 23 de octubre, sobre las lenguas de signos españolas; las dos primeras, objeto de refundición a través del RDLeg. 1/2013, de 29 de noviembre), se fundamenta en la regla constitucional de la igualdad en las condiciones básicas. Como también «cuelga» de ella todo el sistema de atención a las per-

sonas dependientes que se ha ido construyendo a partir de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, en la que, como es bien sabido, se pusieron las bases de un nuevo sistema de protección social que pretende dar, de forma progresiva, una cobertura completa a las situaciones de dependencia. Y también cabe subrayar la decisiva presencia del art. 149.1.1.^a CE en la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, para establecer condiciones básicas no solo de la propiedad del suelo, sino también del derecho a la vivienda y del derecho al medio ambiente (sustituida ahora por la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana aprobada por RDLeg. 7/2015, de 20 de octubre), así como en la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres; en este último supuesto, como fundamento constitucional de los preceptos de alcance más general incluidos en la Ley que no son reconducibles a los títulos competenciales de carácter sectorial que se utilizan.

Así las cosas, no resulta factible acometer en un texto breve como necesariamente tiene que ser el redactado para los presentes comentarios a la Constitución, una exposición cabal de los avatares y posicionamientos en torno al art. 149.1.1.^a en la doctrina y en la jurisprudencia, así como en la propia praxis legislativa estatal; objetivo que requeriría una aproximación monográfica sin limitaciones de espacio. Menos todavía es posible plantear una reflexión general sobre los diversos aspectos problemáticos que plantea la igualdad de los ciudadanos en un Estado descentralizado como el nuestro, lo que exigiría situarse en una perspectiva más general que la que proporciona la exégesis de un concreto precepto constitucional y tener en cuenta muchos otros datos constitucionales y legales (esta perspectiva más general es la que adopté en mi libro *Igualdad de los ciudadanos y autonomías territoriales*, Civitas, Madrid, 1992, al que me permito remitir a los efectos de tal reflexión general).

Más modestamente, procede tan solo en el presente comentario hacer una exposición de

síntesis sobre las pautas interpretativas más relevantes que derivan de la jurisprudencia constitucional recaída sobre el precepto (Epígrafe II) y realizar algunas consideraciones generales sobre el papel de la cláusula de igualdad en las condiciones básicas en nuestro Estado de las Autonomías (Epígrafe III).

II. SOBRE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL RECAÍDA EN TORNO AL ARTÍCULO 149.1.1.^a

1. Aproximación de conjunto

La jurisprudencia constitucional recaída en torno al art. 149.1.1.^a es muy abundante —como ya hemos indicado— y además —añadimos ahora— de no fácil resumen, pues presenta matices que habría que exponer analíticamente en relación con cada uno de los derechos sobre los que ha debido pronunciarse, habiendo evolucionado por otra parte a lo largo de las distintas etapas y composiciones que ha tenido nuestro Tribunal Constitucional. Por lo demás, resulta evidente que ha existido un intenso debate interno en el seno del propio Tribunal sobre el alcance de la cláusula, reflejado en los numerosos votos particulares que ha suscitado. Difícilmente podremos encontrar en efecto otro precepto constitucional que haya dado lugar a tantas sentencias con votos particulares: así, SSTC 152/1988, de 20 de julio (voto particular de F. Rubio Llorente), 15/1989, de 26 de enero (M. Rodríguez-Piñero), 61/1997, de 20 de marzo (M. Jiménez de Parga), 188/2001, de 20 de septiembre (C. Viver, V. Conde Martín de Hijas, con adhesión de M. Jiménez de Parga y F. Garrido Falla, y G. Jiménez), 98/2004, de 25 de mayo (J. Rodríguez-Zapata, con adhesión de R. García-Calvo), 221/2005, de 21 de julio (G. Jiménez y V. Conde), 251/2006, de 25 de julio (J. Delgado Barrio y R. Rodríguez Arribas) y 18/2017, de 2 de febrero (A. Asúa Batarrita).

Durante una larga primera etapa (1981-1996), el Tribunal Constitucional realizó numerosas aplicaciones de la cláusula de la igualdad en

las condiciones básicas para fundamentar constitucionalmente muy diversas actuaciones estatales y para restringir actuaciones autonómicas —impidiendo que las CC. AA. introdujeran divergencias «irrazonables o desproporcionadas» respecto a la normativa aplicable en otros territorios—, pero dichas aplicaciones adolecían de un ostensible nivel de casuismo y no llegó a formular una doctrina que perfilara en términos generales y abstractos el contenido y alcance de esta regla competencial. Regla competencial que aparecía además frecuentemente en el discurso del TC entremezclada con otros preceptos constitucionales relativos a la igualdad como el art. 14 o el 139.1 (una crónica resumida de la jurisprudencia constitucional producida durante este período puede encontrarse en PEMÁN GAVÍN, 1992, 231-243, TUDELA ARANDA, 2003, 253-259 y BARNÉS, 2004, 33-57).

Esta situación cambió de forma drástica con la STC 61/1997, de 20 de marzo, recaída a propósito, como es sabido, de la legislación estatal sobre urbanismo, en la que el Tribunal realizó un importante esfuerzo por acotar en términos generales el contenido de esta cláusula constitucional y su función en el sistema de distribución competencial, separándola de otros preceptos constitucionales con los que anteriormente se había confundido. A partir de entonces existe por tanto **una doctrina general sobre la cláusula de la igualdad en las condiciones básicas** a la que ha podido remitirse la jurisprudencia constitucional con posterioridad —las invocaciones y citas de la STC 61/1997 han sido habituales en la jurisprudencia posterior relativa al art. 149.1.1.^a—.

A partir de entonces quedó firmemente asentado que el art. 149.1.1.^a constituye un **título competencial autónomo** que permite al Estado la regulación de los derechos constitucionales si bien en unos términos limitados: no autoriza al Estado a realizar «el diseño completo y acabado del régimen jurídico» de estos derechos, sino que debe circunscribirse a establecer las condiciones básicas que garanticen la igualdad; unas **condiciones bási-**

cas que el TC intenta diferenciar del concepto de bases o normas básicas que emplean otras reglas competenciales del art. 149.1, señalando al respecto que las condiciones básicas no se sitúan en la lógica bases estatales-legislación autonómica de desarrollo y que por tanto no son susceptibles en rigor de **desarrollo** por las CC. AA.

Con todo, forzoso es reconocer que el concepto de condiciones básicas tiene una considerable **elasticidad interpretativa**, como sucede con el concepto constitucional de **bases**, lo que determina la existencia de un amplio margen de apreciación que en principio corresponde a los poderes del Estado y que el TC controla en última instancia. Por ello, el grado de certidumbre sobre el alcance concreto de la cláusula es elevado en aquellos ámbitos en los que contamos con una jurisprudencia constitucional ya consolidada; es el caso, por ejemplo, de la propiedad privada y en particular la propiedad del suelo, del derecho de asociación, del derecho a la salud, o del derecho a la educación. Pero tal certidumbre es mucho menor en cambio en los supuestos en los que no hay todavía jurisprudencia constitucional consolidada.

Hechas estas indicaciones de conjunto, abordamos a continuación los dos aspectos más importantes que plantea la cláusula: los derechos y deberes constitucionales a los que se refiere y el alcance que deba darse al concepto de «condiciones básicas».

2. Los derechos y deberes concernidos por la cláusula

Del conjunto de la jurisprudencia constitucional recaída hasta la fecha emergen los siguientes datos en torno a la cuestión de cuáles sean los derechos (y deberes) concernidos:

A) El ámbito de aplicación de esta cláusula **no se circunscribe** por supuesto **a los derechos fundamentales en sentido propio**, esto es, a los derechos incluidos en la Sec-

ción 1.^a del Capítulo II (Título I) de la Constitución y abarca sin lugar a dudas a los derechos y deberes de la Sección 2.^a (así, el derecho de propiedad privada —que ha sido uno de los que con mayor frecuencia ha planteado cuestiones competenciales sobre las ha debido pronunciarse el TC—, la libertad de empresa o el deber de contribuir al sostenimiento de las cargas públicas).

B) Con respecto a los **preceptos del Capítulo III del Título I** («De los principios rectores de la política social y económica») ha habido vacilaciones y dudas en la jurisprudencia constitucional [la STC 61/1997 señaló en su FJ 7.b) que la cláusula se proyecta sobre los derechos constitucionales «en sentido estricto» así como sobre «los deberes básicos»], pero hoy se encuentra consolidada la posición de que la regla 1.^a del art. 149.1 hay que ponerla en conexión con los «principios rectores» del Capítulo III, y no solo con los preceptos incluidos en el mismo que enuncian derechos (art. 43: derecho a la salud, art. 45: derecho al medio ambiente, y art. 47: derecho a la vivienda), sino también con los que contienen mandatos de acción para los poderes públicos no formulados como derechos de los ciudadanos. Así lo entendió la STC 13/1992, de 6 de febrero (FJ 14), al declarar que el art. 149.1.1.^a puesto en relación con el art. 50 CE («los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica de los ciudadanos durante la tercera edad») ofrece cobertura a las pensiones asistenciales de ancianidad establecidas en su momento por el Estado (con anterioridad a la Ley de prestaciones no contributivas de la Seguridad Social de 1990). Y así lo confirmó posteriormente la STC 33/2014, de 27 de febrero (FJ 4) al afirmar, también a propósito de actuaciones estatales vinculadas con la asistencia social, que:

«es, por tanto, posible promover, a través de la competencia reconocida al Estado en el art. 149.1.1 CE, mandatos, no ya genéricos sino específicos

recogidos en la Constitución como son los establecidos en el art. 50 CE, en relación con las personas mayores, o en el art. 49 CE, en relación con las personas discapacitadas; toda vez que se debe entender que los principios rectores de la política social y económica del Capítulo III del Título I de la Constitución (entre los que se cuentan los recogidos en los citados arts. 49 y 50 CE) pueden ponerse en conexión directa con la regla competencial *ex* art. 149.1.1 CE.»

Esta doctrina se ha reproducido posteriormente en la STC 18/2016, de 4 de febrero (FJ 7), en la que se da por buena la utilización del art. 149.1.1.^a, en relación con el art. 49 CE, como soporte competencial único del sistema de protección a las personas en situación de dependencia (Ley 39/2006, de 14 de diciembre). Y también se reitera en la STC 18/2017, de 2 de febrero (FJ 4), en un pronunciamiento producido a propósito igualmente de la protección dispensada a las personas con discapacidad (tarjetas de aparcamiento de vehículos para personas con movilidad reducida).

C) Por lo demás, conviene notar que la aplicación de la cláusula se ha extendido a los **derechos constitucionales ubicados sistemáticamente fuera del Título I** (así, el deber de conocimiento del castellano y el derecho a usarlo que se consagran en el art. 3.1 CE, según dejaron sentado las SSTC 6/1982, de 22 de febrero, FJ 10, y 82/1986, de 26 de junio, FJ 4), proyectándose asimismo en relación con **derechos no expresamente consagrados en el texto constitucional sino implícitos en el mismo**, cosa que ha sucedido a propósito del derecho fundamental a la protección de los datos personales deducido por el TC a partir de las previsiones del art. 18 CE (STC 290/2000, de 30 de noviembre, FJ 14).

D) En cambio, no hay datos concluyentes en la jurisprudencia constitucional sobre la posibilidad de que **los grandes dere-**

chos-principio que expresan valores fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico (art. 10: dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad; art. 14: igualdad ante la Ley y no discriminación) puedan servir de referentes para que el Estado establezca condiciones básicas sobre los mismos, lo que en principio no parece encajar con la «ubicuidad» de estos principios y las funciones que cumplen, que se sitúan más en la fundamentación e interpretación del conjunto del ordenamiento positivo —y en la fijación de límites infranqueables para el mismo— que en el encabezamiento de conjuntos normativos específicos o de determinadas políticas públicas.

Y lo mismo cabe decir —ausencia de datos concluyentes en la jurisprudencia constitucional— sobre la posibilidad de extender la aplicación de la cláusula a **derechos incorporados a declaraciones a las que remite expresa o implícitamente nuestro texto constitucional** que, como es sabido, presenta diversos «puentes» o vías de conexión con los Tratados internacionales y con el Derecho de la Unión Europea. Este podría ser el caso, señaladamente, de los derechos de los niños, en relación con los cuales la Constitución renunció a identificar y consagrar unos determinados derechos y optó por remitir a los Convenios internacionales sobre la materia (art. 39.4), remisión que en la actualidad implica dar entrada a la muy importante Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño (adoptada el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España mediante instrumento de 30 de noviembre de 1990).

E) Por último, parece claro que la cláusula no es susceptible de aplicación allí donde hay **derechos constitucionales cuya titularidad no corresponde a la ciudadanía sino a determinadas entidades**, habida cuenta de que el art. 149.1.1.^a alude a la igualdad **de los españoles** en el ejercicio de sus derechos y deberes constitucionales. Así sucede señaladamente con la autonomía universitaria (art. 27.10 CE) —que constituye un derecho

fundamental en sentido propio según tiene declarado nuestro TC (STC 26/1987, de 20 de febrero)—, cuyo desarrollo se lleva a cabo por supuesto a través de la correspondiente ley orgánica, pero que no es posible incluir en el ámbito de proyección del art. 149.1.1.^a Ni resulta invocable tampoco, por la misma razón, en relación con los extranjeros (STC 227/2012, de 29 de noviembre, FJ 5).

3. El concepto de condiciones básicas y su funcionalidad

A) Con anterioridad a la STC 61/1997 no existía en la jurisprudencia constitucional un intento de aproximación general al concepto de condiciones básicas; tan solo una amplia serie de aplicaciones concretas del mismo, a través de las cuales dicho concepto se proyectaba sobre muy diversas situaciones y mostraba una gran versatilidad. Quedaron así incluidas en el concepto de condiciones básicas actuaciones estatales muy diferentes desde el punto de vista del tipo de intervención pública al que se refieren: normas legales que acotan negativamente el objeto posible de un derecho constitucional (la declaración de determinados bienes definidos por sus características naturales como de dominio público y en consecuencia su exclusión de la posibilidad de ser objeto de propiedad privada), la normativa relativa al marco organizativo o institucional en el que se ejercen los derechos (organización básica de los centros de enseñanza, existencia de un censo electoral único para todos los procesos electorales), la reglamentación y autorización de actividades potencialmente lesivas para los derechos (alimentos y productos destinados al consumo humano), la fijación de requisitos mínimos de calidad de los servicios con relevancia para el disfrute efectivo de los derechos constitucionales (requisitos mínimos exigibles a los centros docentes), la implementación de un sistema de ayudas económicas a actividades que implican el ejercicio de un derecho fundamental (sistema de subvenciones a la prensa) o el establecimiento por el Estado con cargo

a sus Presupuestos de unas pensiones mínimas de carácter asistencial para personas sin recursos económicos (pensiones asistenciales de ancianidad).

B) Pero fue la STC 61/1997 la que, según hemos apuntado, intentó realizar una aproximación general al contenido y funcionalidad del concepto. Tras declarar que el mismo no es equivalente o intercambiable por el de bases o legislación básica que emplean otras reglas competenciales, y que las condiciones básicas «se predicen de los derechos y deberes constitucionales en sí mismo considerados, no de los sectores materiales en los que estos se insertan», afirmó que el art. 149.1.1.^a «solo presta cobertura a «aquellas condiciones que guarden una estrecha relación, directa e inmediata con los derechos que la Constitución reconoce», quedando «constreñido al ámbito normativo»» (FJ 7). Y en términos más explícitos, señaló que las condiciones básicas hacen referencia al «contenido primario del derecho», lo que comporta, a título de ejemplo, determinar las «facultades elementales, límites esenciales, deberes fundamentales, prestaciones básicas», o «ciertas premisas o presupuestos previos»; condiciones estas que en todo caso han de ser las imprescindibles para garantizar una igualdad que «no puede consistir en una igualdad formal absoluta». A lo cual añadió que cabe incluir también dentro de las condiciones básicas «aquellos criterios que guardan una relación necesaria e inmediata con aquellas [las condiciones básicas], tales como el objeto o ámbito material sobre el que recaen las facultades que integran el derecho [...], los deberes, requisitos mínimos o condiciones básicas en que ha de ejercerse el derecho [...], los requisitos indispensables o el marco organizativo que posibilitan el ejercicio mismo del derecho [...], etc.» (FJ 8).

C) El esfuerzo constructivo realizado por esta sentencia para ofrecer una doctrina general sobre el concepto de condiciones básicas fue sin duda importante y meritorio, pero no puede decirse ni mucho menos que viniera a cerrar todas las dudas aplicativas en torno al mismo.

De entrada, por las imprecisiones en las que incurre en su propia formulación (obsérvese así que reintroduce el concepto definido —condiciones básicas— como una de las modalidades o supuestos del concepto general que pretende definirse y que utiliza términos redundantes —requisitos mínimos y requisitos indispensables—), finalizando además con un significativo «etcétera» que deja claro que el TC no se atreve a formular una enumeración cerrada de elementos básicos que pueden existir.

Pero al margen de ello, sucede que, si se examina pormenorizadamente la aplicación concreta que hace la STC 61/1997 de las pautas generales que formula al enjuiciar los concretos preceptos de la legislación estatal controvertida, resultan algunas incongruencias que la doctrina ha puesto de relieve (entre otros, TUDELA ARANDA, 2003, 257-258, CABELLOS ESPÍRREZ, 2004, 94-95): a la vista de dicha aplicación no parece posible en la práctica separar nítidamente lo que es la regulación del derecho constitucional concernido —el derecho de propiedad urbana— y la del urbanismo como materia y, de hecho, las condiciones básicas sobre la propiedad urbana se comportan como unas bases estatales del urbanismo que pueden ser desarrolladas por las CC. AA. Efecto que aparece aún más claro en la STC 164/2001, de 11 de julio, referida también a la legislación urbanística estatal, que —con muy pocas excepciones— dio por bueno el texto de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones (según ha subrayado BARNÉS, 2003, 73-86, bajo el manto de una continuidad formal y una adhesión reiterada a la doctrina consagrada por la STC 61/1997, se produce en la STC 164/2001 una sutil desviación del entendimiento de las condiciones básicas hacia el esquema bases-desarrollo, que es el que prevalece en el fondo en el enjuiciamiento que realiza de la Ley 6/1998).

D) Por otro lado, debe subrayarse que la jurisprudencia constitucional recaída con posterioridad sobre el art. 149.1.1.^a CE arroja también dudas sobre la «sostenibilidad» de la doctrina formulada en la STC 61/1997, y su

idoneidad para resolver todos los problemas aplicativos que plantea la cláusula.

Así, la doctrina del carácter estrictamente normativo de las condiciones básicas que se había proclamado en la STC 61/1997 quedó desvirtuada a través de la STC 290/2000, de 30 de noviembre, a propósito de la regulación legal del tratamiento automatizado de los datos personales, en la que se dio por buena la existencia y la regulación de un organismo público especializado de carácter independiente con competencias en todo el territorio nacional (la Agencia de Protección de Datos). Con un tono marcadamente distinto al de la STC 61/1997, y sin hacer ninguna mención a la misma, el TC afirmó (FJ 14) que «es significativo que el constituyente haya querido introducir mediante la cláusula del art. 149.1.1 CE la garantía de los derechos fundamentales en el pórtico del reparto competencial y, a este fin, que haya apoderado al Estado para asegurar su respeto en todo el territorio nacional mediante el establecimiento de aquellas «condiciones básicas» que hagan posible que el disfrute de tales derechos sea igual para todos los españoles. Imponiendo así un límite a las potestades de las Comunidades Autónomas en aquellas materias donde estas ostenten un título competencial». Tras ello indicó que, si bien el alcance del art. 149.1.1 es «esencialmente normativo», sucede que «ninguna calificación adicional se ha agregado por el constituyente respecto a la naturaleza de tales condiciones que pueda restringir su alcance» y que las regulaciones estatales dictadas al amparo de este precepto constitucional «pueden contener, cuando sea imprescindible para garantizar la eficacia del derecho fundamental o la igualdad de todos los españoles en su disfrute, una dimensión institucional». Y sobre esta base argumental concluyó afirmando —tras recordar la doctrina fijada en su momento en la STC 154/1988, de 21 de julio, en la que se dio por buena la existencia de un censo electoral único y la regulación de la Oficina del Censo electoral— que la cláusula de igualdad contenida en el art. 149.1.1.^a faculta al Estado para adoptar

«garantías normativas y, en su caso, garantías institucionales».

En cambio, la STC 188/2001, de 20 de septiembre, mantuvo la continuidad con la restricción de las condiciones básicas al ámbito normativo al declarar la extralimitación competencial del sistema estatal de becas al estudio que venía otorgando el Ministerio de Educación y Ciencia, si bien con varios votos particular entre los que destaca el redactado por V. Conde Martín de Hijas, al que se adhirieron M. Jiménez de Parga y F. Garrido Falla.

Por otro lado, sucede que incluso en la esfera de la regulación normativa de los derechos constitucionales hay matices posteriores que desbordan la doctrina fijada por la STC 61/1997, lo que se evidencia con la jurisprudencia recaída a propósito de la regulación del derecho de asociación (SSTC 173/1998, de 23 de julio, 133/2006, de 27 de abril y 135/2006, de 27 de abril). En efecto, si se atiende al tenor literal de los pronunciamientos de la STC 61/1997 da la impresión de que, tratándose de derechos fundamentales en sentido propio, la competencia estatal para regular las condiciones básicas (que implica, de acuerdo con los términos empleados por dicha sentencia que hemos subrayado, configurar el «contenido primario del derecho» y fijar las condiciones «que guarden una estrecha relación, directa e inmediata» con los derechos constitucionales) vendría a coincidir con el ámbito material reservado a la ley orgánica de desarrollo del correspondiente derecho (art. 81.1 CE). Sin embargo, las sentencias aludidas consagran un planteamiento distinto en la medida en que separan por un lado los aspectos que quedan cubiertos por la reserva de ley orgánica —los que **desarrollan** dicho derecho— y los que corresponden al establecimiento de una igualdad en las condiciones básicas, aspectos que se adicionan a los anteriores y que vienen a comportarse en la práctica en unos términos muy similares a una legislación básica sobre el derecho de asociación (*vid.* los FF. JJ. 8 y 9 de la STC 173/1998, donde se consagra esta distinción y la STC 133/2006, en la que se dan por buenas, salvo muy puntuales repa-

ros, las «condiciones básicas» de igualdad fijadas en la LO 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación). También hay aquí por tanto una ampliación o flexibilización del concepto de condición básica que era deducible de las declaraciones genéricas contenidas en la STC 61/1997, lo que se hace patente en la tercera de las sentencias citadas sobre la regulación de las asociaciones, la STC 135/2006, cuyo FJ 2.d) amplía este concepto al concluir que «en materia de derechos fundamentales cuyo desarrollo está reservado a ley orgánica (art. 81.1 CE), como sucede con el derecho de asociación, la capacidad normadora del Estado *ex art.* 149.1.1 CE puede extenderse más allá de ese desarrollo (circunscrito a la determinación de los elementos nucleares del derecho), incidiendo sobre la regulación del ejercicio del derecho en cuestión, siempre que, de un lado, tal regulación tenga una conexión, directa o indirecta, con aquellos elementos nucleares antes señalados, y que, de otro, **se dirija a garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio del derecho** (que es la finalidad que justifica la competencia estatal del art. 149.1.1 CE)».

E) En todo caso, ha quedado firmemente asentado en la jurisprudencia constitucional que, con independencia de que en numerosas ocasiones el art. 149.1.1.^a CE opere en conjunción con otras competencias estatales, puede actuar también como «título competencial autónomo» que permite a los poderes centrales del Estado intervenir en materias que estatutariamente se sitúan en la órbita autonómica, incluso como «exclusivas» de las CC. AA. siempre que estén en juego las tantas veces aludidas condiciones básicas de igualdad.

Ciertamente, el Tribunal Constitucional apela a un uso prudente de este título competencial, y es celoso a la hora de evitar que sea un camino para vaciar de contenido las competencias autonómicas: no cabe, como se recuerda en la STC 18/2017, de 2 de febrero, FJ 4, que mediante el ejercicio de este título el Estado altere el sistema constitucional de reparto de competencias estableciendo el régi-

men completo de una materia o derecho que corresponde ordenar a las CC. AA.

Pero ello no es óbice para que el Estado encuentre en la cláusula de igualdad en las condiciones básicas un asidero importante para reforzar algunas de sus competencias, e incluso para incidir sobre materias en relación con las cuales carece de títulos competenciales específicos que le habiliten a actuar, como ha venido a suceder en el ámbito de las políticas públicas de contenido social y, muy señaladamente, en las vinculadas a la problemática de la discapacidad y la dependencia. En tales materias, objeto de una creciente sensibilidad social y política y que han requerido un tratamiento estructurado a nivel nacional, el art. 149.1.1.^a se ha erigido en el soporte fundamental de la acción estatal, con el aval explícito del Tribunal Constitucional (SSTC 18/2016, de 4 febrero, FJ 7 y 18/2017, de 2 de febrero, FJ 4), pues se ha admitido por el TC que el Estado queda apoderado para vertebrar y liderar la acción protectora pública en estos ámbitos con amparo en dicho precepto constitucional, aun reconociéndose que se encuadran con naturalidad en el campo de la asistencia social —materia de competencia autonómica—. Siendo de resaltar por otra parte que las condiciones básicas *ex art.* 149.1.1 CE pueden establecerse por el Estado con posterioridad a la existencia de regulaciones autonómicas válidas, al objeto evitar que las disparidades regulatorias afecten a la igualdad en los derechos constitucionales, viniendo en tal caso a producirse un efecto de desplazamiento de las normas autonómicas por la estatal dictada con posterioridad.

III. CONSIDERACIONES FINALES. EL PAPEL DE LA CLÁUSULA DE IGUALDAD EN LAS CONDICIONES BÁSICAS EN EL ESTADO DE LAS AUTONOMÍAS

1. Las consideraciones que anteceden evidencian las **dificultades** existentes **para acotar en términos generales el conteni-**

do y la funcionalidad de la noción de condiciones básicas. La explicación de estas dificultades no es otra que el **amplísimo recorrido que tiene la cláusula y la gran heterogeneidad de los derechos (y deberes) constitucionales sobre los que se proyecta** en cuanto a su estructura y contenido y en cuanto al tipo e intensidad de las actuaciones de los poderes públicos que están involucradas para conseguir su efectividad.

Compárese al respecto, por ejemplo, un tema tan secundario y modesto como es en nuestros días el derecho constitucional de petición (art. 29 CE), cuya regulación estatal se agota con una Ley Orgánica de una docena de artículos (la LO 4/2001, de 12 de noviembre), o lo que sucede con determinadas garantías constitucionales (art. 15: abolición de la pena de muerte; art. 25.3: prohibición de que la Administración civil imponga sanciones privativas de libertad) que tienen una gran importancia pero que no requieren desarrollo normativo alguno ni la activación de determinadas líneas de actuación por los poderes públicos, con la extrema amplitud de las cuestiones vinculadas con el derecho constitucional a la vivienda (art. 47.1 CE), que encabeza una política pública de gran complejidad o, quizás mejor, un conjunto de políticas públicas estrechamente interrelacionadas, entre las que se incluyen aspectos tan diferentes y complejos en sí mismos como son la política de creación de suelo urbano y urbanización, la regulación y promoción pública de las viviendas de precio asequible, la determinación de los niveles mínimos de calidad de los edificios destinados a vivienda y del régimen de responsabilidad de los agentes que intervienen en el proceso de edificación, las posibilidades de acceso al crédito para la financiación de la adquisición de viviendas, o el régimen tributario de las inversiones en viviendas y de las rentas pagadas por el arrendamiento de las mismas. No cabe duda de que una hipotética regulación de las condiciones básicas de ejercicio del derecho a la vivienda tendría que incidir en alguna medida sobre

este complejo entramado de cuestiones, cuyas coordinadas evolucionan además intensamente a lo largo del tiempo. Y otro tanto podría decirse del derecho a la educación, del derecho a la protección de la salud o del derecho al medio ambiente, que plantean asimismo cuestiones muy diferentes y complejas que impiden contemplar el concepto de condiciones básicas en unos términos generalizables.

Resulta en efecto muy difícil realizar en este punto una categorización general: por más que en ocasiones el TC haya intentado realizar aproximaciones generales y acotar conceptualmente el alcance de la cláusula —la STC 61/1997 es sin duda el intento más ambicioso al respecto—, no deja de ser obvio que en el fondo el TC está pensando en la proyección de la cláusula en relación con un concreto derecho constitucional (el que corresponde al asunto enjuiciado en cada caso: en el supuesto de la STC 61/1997 se está pensando obviamente en el derecho de propiedad urbana que no es sino una modalidad concreta de propiedad, si bien ciertamente importante), y ello introduce necesariamente un «sesgo» particular en sus razonamientos, que no resultan fácilmente trasladables a otros derechos constitucionales por más que tales razonamientos se presenten como abstractos y generalizables.

2. No obstante, pese a esta considerable dosis de ambigüedad que acompaña a la cláusula, el hecho cierto es que, como apuntábamos al principio, **se ha utilizado con mucha frecuencia en la praxis legislativa estatal con una tendencia creciente en el inicio del presente siglo.** Una utilización que llega a erigir a la cláusula de la igualdad en las condiciones básicas en soporte único de importantes políticas públicas de ámbito nacional que cuentan con un marco normativo específico y frondoso: es el caso de la política de igualdad de oportunidades y accesibilidad universal para personas con discapacidad (Ley 51/2003 y normas complementarias) y del sistema de atención a las personas dependientes (Ley 39/2006 y normativa de desarro-

llo), que recurren al art. 149.1.1.^a como base para armar una acción pública en materias que la Constitución de 1978 no contempló de manera específica, pues se trataba de cuestiones que no tenían entonces la misma relevancia social y jurídica que hoy.

De este modo, el art. 149.1.1.^a se comporta como una especie de «comodín» o último recurso competencial (quizás el penúltimo, pues el último vendría dado por las leyes de armonización) movilizable cuando se detectan necesidades sociales novedosas que es preciso abordar desde una óptica nacional y en relación con las cuales se carece de apoderamientos competenciales específicos.

3. En esta línea cabe apuntar también que el art. 149.1.1.^a CE ofrece un resorte competencial utilizable para recomponer una cierta unidad o cohesión en materias en las que se ha producido o puede producirse una erosión o laminación de las competencias estatales. Un ejemplo concreto me permito apuntar para ilustrar sobre esta posibilidad de recuperar un marco común en relación con determinadas materias: la regulación de las sociedades cooperativas.

El TC declaró en su momento que la legislación sobre sociedades cooperativas no forma parte de la competencia estatal sobre **legislación mercantil** (STC 72/1983, de 29 de julio) lo que explica que sean las CC. AA. las competentes para regularlas en la medida en que tengan competencias estatutarias para ello —situación que ha tendido a generalizarse—, y que el Estado carezca de habilitación constitucional para establecer un marco común en la materia (hay una Ley estatal sobre cooperativas, la Ley 27/1999, de 16 de julio—, pero la misma solo es aplicable de forma directa a los supuestos a los que se refiere su art. 2; en los demás, con carácter supletorio). Lo cual determina una pluralidad de regímenes jurídicos así como la existencia de un sistema de publicidad propio y específico —materializado en los diferentes Registros de Cooperativas que gestionan el Estado y las CC. AA.— frente al sistema general de publi-

cidad mercantil que se canaliza a través del Registro Mercantil.

A mi juicio habría argumentos sólidos para defender una reconsideración de esta doctrina sentada en su día por el TC habida cuenta de que la dimensión empresarial de las cooperativas se ha hecho cada vez más patente en las últimas décadas y ha quedado muy atrás la tradición histórica que daba prioridad al componente asociativo de las cooperativas sobre el mercantil, tradición reflejada en el todavía vigente art. 124 del Código de Comercio. Pero esta rectificación de la jurisprudencia constitucional en torno a la competencia estatal sobre legislación mercantil resulta harto improbable tras los nuevos Estatutos aprobados a partir de 2006, que consagran, en unos términos contundentes y detallados, la respectiva competencia autonómica sobre cooperativas (por ejemplo, art. 124 del Estatuto catalán y art. 71.31.^a del Estatuto aragonés).

Sin embargo, hay otra posibilidad de recomponer una cierta unidad en la materia si se tiene en cuenta que las sociedades cooperativas constituyen una modalidad concreta de ejercicio del derecho constitucional de libre empresa (art. 38 CE), como lo son las demás sociedades mercantiles, y en el caso de las cooperativas de trabajo asociado, constituyen un ejercicio conjunto de la libertad de empresa y del derecho al trabajo y a la libre elección de profesión (art. 35 CE), al igual que las sociedades laborales y las sociedades profesionales. Cabría por tanto una regulación común de determinados aspectos de las cooperativas que fijase las «condiciones básicas» de igualdad en ejercicio de los derechos mencionados, lo que en los términos de la STC 61/1997 podría traducirse, entre otros aspectos, en la fijación con carácter general de ciertos «presupuestos previos» y «requisitos mínimos», así como de un «marco organizativo» común de las cooperativas en España, incluyendo la necesidad de su inscripción en el Registro Mercantil.

4. En conclusión, puede decirse que el art. 149.1.1.^a es una pieza importante de nuestro

sistema autonómico que opera, por un lado, como reforzamiento y complemento de diversas competencias del Estado de carácter sectorial o específico —así como de la reserva de Ley Orgánica para el desarrollo de los derechos fundamentales—, pero que permite también al Estado alcanzar una cierta homogeneidad normativa y una cierta unidad en el diseño de las políticas públicas en relación con cuestiones que entran dentro de la competencia exclusiva autonómica —en las que el Estado no dispone siquiera de una competencia sobre las bases o la legislación básica—, pero que tienen relevancia desde el punto de vista de la igualdad de los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos y deberes constitucionales.

El art. 149.1.1.^ª CE se sigue moviendo en un terreno de cierta nebulosa o ambigüedad, que resulta inherente a su propia formulación en términos deliberadamente abiertos, pero no cabe duda de que esta nebulosa se ha ido reduciendo paulatinamente a lo largo de los 40 años de vigencia de la Constitución en la medida en que se ha ido consolidando una praxis legislativa estatal en torno a dicho precepto, por acción o por omisión, y en la medida en que la jurisprudencia constitucional ha ido sentando pautas en relación con numerosos derechos constitucionales concernidos, acotando y perfilando con ello la manera en que el concepto de «condiciones básicas» se proyecta sobre cada uno de ellos.

BIBLIOGRAFÍA

BAÑO LEÓN, J. M.^a, *Las autonomías territoriales y el principio de uniformidad de las condiciones de vida*, INAP, Madrid, 1988.

BARCELÓ SERRALAMERA, M., *Derechos y deberes constitucionales en el Estado autonómico*, Civitas, Madrid, 1991.

BARNÉS, J., *Problemas y perspectivas del artículo 149.1.1.^a CE*, Instituto de Estudios Autonómicos, Barcelona, 2004.

— «Legislación básica y art. 149.1.1.^a CE», en *Informe Comunidades Autónomas 2003*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2004.

CABELLOS ESPÍERREZ, M. A., *Distribución competencial, derechos de los ciudadanos e incidencia del Derecho comunitario*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.

— «La regulación de los derechos: el papel del Estado y de las Comunidades Autónomas a partir del artículo 149.1.1 CE», en el volumen colectivo *Estado compuesto y derechos de los ciudadanos*, Instituto de Estudios Autonómicos, Barcelona, 2007.

FERNÁNDEZ FARRERES, G., *La contribución del Tribunal Constitucional al Estado autonómico*, Iustel, Madrid, 2005.

GONZÁLEZ PASCUAL, M. I., *El proceso autonómico ante la igualdad en el ejercicio de los derechos constitucionales*, IVAP, Oñate, 2007.

PEMÁN GAVÍN, J., «Acerca de la uniformidad de las condiciones de vida como principio constitucional en el Estado de las Autonomías», *Revista de Administración Pública*, núm. 117, 1989.

— *Igualdad de los ciudadanos y autonomías territoriales*, Civitas, Madrid, 1992.

QUADRA-SALCEDO JANINI, T., *Mercado nacional único y Constitución*, CEPC, Madrid, 2008.

SÁENZ ROYO, E., *Estado Social y descentralización política. Una perspectiva constitucional comparada de Estados Unidos, Alemania y España*, Civitas, Madrid, 2003.

TUDELA ARANDA, J., *Derechos constitucionales y autonomía política*, IVAP-Civitas, Madrid, 1994.

— «A vueltas con el artículo 149.1.1.^a de la Constitución», en el volumen colectivo *Estudios de Derecho Público económico. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003.

— *El Estado desconcertado y la necesidad federal*, Civitas, Madrid, 2009.

VV. AA., *La función del artículo 149.1.1 de la CE en el sistema de distribución de competencias*, Instituto de Estudios Autonómicos, Barcelona, 1992.

ARTÍCULO 149.1.2.^a

2.^a Nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo.

Sumario: I. Planteamiento general. II. Nacionalidad y emigración. Ciudadanía de la Unión. III. Extranjería e inmigración. IV. Derecho de asilo.

SANTIAGO RIPOL CARULLA

CATEDRÁTICO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO
UNIVERSIDAD POMPEU FABRA

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

El art. 149.1.2.^a CE sitúa dentro del ámbito exclusivo del Estado cinco materias relacionadas con las competencias personales —competencias que el Estado ejerce sobre las personas que se encuentran bajo su jurisdicción— en las que, según el Derecho internacional público, se **concreta el principio de soberanía de los Estados**.

De entre los cinco ámbitos materiales recogidos en este artículo, dos se refieren a los ciudadanos españoles (nacionalidad y emigración) y los otros tres a los extranjeros residentes en el territorio de España (inmigración, extranjería y derecho de asilo).

El Tribunal Constitucional, pese a haber dictado múltiples Sentencias relativas al estatuto jurídico-constitucional de los extranjeros en España, se ha ocupado del alcance del título competencial estatal previsto en el art. 149.1.2.^a CE en las SSTC 31/2010, de 28 de junio (que resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña) y 87/2017, de 4 de julio (que resuelve el recurso de inconstitucionalidad promovido por la Defensora del Pueblo en funciones, contra los aps. 2.º, 4.º y 5.º del art. 9 de la Ley

de Cataluña 10/2010, de 7 de mayo, de acogida de las personas inmigradas y de las regresadas a Cataluña).

Ello no obstante, la puesta en práctica de las políticas de inmigración y emigración, centradas en la adopción de medidas que permitan la integración social de los extranjeros en España y el retorno al territorio español de los emigrantes españoles que viven en el exterior, exige una interpretación de los títulos competenciales «inmigración» y «emigración» que permita el concurso de las Comunidades Autónomas, pues las acciones que se enmarcan en estas políticas tienen un carácter transversal, que afecta a numerosas competencias sectoriales (educación, cultura, sanidad, asistencia social, vivienda...). Por último, no puede olvidarse la acción que, en relación a las materias de inmigración y asilo, ha venido desarrollando en los últimos tiempos la Unión Europea.

II. NACIONALIDAD Y EMIGRACIÓN. CIUDADANÍA DE LA UNIÓN

La determinación de quiénes son sus nacionales es la primera manifestación de las competencias personales derivadas de la soberanía. En el Derecho español, el art. 11 CE establece que «la nacionalidad española se adquiere, se

conserva y se pierde de acuerdo con lo establecido por la ley». Como señaló el TC en la Declaración de 1 de julio de 1992, FJ 5, «**el legislador de la nacionalidad debe, como es obvio, definir quiénes son españoles**, es decir, quiénes tienen potencialmente capacidad para ser titulares de cualesquiera situaciones jurídicas en el ordenamiento y sobre ello no le da la Constitución pauta material alguna». Los arts. 17 a 23 del Código Civil (reformados por la Ley 18/1990, de 17 de diciembre) señalan quiénes son españoles de origen y quiénes pueden adquirir la nacionalidad española. La Constitución, por otra parte, prevé que «ningún español de origen podrá ser privado de su nacionalidad» (art. 11.2) y que España puede concertar tratados de doble nacionalidad con determinados países (art. 11.3).

La salida al extranjero de un súbdito español no supone la quiebra del vínculo de nacionalidad; antes al contrario, **corresponde al Estado realizar ciertas funciones —protectoras y de asistencia— respecto de los españoles que viven en el extranjero**. A esta acción del Estado se refiere el art. 42 CE, según el cual el Estado velará especialmente por la salvaguardia de sus derechos económicos y sociales, y orientará su política hacia el retorno. Pero esta disposición constitucional presenta un ámbito subjetivo limitado, pues guarda silencio sobre el exilio y desconoce las causas que están en la base de los actuales desplazamientos de los ciudadanos españoles al extranjero. La Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del **Estatuto de la ciudadanía española en el exterior**, supera estas deficiencias al establecer «una política integral de emigración y retorno» (Exposición de Motivos, párr. II.3). Interesa destacar que el Estatuto de la ciudadanía española en el exterior «se dicta al amparo del art. 149.1.2 de la Constitución de 1978, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de emigración» (Exposición de Motivos, párr. III.1).

Los arts. 9 a 12 del TUE y 18 a 25 del TFUE otorgan a los ciudadanos de los Estados miembros de la UE un estatuto singular

—**ciudadanía de la Unión**—, que complementa el derivado de la nacionalidad y que conlleva el reconocimiento de los siguientes derechos: el derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (art. 21 del TFUE); el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo y en las elecciones municipales (art. 22, ap. 1, del TFUE) del Estado miembro en el que residan, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado (acerca de las normas relativas a la participación en las elecciones municipales y en las elecciones al Parlamento Europeo); el derecho a acogerse, en el territorio de un tercer país (Estado no perteneciente a la Unión Europea) en el que no está representado el Estado miembro del que sean nacionales, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado; el derecho a formular peticiones al Parlamento Europeo (art. 24, párr. 2.º, del TFUE) y a dirigirse al Defensor del Pueblo Europeo (art. 24, párr. 3.º, del TFUE) designado por el Parlamento Europeo y facultado para tratar las reclamaciones relativas a casos de mala administración en la acción de las instituciones y órganos de la Unión; dichos procedimientos se rigen con arreglo a lo dispuesto en los arts. 227 y 228 del TFUE, respectivamente; el derecho a dirigirse por escrito a cualquiera de las instituciones u organismos de la Unión en una de las lenguas de los Estados miembros y a recibir una contestación en esa misma lengua (art. 24, párr. 4.º, del TFUE); el derecho a acceder a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, con arreglo a determinadas condiciones (art. 15, ap. 3, del TFUE).

III. EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN

Según el concepto tradicional, la soberanía del Estado es exclusiva y absoluta dentro de su propio territorio y cualquier limitación impuesta a su ejercicio por un poder o autoridad exterior implicaría un menoscabo a su inde-

pendencia. Por lo tanto, en principio están sometidos por igual a las leyes y a la jurisdicción de cada Estado todos cuantos se encuentren en su territorio, temporal o permanentemente y sean nacionales o extranjeros y, también los bienes sitios dentro de sus fronteras y las relaciones jurídicas que sobre ellos se establezcan. Cualquier excepción a esas normas generales habrá de derivarse de la libre voluntad del Estado mismo, es decir, ha de estar admitida por sus propias leyes o en los convenios por él suscritos (TORROBA SACRISTÁN, 1993, 168).

Inherente a esa soberanía del Estado es su facultad de prohibir la entrada en su territorio a determinados extranjeros o grupos de extranjeros, por motivos justificados. Complementario a la facultad anterior es el denominado derecho de expulsión. En efecto, el derecho que se reconoce a un extranjero a residir en un país está supeditado, por parte de quien recibe esa hospitalidad, a su observancia de las leyes territoriales y de las buenas costumbres, y a su completa abstención en los asuntos internos del país que lo recibe. No admite duda, pues, la facultad del Estado de no consentir la permanencia en el territorio de los que hayan penetrado en él contraviniendo las leyes de admisión y de los que, por su conducta ulterior, se consideren como elementos perturbadores o perjudiciales para el bien público, como está establecido por las leyes españolas, que regulan los derechos y libertades de los extranjeros en España.

El art. 13 CE señala que «los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establecen los tratados y la ley». Este mandato constitucional fue inicialmente desarrollado a través de la Ley 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y libertades de los extranjeros en España. Esta ley se centró en la reglamentación de los requisitos básicos que los extranjeros deben satisfacer para ser autorizados a entrar en España (requisitos que se refieren fundamentalmente a las condiciones de su

alojamiento y manutención) y obtener el estatus de los residentes legales en España. Por consiguiente, la ley tenía como objeto principal las siguientes cuestiones: control de entrada, y reglamentación sobre la permanencia y salida del territorio español. Regulaba asimismo las situaciones jurídico-administrativas en que pueden encontrarse los extranjeros regulares en España. La ley hace descansar la aplicación de sus normas y del régimen sancionador que las acompaña en los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, a los órganos de la Administración General del Estado y a los Juzgados. La STC 115/1987, de 7 de julio, declaró la inconstitucionalidad de algunas limitaciones establecidas por la ley respecto de los derechos de los extranjeros en situación administrativa regular.

El 20 de noviembre de 2000 se aprobó la Ley 4/2000, sobre Derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (modificada por las LL. OO. 8/2000, de 22 de diciembre, 11/2003, de 29 de septiembre, y 14/2003, de 20 de noviembre). El enfoque de la ley varía respecto de la ley de 1985, cuyos elementos principales sin embargo incluye. La Ley 4/2000 regula el régimen de los extranjeros en España poniendo mayor énfasis en los derechos y libertades que les corresponden. En las SSTC 236, 259-265/2007, el TC se ha pronunciado sobre el reconocimiento de los derechos y libertades de los extranjeros sin considerar la situación administrativa en que se encuentren: derechos de reunión y manifestación, huelga, educación postobligatoria, asistencia jurídica gratuita y libertades de asociación y sindicación.

La DF 4.^a de la Ley afirma que todos los preceptos son orgánicos, excepto cuatro —art. 11 (derecho al trabajo y la Seguridad Social), 12 (derecho a la asistencia sanitaria), 13 (ayudas en materia de vivienda) y 14 (Seguridad Social y servicios sociales)—, aprobados con base en el art. 149.1.2.^a CE.

De la lectura del contenido de las sucesivas leyes de extranjería se deduce claramente

que muchas de las cuestiones susceptibles de enmarcarse en estos títulos competenciales afectan a competencias sectoriales propias cuyo ejercicio corresponde a las CC. AA. (salud, enseñanza, bienestar social, infancia, formación ocupacional, trabajo, etc.). Desde otro punto de vista, ha de señalarse que todas las CC. AA. han regulado estas cuestiones en tanto que relacionadas con el hecho migratorio (ej., Decreto 188/2001, de 26 de junio, de aplicación de la LO 4/2000, de 11 de enero, de la Generalidad de Cataluña, *DOCE*, núm. 3431, de 16 de julio), creando en algunos casos órganos de la Administración autonómica encargados de asegurar la ejecución de las actuaciones acordadas al respecto (Secretaría para la Inmigración de la Generalidad de Cataluña, Foro Regional para la Inmigración de la Comunidad de Madrid, Foro Regional para la Inmigración de la Comunidad Autónoma de Murcia, Foro para la Integración de los Inmigrantes en La Rioja...); no en vano la primera atención a las necesidades de los inmigrantes corresponde a las CC. AA. y a los Municipios.

Esta interpretación del art. 149.1.2.^a CE conduce a **distinguir entre las materias relacionadas con la política de extranjería e inmigración relacionadas directamente con el ejercicio de la soberanía territorial de los Estados** —control de fronteras, determinación de los flujos migratorios, establecimiento del estatuto de los extranjeros y de las condiciones y requisitos para autorizar su entrada, estancia, residencia y trabajo en España— **y aquellas otras que se orientan a la asistencia del inmigrante y a favorecer su integración social**; mientras que las primeras encuentran acomodo en el marco de las competencias exclusivas del Estado, las segundas afectan a «títulos competenciales autonómicos de carácter sectorial que inciden en ese fenómeno a los que no alcanza la competencia estatal» (MONTILLA MARTOS, 2007). Tal interpretación encuentra acomodo en el «principio de especificidad de la competencia» al que ha recurrido con frecuencia el Tribunal Constitucional (entre

otras, SSTC 177/1990, de 15 de noviembre, FJ 4; 102/1995, de 26 de junio, FJ 3).

Cuanto se ha dicho queda confirmado por la jurisprudencia sobre el alcance del título competencial estatal previsto en el art. 149.1.2.^a CE desarrollada por el TC fundamentalmente en las SSTC 31/2010, de 28 de junio (que contiene una doctrina reiterada en las SSTC 26/2013, de 31 de enero, FJ 5, y 154/2013, de 10 de septiembre, FJ 5) y 87/2017, de 4 de julio, a las que debe añadirse la STC 134/2017, de 16 de noviembre, que confirma esta doctrina.

Para el TC la atribución al Estado de la **competencia sobre extranjería en el art. 149.1.2.^a CE** comprende fundamentalmente dos aspectos:

El primero consiste en la determinación de «los derechos que, correspondiendo, en principio, a los españoles, deben ser extendidos a los ciudadanos de otras nacionalidades radicados en nuestro país», de modo que «el Estado, a través de su competencia para determinar el «estatuto del extranjero», puede establecer los ámbitos del Título I de la Constitución que no admiten diferencia de trato por la mera presencia de la nota de la «extranjería»».

El segundo aspecto que comprende la atribución al Estado de la competencia sobre extranjería *ex* art. 149.1.2.^a CE «es la capacidad del Estado de determinar aquellos derechos que corresponden a los extranjeros en su condición de tales. Esto es, aquellos derechos que les corresponderían, no como consecuencia de su potencial situación de necesidad social y que les puede convertir en beneficiarios de determinadas políticas sectoriales asistenciales (políticas de vivienda, de asistencial social etc.), sino como consecuencia de la específica y particular posición en la que se encuentra el ciudadano extranjero de cara a su integración en la sociedad española».

De acuerdo con esta visión, el «estatuto del extranjero», como parte integrante del título

competencial estatal del art. 149.1.2.^a CE, no incluye la fijación de unas condiciones básicas de igualdad entre todos los extranjeros radicados en el territorio del Estado. Por el contrario, se trata de «fijar las condiciones de igualdad entre extranjeros y españoles en la titularidad de los derechos constitucionales».

De este modo, el Estado, que tiene competencia «para determinar los ámbitos en los que, por razón de la titularidad de los derechos afectados, considera que no es admisible una diferencia de trato», no tiene posibilidad de inmiscuirse en las concretas medidas que pueden o deben adoptar los respectivos poderes públicos en el ejercicio de sus respectivas competencias. Así, en los ámbitos en que dicho estatuto permite una diferencia de trato por razón de la extranjería, «los poderes públicos titulares de la competencia sectorial afectada pueden optar por aplicar a los extranjeros las mismas políticas o medidas adoptadas en relación con los españoles».

Con tal entendimiento se impide configurar la competencia estatal *ex* art. 149.1.2.^a CE sobre el «estatuto del extranjero» como «un título horizontal de alcance ilimitado que enerve los títulos competenciales de las Comunidades Autónomas de carácter sectorial».

En la Unión Europea las instituciones comunitarias tienen facultad para establecer las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países que deseen entrar y residir legalmente en un Estado miembro, también en lo relativo a la reagrupación familiar. Los Estados miembros siguen teniendo derecho a establecer porcentajes de admisión de nacionales de terceros países que deseen buscar trabajo en su territorio. A partir de estas bases (arts. 79 y 80 del TFUE) la Unión Europea ha elaborado una política de migración; política que ha sido redefinida en 2015 tras constatar su fracaso y la necesidad de adoptar medidas urgentes ante las avalanchas de personas que tratan de entrar en territorio comunitario [Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y

Social y al Comité de las Regiones *Una Agenda Europea para la Migración*. Doc. COM (2015) 240 final, de abril de 2015].

IV. DERECHO DE ASILO

Por derecho de asilo se entiende «**la protección dispensada por España a aquel extranjero a quien se reconozca la condición de refugiado** de acuerdo con la Convención de Ginebra de 1951, es decir, a quien debido a fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de sus temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose a consecuencia de tales acontecimientos fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él» (Ley 9/1994, de 19 de mayo, de modificación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, Exposición de Motivos, párr. 5).

Los extranjeros tienen derecho a solicitar el asilo, pero su concesión corresponde al Estado «en el ejercicio de su soberanía» [Declaración sobre el asilo territorial, Resolución 2312 (XXII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1967, art. 1]. Por otra parte, el Estado al que se haya solicitado asilo, aun cuando decida no proceder a la concesión de la solicitud de asilo, no podrá devolver al solicitante de asilo al territorio del Estado del que procede (*non refoulement*).

El art. 13.4 CE señala que «la ley establecerá los términos en los que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España». En cumplimiento de esta disposición, se aprobó la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y la condición de refugiado, y el RD 511/1985, de 20 de febrero, que la desarro-

lla. La Ley de 1984 fue modificada por la ya citada Ley 9/1994, de 19 de mayo, y su Reglamento de 10 de febrero de 1995.

El 31 de octubre de 2009 se publicó en el *BOE* (núm. 263) la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, que derogó la anterior. Esta última ley presenta importantes novedades, destacando, entre otras, la diferenciación entre las figuras de derecho de asilo y derecho a la protección subsidiaria, y la determinación y ordenación completa del estatuto del solicitante de protección internacional. La ley recoge de este modo la normativa aprobada por la Unión Europea en materia de

asilo. Como en el caso de las políticas sobre controles en las fronteras y de inmigración, esta política se estructura a partir de la aprobación del Tratado de Ámsterdam, que incluyó un nuevo Título IV titulado «Visados, asilo e inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de las personas», el cual ha sido recogido, a su vez, en el Tratado de Lisboa (arts. 77-80).

La configuración del derecho de asilo como un acto de soberanía sitúa esta materia en el marco de las competencias exclusivas del Estado (art. 149.1.2.^a CE), sin que esta afectación haya sido en modo alguno contestada.

BIBLIOGRAFÍA

AJA, E., *Inmigración y democracia*, Alianza Editorial, Madrid, 2012.

MONTILLA MARCOS, J. A., «Inmigración y Comunidades Autónomas», en AJA, E. y ARANGO, J. (Coords.), *Veinte años de inmigración en España. Perspectivas jurídica y sociológica*, Fundació CIDOB, Barcelona, 2006.

SANTOLAYA MACHETTI, P., «Extranjería y nuevos estatutos de autonomía», *Revista d'Estudis Autònòmics i Federals*, núm. 4, 2007, págs. 159-183.

TORROBA SACRISTÁN, J., *Derecho consular*, Ministerio de Asuntos Exteriores, Madrid, 1993.

ARTÍCULO 149.1.3.^a CE

3.^a Relaciones internacionales.

Sumario: I. Planteamiento general. II. El contenido del título competencial «relaciones internacionales». 1. No toda acción exterior incide en las «relaciones internacionales». 2. La materia «relaciones internacionales» hace referencia a los atributos que el Derecho internacional reconoce a los Estados en tanto que sujetos de Derecho internacional. III. Tribunal Constitucional, conflictos de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas y Derecho comunitario. 1. Delimitación de competencias y Derecho comunitario. 2. La ejecución del Derecho comunitario por las Comunidades Autónomas. IV. Una doctrina sólida y reafirmada.

SANTIAGO RIPOL CARULLA

CATEDRÁTICO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO
UNIVERSIDAD POMPEU FABRA

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

Dos notas caracterizan la jurisprudencia del Tribunal Constitucional relativa al art. 149.1.3.^a CE. En primer lugar, un marcado cambio en la determinación del contenido de la materia «relaciones internacionales». Este cambio se produjo en 1989 (STC 153/1989, de 5 de octubre) y consistió en abandonar una concepción globalizante de las «relaciones internacionales» para afirmar que no cabe una interpretación extensiva de esta materia, pues el ejercicio por las Comunidades Autónomas de las competencias que tienen atribuidas implica el realizar determinadas actividades fuera de los límites territoriales de España. El segundo elemento consiste en reconocer que, dado el carácter *sui generis* del Derecho comunitario europeo (DCE) —un ordenamiento que produce ciertos efectos como Derecho interno (STC 165/1994, de 26 de mayo)—, la cuestión se plantea con ciertos perfiles propios en relación con este ordenamiento. En los últimos tiempos, con motivo de los recursos interpuestos a raíz de las leyes adoptadas por el Parlamento de Cataluña, el TC ha reafirmado su doctrina.

II. EL CONTENIDO DEL TÍTULO COMPETENCIAL «RELACIONES INTERNACIONALES»

1. No toda acción exterior incide en las «relaciones internacionales»

Durante la década de los ochenta, el TC sostuvo que el art. 149.1.3.^a CE reserva en exclusiva al Estado la materia «relaciones internacionales». Tal afirmación se expresa con singular rotundidad en la STC 137/1989, de 20 de julio, FJ 3: «el constituyente —en un precepto de alcance perfectamente meditado e inequívoco, según se deduce de sus antecedentes parlamentarios— ha reservado en exclusiva a los órganos centrales del Estado la totalidad de las competencias en materia de «relaciones internacionales»». Esta sentencia, que estableció la inconstitucionalidad de un comunicado de colaboración suscrito entre el Consejero de Ordenación del Territorio y Medio Ambiente de la Junta de Galicia y la Dirección General del Medio Ambiente del Gobierno del Reino de Dinamarca, contó con un importante voto particular de cuatro Magistrados, cuyos aspectos esenciales tuvieron reflejo en sentencias posteriores.

El mismo año 1989, el Tribunal adoptó la STC 153/1989, de 5 de octubre, referida a un conflicto positivo de competencia promovido por la Generalidad de Cataluña frente al Gobierno de la Nación, en relación con la Orden de 26 de septiembre de 1984 del Ministerio de la Presidencia, que regulaba la realización de películas cinematográficas en coproducción y cuyos artículos, entre otros extremos, atribuían a la Dirección General de Cinematografía de la Administración del Estado la facultad de concesión de la nacionalidad española a las películas realizadas en régimen de coproducción, resolución que llevaba aparejada la concesión del permiso de rodaje (arts. 2 y 3). En la sentencia, el TC afirmó no poder aceptar que «cualquier relación, por lejana que sea, con temas en los que estén involucrados otros países o ciudadanos extranjeros, implique por sí sola o necesariamente que la competencia resulte atribuida a la regla «relaciones internacionales»» (FJ 8). Hacerlo así —añadió la STC (Pleno) 80/1993, de 8 de marzo, FJ 3— «produciría una reordenación del propio orden constitucional de distribución de competencias».

En suma, a partir de los años noventa es doctrina del TC el afirmar que **la CE posibilita que las CC. AA. lleven a cabo actividades que tengan una proyección exterior**, ya que solo de este modo quedará garantizado el correcto ejercicio de sus competencias.

2. La materia «relaciones internacionales» hace referencia a los atributos que el Derecho internacional reconoce a los Estados en tanto que sujetos de Derecho internacional

El TC ha concretado el contenido del título competencial «Relaciones internacionales» en las actuaciones siguientes: «celebración de los tratados (*ius contrahendi*), representación exterior de los tratados (*ius legationis*), así como la creación de obligaciones internacionales y la responsabilidad

internacional del Estado» (STC 165/1994, de 26 de mayo, FJ 5, con cita de sentencias anteriores). Esta enumeración no quiere ser exhaustiva; el TC se ha limitado a referir las capacidades que el Derecho internacional general reconoce a los Estados en tanto que sujetos de Derecho internacional. Desde el punto de vista del Derecho internacional, a las actuaciones referidas cabría añadir la capacidad de participar en procedimientos de solución de controversias internacionales en plano de igualdad con otros sujetos del Derecho internacional. Estas capacidades o atributos del Estado derivan del principio de soberanía y permiten a los Estados el ejercicio pleno de su soberanía exterior. El TC acertadamente enmarca el término «relaciones internacionales» en el ámbito jurídico, diferenciándolo de las relaciones internacionales en sentido sociológico o de la política exterior, expresión de «la acción política del Gobierno».

Así entendida, **la materia «relaciones internacionales» constituye un límite a la acción exterior de las Comunidades Autónomas**; un límite constitucionalmente establecido ciertamente, pero que encuentra su razón de ser en la regulación de la personalidad del Estado realizada por el Derecho internacional. De esta forma, las Comunidades Autónomas no podrán celebrar tratados internacionales ni establecer órganos permanentes de representación ante otros sujetos de Derecho internacional, etc., salvo y en la medida en que así lo permitan las normas de Derecho internacional particular (por ejemplo, los tratados constitutivos de una organización internacional).

En relación con estos actos de soberanía exterior del Estado español, la jurisprudencia constitucional ha recordado que determinados Estatutos de Autonomía establecen disposiciones que permiten a las CC. AA. bien incentivar la acción exterior del Gobierno, bien asegurar vías de participación de la Comunidad Autónoma respectiva en la formación de la voluntad internacional del Estado.

Estas previsiones rigen también la acción exterior, tanto del Gobierno como de las Comunidades Autónomas (STC 165/1994, de 26 de mayo, FJ 5). En este sentido, el TC ha invocado el **deber general de colaboración que necesariamente ha de presidir las relaciones entre el Estado y las CC. AA.** [STC (Pleno) 80/1993, de 8 de marzo, FJ 3]; deber de colaboración que se concreta, entre otros extremos, en la necesidad de asegurar la acción conjunta y la información recíproca.

Por otra parte, la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, generaliza a todas las Comunidades Autónomas y a las ciudades de Ceuta y Melilla la posibilidad de solicitar al Gobierno la apertura de negociaciones para la celebración de un tratado internacional y se refiere también al deber del Gobierno de remitirles información sobre la negociación (arts. 49 y 50). Por lo demás, la ley prevé que las Comunidades Autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla puedan solicitar al Gobierno formar parte de la delegación española que negocia un tratado internacional que tenga por objeto materias de su competencia (art. 51). El Gobierno debe resolver motivadamente acerca de las propuestas de las Comunidades Autónomas de abrir negociaciones y de participar en la delegación negociadora del tratado. Del mismo modo, la ley reconoce a las Comunidades Autónomas capacidad para concluir acuerdos internacionales administrativos y acuerdos internacionales no normativos, en las condiciones y según los procedimientos estudiados. La Ley exige en ambos casos un informe jurídico previo de la Asesoría Jurídica Internacional (arts. 52 y 53).

III. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, CONFLICTOS DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS Y DERECHO COMUNITARIO

En el año 1986, España se adhirió a la Comunidad Europea, una organización internacio-

nal de integración a la que se atribuye el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución (art. 93 CE). Esta cesión inicial de competencias se ha visto incrementada con el paso del tiempo, a través tanto de la revisión de los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas como de la propia acción de las instituciones de la Unión Europea.

El impacto de este proceso ha repercutido en el reparto interno de competencias entre el Estado central y las Comunidades Autónomas establecido en la Constitución y, como no podía ser de otra manera, el TC no ha permanecido ajeno al mismo. En términos generales, el Tribunal ha tenido que afrontar dos cuestiones: 1) ¿se ha visto alterado el reparto competencial constitucional y estatutario como consecuencia directa de la transferencia de competencias a las instituciones comunitarias?, y 2) la ejecución del DCE, de la que en el plano internacional son responsables las instituciones centrales del Estado, ¿habilita al Gobierno de la Nación a vertebrar instrumentos de supervisión del modo en que las Comunidades Autónomas ejecutan el Derecho comunitario sobre materias que inciden en su ámbito competencial tal como este viene determinado en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía?

1. Delimitación de competencias y Derecho comunitario

La jurisprudencia del TC sobre la primera cuestión se caracteriza por la afirmación constante de que «las reglas internas de delimitación competencial son las que en todo caso han de fundamentar la respuesta a los conflictos de competencia planteados entre el Estado y las Comunidades Autónomas», pues ni el ingreso de España en la Comunidad Europea ni la promulgación de normas comunitarias alteran el orden competencial establecido (STC 252/1988, de 20 de diciembre, FJ 2, entre otras muchas).

El TC ha deducido de la afirmación anterior que **el Derecho comunitario europeo no**

puede ser criterio para dilucidar los conflictos competenciales que se le planteen como consecuencia de la aprobación de disposiciones adoptadas por los órganos del Estado para adaptar la legislación nacional al DCE.

Lo anterior no supone, sin embargo, que el TC desconozca absolutamente la norma comunitaria; antes al contrario, el Tribunal ha puesto de relieve la utilidad de su toma en consideración: solo así —ha afirmado— podrá aplicarse correctamente el esquema interno de distribución competencial, que no se produce en el vacío (SSTC 13/1998, de 4 de febrero, FJ 6; 128/1999, de 1 de julio, FJ 9; 38/2002, de 14 de febrero, FJ 11). De esta forma, la norma comunitaria actúa como parámetro de interpretación del reparto de competencias establecido en la Constitución y los Estatutos de Autonomía. El análisis de la normativa comunitaria se considera incluso obligado en aquellos casos en los que la institución o las técnicas sobre las que versa la disputa carecen de antecedentes en el Derecho interno, por tratarse de instrumentos de nuevo cuño, asimilados entre nosotros desde el Derecho comunitario (como ocurre, por ejemplo, con el procedimiento de evaluación de impacto ambiental) (STC 45/2001, de 15 de febrero, FJ 7).

2. La ejecución del Derecho comunitario por las Comunidades Autónomas

Asentado que el ámbito competencial del Estado y de las Comunidades Autónomas no queda alterado en virtud de la conexión comunitaria, surge la cuestión de la ejecución del Derecho comunitario europeo.

El TC ha señalado con claridad que «la ejecución del Derecho comunitario corresponde a quien materialmente ostente la competencia, según las reglas de Derecho interno, puesto que no existe una competencia específica para la ejecución del Derecho comunitario» (STC 236/1991, de 12 de diciembre FJ 9). Esta manifestación se ha realizado con el objetivo de establecer un límite a la acción del Estado,

el cual, amparándose en el principio de competencia exclusiva del Estado sobre las relaciones internacionales, ha tratado en ocasiones de extender su ámbito competencial a toda actividad que constituya desarrollo, ejecución o aplicación de los convenios y tratados internacionales y, en particular, del Derecho derivado europeo.

En efecto, la Abogacía del Estado ha alegado en reiteradas ocasiones que las obligaciones internacionales asumidas por España en una determinada materia postulan una interpretación a favor del Estado de las competencias para llevar a cabo las tareas a que se refiere la normativa comunitaria. Al hacerlo se ha apoyado en la competencia exclusiva del Estado en materia de relaciones internacionales (art. 149.1.3.^a CE).

El Tribunal, sin embargo, ha rechazado repetidamente y con severidad esta postura. Y, así, ha señalado que **la responsabilidad de garantizar el adecuado cumplimiento de las normas comunitarias «no habilita al Gobierno de la Nación a ejercitar una competencia de ejecución que, según queda dicho, ha de corresponder a quien, por razón de la materia, le haya sido atribuida»** (STC 45/2001, de 15 de febrero, FJ 7).

El Tribunal ha mostrado cierta firmeza a la hora de establecer este límite, ya que, de no existir, se podría producir, en razón de la progresiva ampliación de la esfera material de intervención de la Comunidad Europea, «un vaciamiento notable del área de competencias que la Constitución y los Estatutos atribuyen a las Comunidades Autónomas» (SSTC 79/1992, de 13 de mayo, FJ 1; 54/1990, de 28 de marzo, FJ 3). Esta posición, presente ya, como se ha indicado, en la temprana STC 125/1984, de 20 de diciembre, constituye una línea ininterrumpida de doctrina.

Tampoco el art. 93 *in fine* CE («Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de

los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión») justificaría una ampliación de las competencias estatales. Como ya se ha expuesto, el Tribunal considera que «no existe una competencia específica para la ejecución del Derecho comunitario».

La consideración del art. 93 CE, sin embargo, ha llevado al Tribunal a reconocer que es necesario proporcionar al Gobierno los instrumentos necesarios para desempeñar la función de garantía que le atribuye este artículo (SSTC 252/1988, de 20 de diciembre, FJ 2; 79/1992, de 28 de mayo, FJ 1) y a estos efectos reconocer la **constitucionalidad del establecimiento de determinados instrumentos de garantía del cumplimiento por las Comunidades Autónomas de las normas comunitarias** (atribuir a un órgano u organismo del Estado la resolución de las solicitudes, previa selección unificada de las mismas, de ayudas a la agricultura y la ganadería asignadas por la CEE al Reino de España; obligación de la Comunidad Autónoma de ofrecer a la Administración Estatal, con el detalle y en el tiempo que esta requiera, los datos que le demande; etc.).

El reconocimiento de esta posibilidad ha venido acompañado de importantes cautelas. En efecto, el Tribunal ha tomado cuidado en diferenciar entre la garantía de la ejecución y la ejecución en sí misma (STC 80/1993, de 8

de marzo, FJ 3), ha recordado que la previsión del art. 93 de la CE no configura por sí sola un título competencial autónomo a favor del Estado, sino que ineludiblemente ha de serlo por conexión con las competencias exteriores del Estado (STC 79/1992, de 28 de mayo, FJ 1), y, como se ha expuesto, ha invocado el deber general de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

IV. UNA DOCTRINA SÓLIDA Y REAFIRMADA

Todos los aspectos de la doctrina relativa al art. 149.1.3.^a CE fueron reiterados por el TC con motivo de la STC 31/2010, de 28 de junio, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad formulado en relación con diversos preceptos de la LO 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006. El Estatuto incluye un capítulo relativo a la acción exterior de la Generalitat de Cataluña, y otro sobre las relaciones de la Generalitat con la Unión Europea, varios de cuyos artículos fueron impugnados. Siguiendo la doctrina expuesta —que sintetiza—, el TC desestimó íntegramente la impugnación (FF. JJ. 118 a 129). Con posterioridad, las SSTC 110/2012, de 20 de junio, 46/2015, de 5 de marzo, 85/2016, de 28 de abril, 228/2016, de 22 de diciembre, y 77/2017, de 21 de junio, se fundamentan en esta jurisprudencia.

BIBLIOGRAFÍA

ALBERTÍ ROVIRA, E., «El desarrollo y la ejecución por las Comunidades Autónomas de la normativa comunitaria en materias de competencia compartida con el Estado», en *Estatuto y Unión Europea: Seminario, Barcelona, 2 de mayo de 2006*, Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona, 2006, págs. 79-103.

CASANOVAS Y LA ROSA, O., «La acción exterior de las Comunidades Autónomas y su participación en la celebración de tratados internacionales», en ALDECOA LUZÁRRAGA, F. y MARIÑO MENÉNDEZ, F. (Coords.), *La acción exterior y comunitaria de los länder, regiones, cantones y comunidades autónomas*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñate, 1987, págs. 43-64.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M., «Le comunità autonome spagnole e l'Unione Europea», en *L'Europa delle autonomie: le regioni e l'Unione Europea*, Giuffrè, Milán, 2003, págs. 237-244.

FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C., *La acción exterior de las comunidades autónomas: balance de una práctica consolidada*, Dilex, Paracuellos del Jarama (Madrid), 2001.

GARCÍA PÉREZ, R. (Dir.), *La acción exterior de las Comunidades Autónomas en las reformas estatutarias*, Tecnos, Madrid, 2009.

LÓPEZ CASTILLO, A., «Droit de l'UE et Constitutions nationales (Espagne)», en *Informe Nacional al XX Congreso de la FIDE*, celebrado en Londres en 2002 (<http://www.fide2002.org/reportseu-law.htm>).

PONS RAFOLS, X., «La acción exterior de la Generalitat, los recientes desarrollos legislativos estatales y la nueva Ley catalana de Acción Exterior y de relaciones con la Unión Europea», en *Acción Exterior y Comunidades Autónomas*, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona, 2015, págs. 45-125.

ARTÍCULO 149.1.4.^a

4.^a *Defensa y Fuerzas Armadas.*

LAS COMPETENCIAS DEL ESTADO EN MATERIA DE DEFENSA Y FUERZAS ARMADAS

FERNANDO LÓPEZ RAMÓN

CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO
UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA

La reserva constitucional al Estado de la competencia exclusiva en materia de defensa nacional y Fuerzas Armadas debe ser identificada con el **monopolio estatal de la violencia**. Tres regulaciones ha merecido la defensa nacional después de la Constitución. La primera se contuvo en la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, de Criterios Básicos de la Defensa Nacional y la Organización Militar, que ha de ubicarse entre las iniciales reformas democráticas de la organización militar. La segunda se produjo por la Ley Orgánica 1/1984, de 5 de enero, que reformó los preceptos de la ley anterior referidos a la organización política y militar de la defensa a fin de reforzar el control del Ejecutivo sobre las Fuerzas Armadas. La tercera se llevó a cabo en la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, que deroga completamente las anteriores y establece un nuevo régimen de la materia, incorporando la realización de nuevas funciones por las Fuerzas Armadas.

En realidad, ha de resaltarse que los contenidos de esas tres leyes no difieren excesivamente entre sí, observándose una clara continuidad normativa. Afortunadamente, pues todas las políticas públicas, incluida la de defensa, resisten mal los cambios radicales de sus fundamentos. Al igual que sucede en los

grandes edificios, cualquier intervención sobre los cimientos y pilares se muestra problemática. **Las novedades de la reforma de 1984 y de la Ley de 2005 continúan, así, las líneas maestras de la Ley de 1980, introduciendo modificaciones que en ningún caso alteran las bases del sistema democrático de la defensa nacional iniciado por la Constitución de 1978.**

La defensa nacional es objeto de un acabado diseño constitucional, a través de una serie de principios que pueden ser identificados partiendo de las referencias a las Fuerzas Armadas, metodología justificada por el esencial papel que a estas corresponde en la defensa nacional. El punto de partida lógico se encuentra en el **principio del Ejército permanente estatal**, concebido como una organización necesaria vinculada al monopolio estatal de la violencia, según demuestran los arts. 8.1 y 149.1.4.^a de la Constitución. Después, el principio de separación entre las autoridades civiles y militares propugna la distinción entre la organización civil y la militar, como cabe deducir de los arts. 8.2 y 97 de la Constitución. En inmediata conexión, surge el **principio de subordinación de la autoridad militar a la civil**, reflejado en el citado art. 97 de la Constitución y cuya más acabada

recepción se encuentra en la caracterización de las Fuerzas Armadas como parte de la Administración del Estado. Sobre la base firme que representan los anteriores principios para la identificación de un verdadero Estado de Derecho, se desarrollan en la misma Constitución el principio de dependencia del Ejecutivo [arts. 62.h) y 97], el principio defensivo (art. 8.1), el principio de juridicidad (arts. 8.2 y 117.5) y el principio de la estricta disciplina militar (arts. 25.3, 26, 28.1 y 29.2), que completan la arquitectura constitucional de la defensa nacional.

Dentro, pues, de esa permanencia de los principios constitucionales y aun de bastantes fórmulas legales, cabe identificar, decimos, las diferencias entre las tres regulaciones de la defensa nacional de 1980, 1984 y 2005. A continuación, se expondrán los contextos normativos, problemas reales y comportamientos políticos que han acompañado a cada una de las tres leyes citadas.

La primera Ley de Defensa Nacional se situó al final de las iniciales reformas militares de la democracia impulsadas por el Presidente Suárez (centrista). En 1977, antes de aprobarse la Constitución, en plena transición política, se consideró preciso, entre otras medidas, establecer el régimen de actividades políticas y sindicales de los militares, crear la Junta de Jefes de Estado Mayor de los Ejércitos y constituir el Ministerio de Defensa (Reales Decretos-Leyes 7 a 11/1977 y Real Decreto 1558/1977). En 1978, al mismo tiempo que se elaboraba el texto constitucional, hubieron de aprobarse la Ley reguladora de las funciones de los órganos superiores del Estado en relación con la defensa nacional (Ley 83/1978) y las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas (Ley 85/1978). La primera de estas dos leyes constituye antecedente directo de buena parte de los contenidos de la Ley Orgánica de la Defensa Nacional de 1980, en cuya elaboración y tramitación parlamentaria dominó el espíritu de consenso, que venía de la transición política y que tanto peso tuvo en la forja del texto constitucional. La ley continuó, así,

las reformas militares, aunque sin llegar a culminarlas, pues diversas cuestiones quedaron pendientes de nuevas regulaciones. Sin embargo, dentro de la I Legislatura constitucional, únicamente fue posible aprobar una reforma parcial, aunque importante, de la justicia militar (Ley Orgánica 9/1980) y el régimen de los estados de alarma, excepción o sitio (Ley Orgánica 4/1981).

La segunda redacción de la Ley Orgánica de la Defensa Nacional se produjo como consecuencia de las modificaciones introducidas en la misma en 1984, durante el primer Gobierno socialista. La reforma se situaba en un contexto político que cabría calificar de relativamente armonioso, aunque por razones diferentes de las que habían determinado el consenso constitucional. Sobre las conductas políticas pesaba el recuerdo de la cercana rebelión militar del 23 de febrero de 1981, cuya completa sanción penal hubo de asumir en vía de casación la Sala Segunda del Tribunal Supremo (Sentencia de 22 de abril de 1983). No es de extrañar, por tanto, que se buscara **reforzar los poderes militares del Ejecutivo y acentuar los medios de coordinación de los tres ejércitos**. Y tampoco produce sorpresa que la reforma obtuviera un amplio respaldo parlamentario, lejos, no obstante, de la casi unanimidad que se había logrado cuatro años antes. En todo caso, la nueva regulación de la defensa nacional marcó el inicio de las reformas militares promovidas por el Presidente González, que sirvieron especialmente para reestructurar por completo la justicia militar.

En la II Legislatura constitucional se aprobó el nuevo régimen sancionador militar, integrado por el Código Penal Militar (Ley Orgánica 13/1985) y la primera Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas (Ley Orgánica 12/1985); en esta Legislatura también se aprobaron las Leyes reguladoras de la objeción de conciencia (Ley Orgánica 8/1984 y Ley 48/1984). En la III Legislatura, persistiendo la mayoría parlamentaria socialista, se aprobó el régimen orgánico y procesal mili-

tar, mediante la Ley de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar (Ley Orgánica 4/1987), la Ley de Planta y Organización Territorial de la Jurisdicción Militar (Ley 44/1988) y la Ley Procesal Militar (Ley Orgánica 2/1989). Por fin, en la IV Legislatura, asimismo con mayoría socialista, se aprobó la Ley de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil (Ley Orgánica 11/1991), completándose, de esta forma, la derogación del Código de Justicia Militar de 1945; también se aprobó una nueva regulación completa del servicio militar (Ley Orgánica 13/1991).

La Ley Orgánica de la Defensa Nacional de 1980-1984 pudo ser aplicada sin mayores problemas ni tensiones, no solo durante las legislaturas de dominio socialista, sino también a lo largo de buena parte de las legislaturas de mayoría popular. No obstante, a raíz de la importante decisión de profesionalizar al personal militar, se encomendó al Gobierno la elaboración de «los proyectos de ley necesarios para adaptar el ordenamiento legal de la defensa nacional y el régimen de derechos y deberes de los militares al modelo de Fuerzas Armadas profesionales» (disposición final séptima de la Ley 17/1999). En la VI Legislatura, de Ejecutivo popular, se aprobaron la nueva Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas (Ley Orgánica 8/1998, que derogó la Ley Orgánica 12/1985), la Ley de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas (Ley 17/1999) y la Ley de Régimen del Personal de la Guardia Civil (Ley 42/1999). Ya en la VII Legislatura, con mayoría parlamentaria popular, se aprobaron el Libro Blanco de la Defensa (2000) y la Directiva de Defensa Nacional del Presidente del Gobierno 1/2000, documentos en los que se preveían las consecuencias del sistema de Ejército profesional.

Acontecimientos posteriores incidieron, sin duda, tanto en la oportunidad de cumplir ese encargo, como en el alcance que habría de darse al mismo. En efecto, el atentado contra las torres gemelas de Nueva York (11 de septiembre de 2001) modificó de manera significativa la política de seguridad de los Es-

tados Unidos y, después, la de los restantes países desarrollados, incluida España. Las alarmas se dispararon, poniéndose de relieve **las carencias de los sistemas de seguridad nacionales, europeo e internacional**. Fruto de esas inquietudes fue la elaboración por el último Gobierno del Presidente Aznar de la Revisión Estratégica de la Defensa (2003), donde se planteaba la existencia de importantes problemas interrelacionados de seguridad interior y exterior y la aparición de nuevas amenazas, proponiendo, a fin de afrontar todo ello, la aprobación de otra Ley de Defensa Nacional, entre diversas medidas que contaron con amplio respaldo parlamentario. La natural evolución del proceso fue impedida por las fuertes tensiones políticas derivadas de la implicación de nuestro país en la invasión de Irak (20 de marzo de 2003), así como por la reacción de la opinión pública en contra del Gobierno tras el atentado de la estación de Atocha en Madrid (11 de marzo de 2004), en vísperas de las elecciones generales.

Como consecuencia de esas graves tensiones políticas, la tercera Ley de la Defensa Nacional (Ley Orgánica 5/2005), promovida en la VIII Legislatura por el Gobierno del Presidente Rodríguez Zapatero (socialista), no puede considerarse fruto del consenso, aunque sus puntos de partida no contengan variantes significativas con respecto a las iniciativas anteriores. La permanencia de los planteamientos generales se comprueba en la Directiva de Defensa Nacional del Presidente del Gobierno 1/2004, donde se propuso la elaboración de una nueva Ley Orgánica de la Defensa Nacional sin que se modificaran las pautas establecidas sobre la misma en la Revisión Estratégica de la Defensa de 2002. Pero, a pesar de esa coincidencia, el cuadro político general de enfrentamientos constantes y descalificaciones absolutas quedó sobradamente reflejado en los correspondientes debates parlamentarios. No dejan de existir diferencias, por supuesto, en cuestiones que no cabe considerar menores, entre las diversas versiones normativas de la defensa nacional, aunque

conviene insistir aquí, nuevamente, en la continuidad de las regulaciones que, más allá de los concretos enfrentamientos políticos del momento, obedecen a una común visión democrática de la defensa nacional.

En todo caso, el siglo XXI ha conllevado cambios significativos en relación con las Fuerzas Armadas de las democracias, pues sus tradicionales funciones ligadas a la Defensa Nacional han pasado a situarse en el más amplio marco conceptual de la **Seguridad Integral y Global**. Tras el 11-S, la reacción frente a diversos fenómenos de violencia, en particular el terrorismo yihadista, ha desbordado las muy marcadas diferencias previamente existentes entre la Defensa Nacional y la Seguridad Ciudadana, entre las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Seguridad, y entre los planos nacional e internacional. Los límites que derivaban de esos ámbitos funcionales, orgánicos y territoriales —en ocasiones laboriosamente contruidos, mantenidos e incluso anhelados— se presentan ahora como obstáculos para las nuevas necesidades de la seguridad.

En realidad, la visión integral de la seguridad no parece tan nueva, pues, con unas u otras justificaciones y denominaciones, ha sido reclamada o impuesta con frecuencia a lo largo de la historia, especialmente por regímenes dictatoriales. En la época franquista cabe, así, constatar el empleo de la movilización nacional como instrumento de militarización de la sociedad (Ley 50/1969). Por exigencias de defensa nacional o circunstancias extraordinarias que discrecionalmente podían apreciar las autoridades civiles o militares competentes, se permitía emplear todos los recursos nacionales, entre los que se incluían los militares, humanos, económicos, sanitarios, de investigación, transportes, comunicaciones y medios de información, pudiendo afectar la movilización a cualesquiera personas físicas y jurídicas, y a todo tipo de bienes, derechos y prestaciones, e implicando la aplicación del régimen castrense al personal movilizado. Lo sorprendente de aquella normativa de movilización nacional fue que se

considerara vigente hasta su derogación expresa por la Ley 39/2007.

Sin embargo, persistiendo la mayoría socialista en la IX Legislatura constitucional, no se tardó mucho en volver a establecer una regulación con potencialidad movilizadora similar, aunque vertida en los moldes correctamente democráticos de la Seguridad Integral y ahora también Global. Así, se establecieron medidas para la protección de las *infraestructuras críticas*, incorporando exigencias de la Directiva 2008/114/CE para hacer frente a los nuevos desafíos en materia de seguridad (Ley 8/2011): *nuevos riesgos* —e decía en el preámbulo— *generados, en gran medida, por la globalización, y entre los que se cuentan el terrorismo internacional, la proliferación de armas de destrucción masiva o el crimen organizado*.

El proceso normativo sería completado y notablemente ampliado después, ya en la X Legislatura con el Presidente Rajoy, al regularse el nuevo ámbito de la seguridad nacional, entendida como *la acción del Estado dirigida a proteger la libertad, los derechos y bienestar de los ciudadanos, a garantizar la defensa de España y sus principios y valores constitucionales, así como a contribuir junto a nuestros socios y aliados a la seguridad internacional* (Ley 36/2015). La Defensa Nacional, la Seguridad Pública y la Acción Exterior pasan a ser *componentes* de la nueva Seguridad Nacional, función pública de esencia coordinadora que cuenta con su propia organización y sus propios instrumentos.

El lugar que en esa estructura de la seguridad integral y global deba corresponder a las Fuerzas Armadas está todavía por definir exactamente. Elementos anteriormente vinculados al estamento militar parecen subordinarse ahora a la superior función coordinadora de los nuevos órganos e instrumentos de la seguridad nacional. No obstante, el régimen jurídico de la materia se caracteriza todavía por una cierta ambigüedad, quizá a la espera

de que las propias situaciones que puedan plantearse vayan generando soluciones. De cualquier manera, cabe afirmar que las Fuerzas Armadas seguirán siendo un componente esencial de la política de seguridad, aunque las características de esta parece habrán de imponer un modelo de Fuerzas Armadas don-

de primen la labor de información crítica, la capacidad de reacción inmediata, la alta preparación tecnológica, la máxima coordinación con los restantes elementos, sectoriales y territoriales, de la seguridad, así como la plena colaboración con las estructuras regionales y mundiales.

BIBLIOGRAFÍA

ALLI TURRILLAS, J. C., *La profesión militar*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2000.

BALLBÉ, M., *Orden público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, Alianza, Madrid, 1983.

BARCELONA, J., «La organización militar: apuntes jurídico-constitucionales sobre una realidad estatal», *Revista de Administración Pública*, núm. 110, 1986.

BLANCO VALDÉS, R., *La ordenación constitucional de la defensa*, Tecnos, Madrid, 1988.

DOMÍNGUEZ-BERRUETA, M. y otros, *Constitución, Policía y Fuerzas Armadas*, Pons, Madrid, 1997.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. (Coord.), *25 años de Constitución y Fuerzas Armadas*, Pórtico, Zaragoza, 2003.

FERNÁNDEZ SEGADO, F., «La participación militar en el estado de sitio y el modelo de régimen democrático», *Revista de Derecho Público*, núms. 96-97, 1984, págs. 479-539.

LAFUENTE BALLE, J. M., *El Rey y las Fuerzas Armadas en la Constitución*, Edersa, Madrid, 1987.

LÓPEZ RAMÓN, F., *La caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.

— «La evolución democrática de la defensa nacional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 80, 2007, págs. 11-48.

— «Principios de la ordenación constitucional de las Fuerzas Armadas», en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, tomo III, Civitas, Madrid, 1991, págs. 2547-2597.

MILLÁN GARRIDO, A., «La reforma de la justicia militar en el Derecho español», en la recopilación legislativa por el mismo dirigida, *Justicia militar*, 3.^a ed., Ariel, Barcelona, 2003, págs. 19-80.

MINISTERIO DE DEFENSA, *La cooperación Fuerzas de Seguridad-Fuerzas Armadas frente a los riesgos emergentes*, Madrid, 2001.

— *Revisión Estratégica de la Defensa*, Madrid, 2002.

— *Revisión de la defensa nacional*, Madrid, 2002.

NEVADO MORENO, P. T., *La función pública militar. Régimen jurídico del personal militar profesional*, Pons, Madrid, 1997.

ORTEGA, L. (Dir.), *La seguridad integral europea*, Lex Nova, Valladolid, 2005.

OTTO, I., «El mando supremo de las Fuerzas Armadas», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 23, 1988, págs. 11-43.

PAYNE, S. G., *Ejército y sociedad en la España liberal (1808-1936)*, Akal, Madrid, 1977.

PEÑARRUBIA IZA, J. M., *Presupuestos constitucionales de la función militar*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

RAMÍREZ JIMÉNEZ, M. (Ed.), *La función militar en el actual ordenamiento constitucional español*, Trotta, Madrid, 1995.

SECO SERRANO, M., *Militarismo y civilismo en la España contemporánea*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1984.

ARTÍCULO 149.1.5.^a Y 149.1.6.^a

5.^a Administración de Justicia.

6.^a Legislación mercantil, penal y penitenciaria; legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas.

Sumario general:

La distribución de competencias entre el estado y las comunidades autónomas sobre la «administración de justicia» y la «legislación procesal», por **JOAQUÍN HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO**

La competencia exclusiva del estado sobre la legislación mercantil y sobre la legislación de propiedad industrial e intelectual, por **JAVIER GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO-VELÁZQUEZ**

La competencia exclusiva del Estado sobre la legislación penal y penitenciaria, por **ESTEBAN MESTRE DELGADO**

LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS SOBRE LA «ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA» Y LA «LEGISLACIÓN PROCESAL»

Sumario: I. Un prólogo obligado. II. El reparto del poder sobre la Administración de Justicia. 1. La doctrina general. 2. Sobre la demarcación y la planta judiciales. 3. Estatuto de jueces y magistrados, letrados y personal al servicio de la Administración de Justicia. III. Las competencias en materia procesal. 1. Doctrina general. 2. Algunos supuestos particulares. 3. Un inesperado actor en el reparto de papeles.

JOAQUÍN HUELÍN MARTÍNEZ DE VELASCO

MAGISTRADO DEL TRIBUNAL SUPREMO
ANTIGUO LETRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
Y DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

I. UN PRÓLOGO OBLIGADO

1. La muerte hace más de una década de la niña onubense Mari Luz Cortés puso en evidencia la «**Desadministración de la Justicia**». A poco que se indagase para ofrecer a sus desconsolados padres una respuesta y depurar, hasta el final, las responsabilidades de toda índole (penal, disciplinaria, política) presentes en el caso, no se alcanzaba otra conclusión posible que la de que todos fuimos responsables; todos menos Mari Luz y sus allegados.

Un Juez que tal vez no desarrolló ese *plus* de diligencia exigible, más allá incluso de lo razonable, a quienes somos titulares de la potestad jurisdiccional definida en el art. 117 de la Constitución. Un órgano de gobierno del Poder Judicial que tuvo que encontrarse el cuerpo inerte de la pequeña sobre la mesa para comprobar que sus criterios de inspección no eran los adecuados. Un Ejecutivo estatal incapaz de desarrollar sus facultades de coordinación para promover la interconexión de las distintas bases públicas de datos, permitiendo que alguien condenado en sentencia penal firme recibiera regularmente una pensión con cargo al sistema público de Seguridad Social y

realizara las gestiones precisas para cobrarla en otro país, al que pretendía trasladarse, sin que nadie se apercibiera de que esa persona era buscada para cumplir la pena. En fin, una Administración Autonómica (la andaluza), competente para suministrar los medios personales y materiales a los órganos jurisdiccionales radicados en su territorio, que no cubrió las plazas vacantes en el Juzgado, pese a los requerimientos de su titular.

2. En esa responsabilidad compartida intervinieron numerosos actores, que, como se ve, tienen distinta adscripción, expresiva de **nuestro sistema complejo de reparto del poder público y su distribución territorial entre el Estado y las Comunidades Autónomas**. Las legítimas aspiraciones al autogobierno de las distintas nacionalidades y regiones que integran la Nación española (art. 2 de la Constitución), a las que la aplicación y el desarrollo del Título VIII de la Norma Fundamental dan cobertura, requiere de los responsables públicos un especial cuidado y un reduplicado esfuerzo para, mediante técnicas irrenunciables de cooperación y coordinación, crear un sistema armónico en el que queden garantizados la dignidad y los derechos inviolables de la per-

sona, promoviendo las condiciones para que su libertad e igualdad sean reales y efectivas (arts. 10.1 y 9.2 CE).

Ese deber alcanza su máxima expresión cuando se trata de ejercer atribuciones en sectores que, como la Administración de Justicia y los instrumentos procesales puestos a su disposición (art. 149.1.5.^a y 6.^a), inciden directamente sobre derechos fundamentales de los ciudadanos: la vida y la integridad física, la seguridad personal, la libertad, la tutela judicial, etc.

3. Pues bien, el art. 149.1.5.^a y 6.^a establece las pautas para la adjudicación de competencias sobre la Administración de Justicia y la legislación procesal, completadas con las cláusulas contenidas en los distintos Estatutos de Autonomía. El Tribunal Constitucional, a lo largo de sus treinta y ocho años de existencia, ha creado, al interpretar ese «**bloque de constitucionalidad**», un cuerpo de doctrina que hoy constituye un marco de referencia insoslayable para los legisladores estatales y autonómicos.

Valgan las líneas que siguen, limitadas a resumir ese cuerpo doctrinal, como homenaje a la Constitución en su cuadragésimo cumpleaños y a su máximo intérprete. No sabemos si tal marco tiene sus días contados, si será capaz de superar los gravísimos ataques que se le dirigen desde determinados sectores de la sociedad y de la política españolas; pero esta es otra historia que todos estamos llamados a escribir, sin olvidar el espíritu que, allá por 1978, permitió alumbrar el que, a pesar de los pesares, se sigue conociendo fuera de nuestras fronteras como el «milagro español».

II. EL REPARTO DEL PODER SOBRE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

1. La doctrina general

4. La estructura territorial del Estado es indiferente, por principio, para el Judicial como Poder del Estado (STC 31/2010, FJ 42).

Si se partiera de una concepción amplia de la noción de «Administración de Justicia», a la que alude el art. 149.1.5.^a CE, para reservarla en exclusiva al Estado, existiría una clara oposición entre esta disposición constitucional y los Estatutos de Autonomía, que facultan a las Comunidades Autónomas para ejercer en este sector aquellas competencias que la Ley Orgánica del Poder Judicial encomienda al Ejecutivo estatal. **Esta contradicción solo puede superarse buscando una interpretación de los Estatutos conforme a la Constitución**, distinguiendo entre un sentido amplio y otro estricto de la noción de «Administración de Justicia» (SSTC 56/1990, FJ 5, y 62/1990, FJ 4).

5. **El concepto estricto de «Administración de Justicia» abarca exclusivamente el Poder Judicial**, que es único y al que corresponde juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, esto es, el ejercicio de la potestad jurisdiccional, y el gobierno de ese Poder Judicial, que también es único y se atribuye al Consejo General del Poder Judicial (art. 117.5 CE). A este núcleo ha de añadirse la ordenación de los elementos intrínsecamente unidos a la determinación de la independencia con que debe desarrollarse la función jurisdiccional. Este es el concepto a que se refiere el art. 149.1.5.^a CE, para reservar la competencia al Estado. La competencia estatal reservada como exclusiva en este precepto termina precisamente allí. Frente a ese núcleo esencial de lo que debe entenderse por «Administración de Justicia», existe un conjunto de medios personales o materiales que no se integran en el mismo, sino que se colocan al «servicio de la Administración de Justicia» (art. 122.1 CE), y que se ha venido en llamar «**administración de la Administración de Justicia**», que, en cuanto no resultan elemento esencial de la función jurisdiccional y del autogobierno del Poder Judicial, son atribuibles a las Comunidades Autónomas [SSTC 56/1990, FJ 6; 62/1990, FJ 4; 105/2000, FJ 2; 253/2005, FJ 2; 270/2006, FJ 6.a); 294/2006, FJ 3; 162/2012, FJ 5, y 163/2012, FJ 3].

6. La anterior distinción, además de ser relevante jurídicamente, ha estado presente en el proceso constituyente, en el «estatuyente» y en el de aprobación, primero, de la Ley Orgánica del Consejo General del Poder Judicial (Ley Orgánica 1/1980, de 10 de enero), y luego, en el de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, como consecuencia de la consagración de un sistema de autogobierno del Poder Judicial. El reconocimiento de ese autogobierno, siguiendo la línea del Derecho comparado europeo, en torno a la existencia de un órgano específico, hacía necesario, antes de proceder a un reparto territorial del poder, delimitar su campo, para garantizar la independencia respecto de otras funciones accesorias o de auxilio no incluidas ni en la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado ni en el autogobierno, garantía de la independencia funcional [SSTC 56/1990, FJ 6; 62/1990, FJ 4; 105/2000, FJ 2; 253/2005, FJ 5; 270/2006, FJ 6.a), y 294/2006, FJ 3].

7. El anterior panorama explica **una técnica peculiar de asunción de competencias como es la «subrogatoria»**, que, a la postre, supone una previa definición de campos por el legislador estatal para asumir luego las Comunidades Autónomas lo que se reserve al Ejecutivo estatal. Dicho de otro modo, la proclamación del autogobierno del Poder Judicial aconsejaba aplazar la decisión sobre el alcance de las facultades de los distintos entes territoriales hasta que se realizara una previa operación de deslinde: qué afectaba al autogobierno y qué no afectaba al autogobierno. Ciertamente, deslindar los elementos básicos del autogobierno era una tarea difícil de realizar en el momento en el que se aprobaron los Estatutos de Autonomía, y eso explica que se dejara el deslinde al legislador orgánico, sin perjuicio del hipotético control de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional. Lo que la cláusula «subrogatoria» supone es aceptar el deslinde que el Estado realiza entre «Administración de Justicia» en sentido estricto y «administración de la Administración de Justicia». Las Comunidades Autónomas han asumido así una competen-

cia por remisión a ese deslinde [SSTC 56/1990, FJ 5; 62/1990, FJ 4; 105/2000, FJ 2.a); 97/2001, FJ 4; 253/2005, FJ 5; 270/2006, FJ 6.a), y 294/2006, FJ 3].

8. Las cláusulas estatutarias «subrogatorias» quedan sometidas a los siguientes límites:

a) Las competencias que asumen las Comunidades Autónomas en su virtud no pueden entrar en el núcleo de la Administración de Justicia en sentido estricto, materia inaccesible por mandato del art. 149.1.5.^a CE, sin perjuicio de la excepción relativa a la demarcación judicial. **b)** Tampoco pueden las Comunidades Autónomas actuar, en el ámbito de la «administración de la Administración de Justicia» en aquellos aspectos en los que la Ley Orgánica del Poder Judicial reserva la competencia a órganos distintos del Gobierno o de alguno de sus departamentos. **c)** La asunción de las facultades que correspondan al Gobierno encuentra un límite natural: el propio ámbito de la Comunidad Autónoma. Dicho de otra forma, el alcance «supracomunitario» de determinadas facultades del Gobierno excluye la operatividad de la cláusula subrogatoria. **d)** La remisión se realiza a las facultades del Gobierno, lo que, en consecuencia, identifica las competencias asumidas como de naturaleza de ejecución simple y reglamentaria, excluyéndose, en todo caso, las competencias legislativas. **e)** Finalmente, debe determinarse en cada supuesto si existen otros títulos competenciales con incidencia en la materia (SSTC 56/1990, FJ 8; 62/1990, FJ 5; 105/2000, FJ 2; 253/2005, FJ 5, y 294/2006, FJ 4).

2. Sobre la demarcación y la planta judiciales

9. La norma contenida en el art. 152.1.2.^o CE, que abre la posibilidad de que las Comunidades Autónomas participen en la organización de las demarcaciones judiciales de acuerdo con lo establecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial, supone **una excep-**

ción a la regla general que reserva a la competencia exclusiva del Estado la «Administración de Justicia» con el alcance ya expresado, abriendo, además, la posibilidad de asunción de competencias al margen del juego de los arts. 148 y 149 de la propia Constitución. Es también **una norma de remisión**, que hace suyo el contenido de la norma a que se remite (los Estatutos de Autonomía) siempre que respete los límites (la regulación contenida en la Ley Orgánica del Poder Judicial) prefijados en la norma remitente. En lo que se refiere a esta materia, el bloque de la constitucionalidad está formado, en consecuencia, por la Constitución (norma habilitante), los Estatutos de Autonomía (instrumentos de asunción de competencias) y la Ley Orgánica del Poder Judicial (marco en el que las Comunidades Autónomas pueden ejercer las competencias asumidas a través de sus Estatutos con fundamento en la previsión constitucional) (SSTC 56/1990, FJ 14, y 62/1990, FJ 7).

10. El establecimiento de la planta judicial supone determinar los Juzgados y los Tribunales a los que se atribuye el ejercicio de la potestad jurisdiccional e integra las dos siguientes operaciones: la definición en abstracto de los tipos o clases de órganos a los que se encomendará el ejercicio de dicha potestad y la fijación del número de órganos que, dentro de cada uno de los tipos definidos de forma abstracta, se van a asentar en el territorio nacional. Dicho establecimiento se integra dentro del concepto estricto de la Administración de Justicia a que se refiere el art. 149.1.5.^a CE y respecto de él no es operativo el art. 152.1.2.^o, que solo se refiere a la organización de las demarcaciones judiciales, por lo que el establecimiento de la planta judicial siempre es competencia exclusiva del Estado a todos los niveles (legislativo, desarrollo normativo y ejecución) (STC 56/1990, FJ 15).

11. La organización de la demarcación judicial es una operación complementaria de la anterior. Se trata de circunscribir te-

rritorialmente los órganos jurisdiccionales que previamente han quedado definidos en el establecimiento de la planta judicial, elaborando el diseño territorial de la misma en todo el territorio del Estado, estableciendo un mapa armónico en el que cada uno de los tipos definidos en el establecimiento de la planta judicial se distribuyan en todo el territorio de manera equilibrada, en proporción a las necesidades judiciales de cada una de las partes de aquel, y obedeciendo a criterios comunes, como deriva del carácter único del Poder Judicial en toda la Nación y de la garantía de igualdad efectiva de los ciudadanos en el acceso a la justicia. A lo que hay que añadir la localización de la capitalidad de cada uno de los órganos judiciales. Para la organización de la demarcación judicial las Comunidades Autónomas han asumido competencias a través de sus Estatutos de Autonomía por virtud de lo dispuesto en el art. 152.1.2.^o de la Constitución. Dentro de la organización de la demarcación judicial, las Comunidades Autónomas no han asumido competencias para su establecimiento, sino solo competencias participativas para la fijación de la delimitación de las demarcaciones judiciales y para la localización de su capitalidad (SSTC 56/1990, FJ 15, y 62/1990, FJ 7).

3. Estatuto de jueces y magistrados, letrados y personal al servicio de la Administración de Justicia

12. El estatuto de jueces y magistrados es de la exclusiva competencia del Estado (STC 158/1992, FJ 2). No ocurre lo mismo con el **estatuto de los letrados de la Administración de Justicia** (antiguos secretarios judiciales) y el resto del **personal al servicio de la misma**, respecto del que pueden operar las cláusulas estatutarias subrogatorias, si bien limitadas a aquellas atribuciones encomendadas al ejecutivo nacional que no resulten imprescindibles para el mantenimiento del carácter de cuerpo nacional (SSTC 163/2012, FJ 3, y 224/2012, FJ 3).

III. LAS COMPETENCIAS EN MATERIA PROCESAL

1. Doctrina general

13. La atribución al Estado de la competencia exclusiva sobre legislación procesal responde a la necesidad de **salvaguardar la uniformidad de los instrumentos jurisdiccionales** [SSTC 71/1982, FJ 20; 83/1986, FJ 2; 173/1998, FJ 16.c); 47/2004, FJ 4, y 135/2006, FJ 2.e)].

14. De otro lado, la competencia asumida por las Comunidades Autónomas al amparo de la salvedad recogida en el art. 149.1.6.^a («legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas») no les permite, sin más, introducir en su ordenamiento normas procesales por el mero hecho de haber promulgado regulaciones de derecho sustantivo en el ejercicio de sus competencias, esto es, innovar el ordenamiento procesal en relación con la defensa jurídica de aquellos derechos e intereses que materialmente regulen, lo que equivaldría a vaciar de contenido o privar de todo significado a la especificidad con que la materia procesal se contempla en el artículo citado, sino que, como indica la expresión «necesarias especialidades» del citado precepto constitucional, tan solo pueden **introducir aquellas innovaciones procesales que inevitablemente se deduzcan**, desde la perspectiva de la defensa judicial, de las reclamaciones jurídicas sustantivas configuradas por la norma autonómica en virtud de las particularidades del derecho creado por la propia Comunidad Autónoma. Dicho en otros términos, las singularidades procesales que se permiten a las Comunidades Autónomas han de limitarse a las que vengan requeridas por su conexión directa con **las particularidades del derecho sustantivo autonómico** [SSTC 71/1982, FJ 20; 83/1986, FJ 2; 121/1992, FJ 4; 127/1999, FJ 5; 47/2004, FJ 4; 243/2004, FJ 6, 135/2006, FJ 2.e), y 92/2013, FJ 4].

15. Corresponde, pues, al legislador autonómico o, en su defecto, a quienes asuman la defensa de la ley en su caso impugnada, ofrecer la suficiente justificación sobre la necesidad de alterar las reglas procesales comúnmente aplicables por venir requeridas por las particularidades del derecho sustantivo autonómico, salvo que del propio examen de la ley se puedan desprender o inferir esas «necesarias especialidades» [SSTC 127/1999, FJ 5; 47/2004, FJ 4; 243/2004, FJ 6, 135/2006, FJ 2.e), y 92/2013, FJ 4].

2. Algunos supuestos particulares

16. En este marco, por ejemplo, resulta incompatible con la reserva estatal en materia de legislación procesal que el legislador autonómico establezca una causa de suspensión o aplazamiento de la ejecución de las sentencias (SSTC 92/2013, FJ 6; 82/2014, FJ 3, y 254/2015, FJ 3).

También son incompatibles las normas autonómicas que crean criterios de legitimación colectiva y por sustitución en materia de consumo (STC 71/1982, FJ 20), la que atribuye legitimación activa en materia de normalización lingüística a un organismo autonómico (STC 83/1986, FJ 2), la que establece un plazo especial de caducidad para el ejercicio de la acción [STC 173/1998, FJ 16.a)], la que fija las costas procesales (STC 47/2004, FJ 16) o la que crea un procedimiento arbitral (STC 18/2011, FJ 22).

17. Sin embargo, es constitucional la previsión autonómica que introduce determinados motivos de casación foral gallega en materias que, de otro modo, nunca llegarían a la función nomofiláctica propia del recurso de casación, por su carácter consuetudinario y escasa cuantía (STC 47/2004, *passim*). También lo es la que dice que el Justicia de Aragón dará traslado de los hechos al Ministerio Fiscal si fueran susceptibles de constituir una infracción penalmente perseguible (STC 142/1988, FJ 7).

3. Un inesperado actor en el reparto de papeles

18. Parecería que, a la vista del texto constitucional, y en particular de su art. 149.1.6.^ª, en materia procesal nadie tiene nada que decir, salvo el Estado y las Comunidades Autónomas, en los términos y con el alcance interpretados por el Tribunal Constitucional.

Ahora bien, no cabe olvidar que, por el cauce del art. 93 CE, se ha incorporado a nuestro sistema jurídico, compuesto y complejo, un tercer elemento cuya capacidad de conformación de las relaciones jurídicas es mayor de la que comúnmente se cree. Me refiero al **ordenamiento jurídico de la Unión Europea**, instancia supranacional a la que se han atribuido competencias derivadas de la Constitución, en virtud del indicado precepto y mediante la Ley Orgánica 10/1985, de 2 de agosto, y las posteriores que autorizaron la firma de los sucesivos tratados o sus modificaciones (Acta Única Europea, Maastricht, Ámsterdam, Niza y Lisboa).

19. La integración en la Comunidad Europea, primero, y, después, en la Unión comporta la asunción de los correspondientes compromisos, no solo con carácter programático, gracias a la proclamación del principio de lealtad en el art. 4.3 del Tratado de la Unión Europea (TUE), sino con un alcance real, efectivo y directo. Si los Estados miembros no los satisfacen mediante la adopción de las medidas pertinentes a su realización o la abstención de los comportamientos que los dificulten, pueden enfrentarse a una acción jurisdiccional, que insta la Comisión Europea («guardiana de los Tratados»), enderezada a que el Tribunal de Justicia declare el incumplimiento, declaración susceptible de desembocar en un segundo proceso en el que se condene al Estado miembro que insiste en la infracción al pago de una suma a tanto alzado o de una multa coercitiva (arts. 258 y 260 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea —TFUE—).

Vienen a cuento estas reflexiones porque, si bien los Estados miembros no han cedido a la Unión competencias en materia procesal, cabe que, por un cauce indirecto y de modo reflejo, su soberanía en esta materia se vea mediatizada si las determinaciones sustantivas de su ordenamiento jurídico, para su efectividad, demandan la adopción de concretas medidas internas de naturaleza procesal para no obstaculizar en algún particular la realización de los objetivos del mismo.

20. En ocasiones el Derecho derivado dispone, al regular un determinado sector, que los ciudadanos cuenten con vías de recurso o con determinadas acciones jurisdiccionales, dejando a los Estados miembros, en el ejercicio de su «soberanía procesal», la forma de disciplinar esa garantía judicial. Nos encontramos, así, con un primer escalón de intervención del Derecho de la Unión Europea en la esfera procesal doméstica, pues un Estado miembro no podría regular ese sector sin prever el acceso a la justicia.

Valga como ejemplo un caso que afectó directamente a nuestro ordenamiento contencioso-administrativo y que provocó la declaración por el Tribunal de Justicia de que nuestro país había incumplido sus compromisos comunitarios.

La Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, en su versión modificada por la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, obligaba a los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para garantizar que las decisiones sobre adjudicación de los contratos públicos pudiesen ser recurridas de manera eficaz, lo más rápidamente posible, previendo, en particular, la adopción urgente de medidas provisionales, incluidas

las enderezadas a suspender la adjudicación [arts. 1, ap. 1, y 2, ap. 1, letra a)].

Pues bien, en Sentencia de 15 de mayo de 2003 (*Comisión/España*), dictada en el asunto C-214/00, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) declaró que nuestro país había desconocido sus obligaciones comunitarias porque condicionaba, por regla general, la adopción de medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo a la existencia previa de una impugnación de fondo contra la decisión de la Administración contratante. Esta resolución obligó al legislador español, que no podía ser otro que las Cortes Generales, en virtud del art. 149.1.6.^a de la Constitución, a incorporar al texto refundido de la Ley de contratos de las Administraciones públicas un nuevo art. 60 bis, con la denominación de «Medidas provisionales», permitiendo solicitar tales medidas con independencia de la interposición de un ulterior recurso. Esta previsión se contiene en la actualidad en los arts. 44 y ss. de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

21. En ocasiones, la interacción del Derecho de la Unión Europea con las potestades nacionales en materia procesal se produce de manera más sutil, a través de **los llamados principios de efectividad y de equivalencia**.

La tutela de los derechos que el orden jurídico comunitario reconoce a los ciudadanos compete a los Jueces nacionales. Por otro lado, no existe un Derecho procesal armonizado en el seno de la Unión. En consecuencia, corresponde a cada Estado miembro definir las modalidades procesales de las acciones destinadas a asegurar tales derechos. Ahora bien, esta potestad nacional, según la jurisprudencia comunitaria (a partir de la sentencia de 16 de diciembre de 1976, *Rewe*), está sometida a un doble límite:

1.º Las vías de recurso que establezcan para el ejercicio de los derechos derivados del ordenamiento comunitario no pueden ser menos favorables que las correspondientes a los

derechos de naturaleza interna: «principio de equivalencia».

2.º Tales vías no pueden articularse de manera que hagan en la práctica imposible o excesivamente difícil el ejercicio de las pertinentes acciones: «principio de efectividad».

Cuando uno de estos límites no se respetan por el Derecho nacional, el Juez debe eludir la aplicación de la norma interna: la primacía y el efecto útil del ordenamiento jurídico de la Unión Europea así lo exigen. Con el objetivo de asegurar el funcionamiento correcto de los mencionados principios, el Tribunal de Justicia ha sido llamado, vía prejudicial, a pronunciarse sobre diferentes aspectos de los Derechos procesales nacionales: el alcance del principio *iura novit curia* en relación con el Derecho comunitario (sentencias de 14 de diciembre de 1995, *Peterbroeck*, y 27 de junio de 2000, *Océano Grupo Editorial y Salvat Editores*), las medidas cautelares (15 de mayo de 2003, *Comisión/España*), el plazo para el ejercicio de las acciones procesales (sentencias de 9 noviembre de 1989, *Bassin y Salson*, y 24 de septiembre de 2002, *Grunding Italiana*), los requisitos para el ejercicio de la acción de responsabilidad frente al Estado legislador por la adopción de leyes contrarias al ordenamiento jurídico de la Unión Europea (sentencia de 26 de enero de 2010, *Transportes Urbanos*), etc. Al desarrollar esta tarea, el Tribunal de Justicia ha juzgado la «comunitariedad» de determinadas normas o jurisprudencias internas, actuando algunas veces como legislador negativo de los Derechos nacionales y, en ocasiones, incluso como auténtico legislador positivo.

22. Con independencia de las críticas que puedan formularse al activismo jurisdiccional de los Jueces de Luxemburgo, lo cierto es que el **Derecho de la Unión Europea incide en dogmas que creíamos inamovibles**, para mostrarnos cómo decisiones, que hasta hace muy poco creíamos intransferibles más allá de nuestras fronteras por no pertenecer al núcleo de las competencias cedidas a la Unión, se adoptan con toda naturalidad por las fuentes de

producción normativa del Derecho comunitario, bien directamente bien de forma mediata.

Tal vez sea bueno para mostrarnos que la ruptura del «soberanismo», de cualquier clase y condición, no provoca cataclismos, la sociedad no se deshace y los ciudadanos

continúan viviendo, intentando ser felices en una Comunidad de Derecho que aglutina casi quinientos millones de personas, estructurada en torno a los derechos, libertades y principios proclamados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 6.1 TUE).

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ CONDE, E., «L'ambit competencial del Consell General del Poder Judicial i de les Comunitats autònomes», en *Autonomia i justícia a Catalunya*, Barcelona, 1994, págs. 25-60.

BALAGUER CALLEJÓN, F., «Poder Judicial y Comunidades Autónomas», *Revista de Derecho Político*, núm. 47, 2000, págs. 55-67.

BORRELL I MESTRE, J. y AZÓN VILAS, F. J. (Coords.), *Autonomia y justícia a Catalunya*, VII Seminari organitzat per Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya, Consejo General del Poder Judicial y Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, Barcelona, 2004.

BUSTO LAGO, J. M., «Competencias legislativas de las Comunidades Autónomas sobre las *necesarias especialidades* procesales que se deriven de su Derecho sustantivo propio», *Revista de Derecho Privado y Constitución*, núm. 13, 1999, págs. 81-116.

CAPELLERAS GONZÁLEZ, A., «Competències autonòmiques en matèria de justícia: Estat de la qüestió», *Revista d'estudis autonòmics i federals*, núm. 19, 2014, págs. 234-273.

DEL CACHO FRAGO, A., «El Poder Judicial y las Comunidades Autónomas», *Poder Judicial*, núm. especial XI, 1990, págs. 63 a 68.

JIMÉNEZ ASENSIO, R., «Un aspecto polémico de la STC 56/1990: el personal al servicio de la Administración de Justicia», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 28, 1990, págs. 185-211.

LÓPEZ AGUILAR, J. F., «Las competencias relativas a la Administración de Justicia. En torno a la doctrina jurisprudencial sentada en las SSTC 56/1990, de 29 de marzo, y 62/1990, de 30 de marzo», *Revista de Derecho Político*, núm. 35, 1992, págs. 77-148.

MOVILLA ÁLVAREZ, C., «Administración de Justicia y autonomías», en *Jornadas de estudio sobre el Consejo General del Poder Judicial*, 1983, págs. 677-689.

ORTELLS RAMOS, J., «La distribución territorial del poder del Estado como presupuesto constitucional de la reforma del Poder Judicial», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 2, 1989, págs. 265-294.

VÍRGALA FORURIA, E., «El Poder Judicial en las Comunidades Autónomas», en *Poder judicial y unidad jurisdiccional en el Estado autonómico*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, págs. 399-447.

LA COMPETENCIA EXCLUSIVA DEL ESTADO SOBRE LA LEGISLACIÓN MERCANTIL Y SOBRE LA LEGISLACIÓN DE PROPIEDAD INDUSTRIAL E INTELECTUAL

Sumario: I. La legislación mercantil. 1. Fundamento de la competencia exclusiva del Estado. 2. Pluralidad de títulos competenciales sobre materias mercantiles. 3. Legislación mercantil y régimen jurídico-privado de las actividades empresariales. 4. La distinción entre régimen privado y régimen público. 5. La incidencia de normas administrativas sobre el régimen jurídico-mercantil. II. La legislación sobre propiedad industrial e intelectual. 1. Consideración general. 2. Facultades autonómicas de ejecución.

JAVIER GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO-VELÁZQUEZ
CATEDRÁTICO DE DERECHO MERCANTIL
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

I. LA LEGISLACIÓN MERCANTIL

1. Fundamento de la competencia exclusiva del Estado

La atribución al Estado de una competencia exclusiva sobre la legislación mercantil (art. 149.1.6.^a CE) se presenta en esencia como una consecuencia o derivación del principio de **unidad de mercado**. Este principio, no formulado de modo explícito por la Constitución, pero que se infiere de los distintos preceptos y reglas constitucionales que buscan afirmar la unidad del orden económico nacional, postula que las normas reguladoras de las actividades empresariales y mercantiles ofrezcan una uniformidad sustancial en todo el territorio nacional. El Tribunal Constitucional, que ha aludido reiteradamente a la necesidad de buscar un equilibrio entre la unidad del orden económico nacional y la diversidad de regímenes jurídicos que resulta tanto de las competencias normativas de las Comunidades Autónomas como de la multiplicidad de los títulos de intervención pública en la economía (así, entre otras, SSTC 88/1986, 62/1991 y 225/1993), ha enfatizado en el caso específico de la legislación mercantil que «la

uniformidad en la regulación jurídico-privada del tráfico mercantil es una consecuencia ineludible del principio de unidad de mercado» (STC 133/1997). Aun así, la reserva de la legislación mercantil al Estado también resulta indisociable de la atribución a este de la competencia exclusiva sobre las principales ramas del Derecho (civil, penal, procesal, laboral, etc.), lo que se justifica sin duda por el propósito básico de garantizar la uniformidad básica del ordenamiento jurídico en su conjunto en tanto que elemento de integración territorial y, por extensión, de vertebración y configuración del propio Estado.

2. Pluralidad de títulos competenciales sobre materias mercantiles

La competencia exclusiva del Estado sobre la legislación mercantil coexiste dentro del sistema constitucional con una **pluralidad de títulos competenciales sobre materias mercantiles que, con mayor o menor amplitud, confieren competencias normativas o de ejecución a las Comunidades Autónomas**. Así, el propio art. 149 de la Constitución declara también la competencia

del Estado sobre materias inequívocamente mercantiles como la ordenación del crédito, banca y seguros, marina mercante, transporte aéreo o ferrocarriles y transportes terrestres que traspasen los límites de una Comunidad, reservando en ocasiones ámbitos competenciales a las Comunidades Autónomas. Y los Estatutos de Autonomía, por su parte, suelen atribuir a estas numerosas competencias sobre materias atinentes a la actividad mercantil, como sería el caso —por aludir a los títulos que habitualmente han generado mayores problemas prácticos de delimitación— de la defensa de los consumidores o la ordenación del comercio interior.

En todos estos casos, se trata por lo general de **materias cuya característica común es la de estar sometidas a intensas políticas de intervención pública**, que determinan que las normas mercantiles —centradas básicamente en la ordenación de los aspectos organizativos de los empresarios y de las relaciones jurídicas entre estos y los consumidores y usuarios— coexistan con numerosas regulaciones de carácter administrativo que buscan la promoción de intereses públicos y colectivos. Y el desgajamiento de estas materias específicas del régimen general de la «legislación mercantil» parece indicar que la Constitución y los Estatutos han venido a disociar la regulación jurídico-privada de las relaciones surgidas en el tráfico mercantil, que queda reservada a la competencia exclusiva del Estado, de aquellos aspectos que reflejan la intervención de los poderes públicos en el ámbito económico y empresarial, en los que por el contrario las Comunidades Autónomas podrán disfrutar de ciertas esferas de actuación en función de los títulos competenciales involucrados.

3. Legislación mercantil y régimen jurídico-privado de las actividades empresariales

Sin duda, la utilización del término «legislación mercantil» obliga a delimitar la materia

reservada a la competencia exclusiva del Estado por relación a la tradicional categoría científica y académica del Derecho mercantil, como ocurre con las demás ramas del ordenamiento a que alude la Constitución en materia de reparto de competencias (penal, procesal, civil, etc.). Ocurre sin embargo que el ordenamiento mercantil está sujeto desde sus orígenes a unos lindes inciertos y cambiantes, por causa de los importantes condicionantes históricos que marcan su evolución y —particularmente— por la creciente penetración en el mismo de normas y regulaciones de carácter imperativo, que canalizan intereses públicos y colectivos. Porque al excluirse o contraerse así el juego de la autonomía de la voluntad, se desvirtúa y disuelve al tiempo la concepción más tradicional de este sector del ordenamiento como simple Derecho privado de contenido esencialmente contractual (y cabría aludir, entre otros muchos ejemplos, a la normativa de defensa de la competencia o al Derecho del mercado de valores). De ello ha sido en parte consciente el Tribunal Constitucional, que con carácter general ha advertido que **«el contorno de los grandes sectores sistemáticos del ordenamiento no es en modo alguno preciso** y la referencia a estos sectores como criterio de delimitación competencial hace depender tal delimitación de la opción que se tome dentro de una polémica doctrinal siempre viva» (STC 37/1981); y en relación concretamente a la «legislación mercantil» como criterio de atribución de competencias, ha entendido el Tribunal que, «lejos de deslindar de un modo absolutamente claro y perfilado el campo competencial a que se refiere, obliga en no pocas situaciones [...] a precisar cuál debe ser el adecuado encuadramiento de una institución, cubierta o no la misma de un modo total, íntegro y excluyente por aquella legislación mercantil» (STC 14/1986 y, en el mismo sentido, SSTC 133/1997 y 37/1997).

Con todo, en la opinión del Tribunal Constitucional, la combinación de normas públicas y privadas que se manifiesta en la regulación de numerosas actividades empresariales y

que caracteriza al moderno Derecho económico traslada «en último término el problema de la delimitación conceptual del Derecho mercantil [...] al de la **delimitación entre Derecho público y Derecho privado**» (STC 37/1981). De esta forma, siendo el ordenamiento mercantil parte integrante del Derecho privado, la competencia reservada al Estado ha de comprender «en todo caso la regulación de las relaciones jurídico-privadas de los empresarios mercantiles o comerciantes en cuanto tales. Solo a través de sus órganos centrales puede el Estado determinar cuál es el ámbito propio de la actividad libre del empresario mercantil y solo la legislación emanada de esos órganos centrales puede regular la forma en que nacen y se extinguen los derechos y obligaciones a que el ejercicio de esa actividad puede dar lugar y el contenido necesario de aquellos y estas» (SSTC 37/1981, 31/2010, 26/2012 y 143/2012). Por el contrario, las normas de Derecho público que se ocupen de las actividades mercantiles tendrán «régimenes diferenciados, y que en cada supuesto será menester situar, tesis que abona también el hecho de la asunción por parte de algunas Comunidades Autónomas de competencias legislativas en materias claramente encuadrables dentro de la materia mercantil, por lo que en no pocas ocasiones será preciso acudir también a otras determinaciones de las que establece el art. 149.1 de la Constitución Española» (SSTC 14/1986 y 133/1997).

Sin duda, esta distinción entre la regulación jurídico-privada del tráfico mercantil y la normativa relativa a la intervención de los poderes públicos en la economía, aun basándose en las categorías más tradicionales del sistema jurídico, comporta en la práctica delicados problemas aplicativos. En las normas reguladoras del mercado y de los empresarios que en él operan, los preceptos públicos y privados no se presentan como bloques normativos homogéneos y separados, orientados a disciplinar aspectos diferentes de una misma realidad, sino que ambos atienden por lo general a intereses comunes y

operan de forma recíprocamente condicionada. A ello contribuye también la masiva instrumentalización de las formas organizativas e instrumentos jurídicos que son propios del Derecho privado por parte de las Administraciones Públicas y de sus entes instrumentales, tanto cuando se trata de realizar actividades comerciales o industriales en sectores abiertos a la concurrencia como, en su caso, de administrar genuinos servicios públicos que precisen de una gestión rigurosamente económica y, por consiguiente, de la aplicación de las técnicas operativas ofrecidas por el mundo empresarial. Pero a pesar de las incertidumbres y reservas que pueda suscitar, lo cierto es que se trata de un criterio de delimitación que parece estar implícito en el reparto competencial realizado por la Constitución y los Estatutos de Autonomía en materia mercantil, que obligará en todo caso a hacer una **«distinción cuidadosa entre, de un lado, lo que es regulación de las relaciones *inter privatos* y, de otro lado, la regulación de la intervención de los poderes públicos en estas relaciones contractuales**» (STC 37/1997).

En todo caso, esta caracterización por el Tribunal Constitucional de la legislación mercantil como una categoría ceñida a la regulación privada de las relaciones contractuales generadas en el ejercicio de las actividades empresariales, al margen de solaparse con el título relativo a las «bases de las obligaciones contractuales» que también corresponde al Estado (art. 149.1.8.^a CE), **no se corresponde del todo** —cabe entender— **con el contenido ordinario y convencional del ordenamiento mercantil**, hasta el punto de descartar a numerosas figuras e instituciones que forman parte del mismo. Una manifestación de las consecuencias restrictivas de esta concepción puede encontrarse en la normativa de defensa de la competencia, que el Tribunal Constitucional ha considerado que corresponde en exclusiva al Estado, pero no por la competencia exclusiva de este sobre la legislación mercantil, sino por la necesaria unidad del orden económico na-

cional y, más concretamente, por su competencia para fijar las «bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica» (SSTC 208/1999, 26/2012, 71/2012 y 108/2014).

4. La distinción entre régimen privado y régimen público

Este criterio básico de separación trazado entre el régimen de Derecho privado, de un lado, y las normas autonómicas que canalicen la intervención de los poderes públicos en la economía, de otro, puede ilustrarse atendiendo a la **aplicación práctica** que del mismo ha hecho el Tribunal Constitucional en distintos supuestos.

Así, en el caso del *leasing* o arrendamiento financiero, «las normas que disciplinan este tipo de contratos, con carácter general y abstracto, no forman parte de la ordenación del crédito. Son parte integrante, por el contrario, de la legislación mercantil», reservadas como tales al Estado; «cuestión distinta suscitan las normas que regulan las sociedades de arrendamiento financiero [que] son, por su contenido y finalidad, normas de ordenación del crédito [...]. Por lo cual, se encuentran sometidas al orden constitucional de competencias que ha establecido la Constitución [...]» (STC 96/1996). Principios similares rigen en materia de seguros, pues así como la legislación mercantil alcanza al «régimen contractual de las distintas modalidades de seguro», «la ordenación administrativa» de este sector económico debe hacerse en atención a la competencia exclusiva del Estado sobre las «bases de la ordenación de crédito, banca y seguros» (art. 149.1.11.^a CE) y a las competencias que puedan corresponder en este concreto ámbito a las Comunidades Autónomas (STC 330/1994). Así ocurre también en el caso específico de los fondos de pensiones, pues «el ámbito material más directamente implicado en los planes de pensiones, por su finalidad y estructura, es, por un lado, el mercantil, respecto del cual el

Estado es competente para establecer su legislación (art. 149.1.6.^a), en cuanto se trata de regular el contenido obligacional de un contrato de esa naturaleza y, por el otro, el de los seguros, en relación con el cual [...] al Estado se le atribuye el establecimiento de las bases para su ordenación (art. 149.1.11.^a), desde la perspectiva de la intervención administrativa [...]» (SSTC 206/1997 y 66/1998). De la misma forma, la regulación de un sistema nacional de compensación electrónica tiene como encuadramiento competencial el título relativo a las «bases de la ordenación de crédito, banca y seguros» (art. 149.1.11.^a CE), pues en la medida en que esa normativa «se limita a crear un sistema público de compensación, sin introducir innovación alguna en el instituto privado de la compensación, **prima el aspecto de la regulación de la intervención de los poderes públicos en las relaciones interbancarias, sobre lo que son los efectos indirectos que esta creación pueda tener en las relaciones *inter privados***, que directamente no se regula» (STC 37/1997). Igualmente, la competencia del Estado para regular la actividad de auditoría de cuentas no excluye la posible competencia autonómica para regular, al amparo de sus competencias, la organización y funcionamiento de un colegio profesional de censores jurados de cuentas (STC 33/2012) Y en lo que hace a la regulación de los mercados de valores, «resulta poco discutible la relación con la legislación mercantil de una Ley que [...] tiene por objeto la regulación del tráfico jurídico de los valores negociables —concepto este típicamente mercantil—, de los mercados en que tiene lugar dicho tráfico y de la actividad de los sujetos y entidades que en ellos intervienen»; de conformidad con ello, la determinación de los requisitos exigidos para las operaciones de transmisión de valores y de las sanciones en caso de incumplimiento «inciden plenamente en la regulación de la relación mercantil *inter privados* que la Constitución reserva al Estado y a cuyo respeto los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas han condicionado el ejercicio de la compe-

tencia en materia de Bolsas y Centros de contratación de valores», al igual que ocurre con «la determinación de las categorías de valores que pueden ser objeto de negociación en las Bolsas», pues ello «supone delimitar el objeto de la contratación bursátil, esto es, el ámbito objetivo del negocio jurídico que se realiza en las Bolsas de Valores»; por el contrario, «la definición por la Ley de la condición de miembros de las Bolsas de Valores y de su forma de llevar a cabo la negociación en estas es, sin duda, un aspecto organizativo de este tipo de mercados secundarios oficiales que desborda lo que estrictamente se entiende por relación jurídico-mercantil o negocio jurídico bursátil» (STC 133/1997).

Así entendida, la competencia del Estado sobre la «legislación mercantil» también incapacita a las Comunidades Autónomas para crear un nuevo tipo de sociedad mercantil como instrumento de acción administrativa, pues «por tratarse de una **sociedad mercantil en su actividad externa**, ha de relacionarse con toda clase de sujetos, con la creación de la indeterminada serie de relaciones jurídicas con terceros, propia e indeclinable de este tipo de personas jurídicas» (STC 14/1986). Igualmente, dicho título competencial —y no el relativo a la «ordenación de los registros e instrumentos públicos» (art. 149.1.8.^a CE)— es el que resulta aplicable a la regulación del Registro Mercantil (SSTC 72/1983 y 103/1999). En cambio, la caducidad de las autorizaciones de apertura de farmacias es una cuestión que nada tiene que ver con la legislación civil o mercantil y que se incardina en el Derecho administrativo (STC 152/2003).

En ocasiones, sin embargo, el Tribunal Constitucional ha evitado adentrarse en la cuestión relativa a la naturaleza mercantil o no de determinadas instituciones, con el fin de eludir posibles interpretaciones que pudieran vaciar de contenido las competencias legislativas expresamente reconocidas por los Estatutos de Autonomía a las Comunidades Autó-

nomas; este es el caso por ejemplo de las **cooperativas**, por la necesidad de prescindir «de cualquier posición doctrinal acerca de si las cooperativas han de calificarse o no como sociedades mercantiles, ya que la interpretación ha de situarse en el contexto del ordenamiento vigente» (STC 72/1983).

5. La incidencia de normas administrativas sobre el régimen jurídico-mercantil

Al margen de lo ya señalado, las dificultades para trazar una separación absoluta entre la normativa privada y el régimen público se evidencia también considerando la clara influencia que este último puede tener sobre las condiciones de ejercicio de cualquier actividad empresarial y hasta sobre las relaciones jurídico-privadas que entablen los empresarios. Confrontado con esta cuestión, el Tribunal Constitucional ha declarado que «de lo que se trata es de que a través de las normas autonómicas no se produzca un *novum* en el contenido contractual, o en otros términos, de que no se introduzcan derechos ni obligaciones en el marco de las relaciones contractuales privadas (STC 71/1982). Y en relación a la incidencia real en la práctica mercantil de las regulaciones y sanciones administrativas, hay que precisar que se trata de una **cuestión de hecho de difícil apreciación** para este Tribunal, que no podría pronunciarse en términos generales y abstractos sobre el complejo tema de si una sanción o requisito administrativo puede suponer en la práctica una regulación de actividades mercantiles, de carácter esencial y definidor de las mismas, por lo que resulta preciso remitirse, caso por caso, a la proporcionalidad entre la restricción administrativa que se introduce y el objeto que persigue, y que está dentro de la competencia de la Comunidad Autónoma» (STC 88/1986).

La operatividad de estos principios se pone de manifiesto en ámbitos competenciales como la defensa de los consumidores o la ordenación del comercio interior, que son las

que mayores problemas de delimitación han generado en nuestra experiencia práctica. Se trata en ambos casos de materias que resultan indisolubles de la regulación jurídico-privada de las actividades mercantiles y del Derecho de la competencia. Pero son también títulos competenciales susceptibles de amparar muy variadas formas de intervención administrativa en el mercado, que la mayoría de los Estatutos de Autonomía reservan, con mayor o menor amplitud, a las propias Comunidades Autónomas. De ahí que la amplitud e imprecisión de estas materias, que se proyectan sobre una variedad de reglas de atribución de competencias, tanto estatales como autonómicas, obliguen en último término a realizar un **análisis detenido de las regulaciones que puedan promulgar las Comunidades Autónomas, con el fin de valorar, no solo si se corresponden con las competencias de su titularidad, sino también —y especialmente— si estas amparan los objetivos perseguidos y si las limitaciones o cargas administrativas que puedan imponerse resultan razonables y proporcionales.**

El principio básico es que «la fijación de la condición de comerciante y, por extensión, la definición de la actividad derivada de dicha condición, corresponde al Estado», por tratarse de una cuestión que determina «la uniformidad en la regulación jurídico-privada del tráfico mercantil» (STC 26/2012). Pero ello no impide que el Tribunal Constitucional haya declarado la constitucionalidad de normas autonómicas que establecen regulaciones administrativas de ciertas clases de ventas (domiciliarias, a pérdida, rebajas, saldos, liquidación, etc.), aunque siempre que se ciñan al ámbito de las relaciones jurídico-públicas, que no se restrinjan o limiten así prácticas comerciales que se permiten en el conjunto del territorio nacional, que no se afecte al ámbito contractual de los diferentes tipos de ventas o que no se impongan, para los casos de infracción, auténticas prohibiciones para el ejercicio del comercio (SSTC 88/1986, 124/2003, 157/2004, 4/2011, 26/2012 y 143/2012). Tam-

bién quedan excluidas las regulaciones autonómicas que impongan limitaciones temporales o cuantitativas a la realización de ciertas modalidades de ventas, pues al «perseguir la ordenación de la concurrencia de las empresas en un entorno de libre mercado» se estaría «incidiendo en el plano de la actuación de los comerciantes en su relación con otros» y la norma no tendría otro encaje competencial que el de defensa de la competencia, que corresponde al Estado (SSTC 130/2010, 26/2012 y 119/2016). En el mismo sentido, las Comunidades Autónomas podrán, al amparo de sus competencias, prever requisitos administrativos o exigir capacitaciones oficiales para el ejercicio de las actividades comerciales, así como establecer registros de los comerciantes que operen en la Comunidad (mientras sean de naturaleza administrativa y no tengan efectos constitutivos); pero no podrán, en cambio, regular la capacidad para el ejercicio del comercio, la creación y el régimen jurídico de los establecimientos mercantiles o las condiciones generales de la contratación o las distintas modalidades contractuales (SSTC 225/1993 y 143/2012). En relación con esta última cuestión, que se solapa también con la competencia exclusiva del Estado sobre las «bases de las obligaciones contractuales» (art. 149.1.8.^a CE), las regulaciones autonómicas tienen vedado regular las cláusulas abusivas de los contratos, pues «el establecer los requisitos que debe cumplir un determinado tipo de contrato **incide de lleno dentro del derecho contractual**, pues se está definiendo al fijarse unas obligaciones y un sistema de listado de exclusiones lo que se entiende por cláusulas abusivas en un determinado tipo de contrato»; y también afecta a la determinación del contenido de los contratos —que es competencia reservada al Estado— la regulación de cuestiones como la prescripción, las garantías que debe ofrecer el fabricante o vendedor de bienes de naturaleza duradera, las acciones por incumplimiento, saneamiento o resolución, la imposición de específicas obligaciones contractuales de información o el establecimiento de sistemas de arbitraje, por mucho que las regulaciones

autonómicas traten de justificarse por la defensa de los consumidores y aun en el supuesto de que se limiten a reproducir la correspondiente normativa estatal (STC 62/1991). Y las Comunidades Autónomas, además de no poder incidir sobre el contenido contractual de las relaciones jurídicas entabladas por los empresarios, tampoco pueden modular la aplicación en su territorio de la normativa estatal de defensa de la competencia, aunque sí están capacitadas para regular los criterios a considerar para el otorgamiento de licencias a los grandes establecimientos comerciales (STC 157/2004).

II. LA LEGISLACIÓN SOBRE PROPIEDAD INDUSTRIAL E INTELECTUAL

1. Consideración general

El reconocimiento al Estado de una competencia exclusiva en materia de «legislación sobre propiedad intelectual e industrial» (art. 149.1.9.^a), como título distinto y separado del relativo a las legislaciones civil y mercantil, revela que la Constitución, a efectos del reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, ha combinado los criterios tradicionales de delimitación de los sectores jurídicos con la atención a ciertas materias y bloques normativos homogéneos de especial relieve, como es el caso de los conocidos como bienes inmateriales. La Constitución contribuye a reafirmar así la unidad sustancial existente entre la propiedad industrial y la propiedad intelectual, basada en la semejanza de los bienes jurídicos tutelados y de las técnicas de protección empleadas. Pero al margen de ello, lo cierto es que la atribución de unas competencias normativas exclusivas en este ámbito al Estado y la consiguiente facultad de este para establecer el **régimen jurídico completo de la propiedad industrial y de la propiedad intelectual** ha determinado que los conflictos constitucionales se hayan suscitado en este ámbito respecto de la noción de «legislación», dado que numerosos Estatutos de Autonomía reconocen a

las Comunidades Autónomas competencias de ejecución de la normativa estatal.

2. Facultades autonómicas de ejecución

En materia de propiedad intelectual, el Tribunal Constitucional ha entendido que, siendo el Estado el titular de la competencia legislativa, le corresponde a él decidir si las autorizaciones y revocaciones de las entidades de gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual pueden ejercerlas las Comunidades Autónomas o debe retenerlas el propio Estado, al tratarse de una materia relacionada con la función ejecutiva (STC 31/2010); de la misma forma, las facultades de inspección, vigilancia y control de dichas entidades, por su carácter ejecutivo, podrán ser asumidas por las Comunidades Autónomas (STC 196/1997).

Y principios similares han sido afirmados en relación con las marcas y demás signos distintivos del empresario. Para el Tribunal Constitucional, «es constitucionalmente legítimo el establecimiento de un Registro estatal de marcas y nombres comerciales», pues «el ámbito de protección que la Ley otorga a las marcas y nombres comerciales se extiende a todo el territorio del Estado, en el que los particulares pueden ejercer los derechos que la Ley les confiere»; de esta forma «la atribución a una instancia unitaria, que [...] no puede ser sino el Estado, de la competencia para resolver acerca de la concesión del derecho y consiguiente inscripción de marcas y nombres comerciales es un requisito indispensable para que pueda hablarse de **igualdad en el ejercicio de los derechos de la especial propiedad que representan**»; sin embargo, las Comunidades Autónomas podrán asumir ciertas facultades al amparo de sus competencias ejecutivas, como las relativas a la recepción de las solicitudes de concesión de las marcas y nombres comerciales y la labor de examen de sus requisitos formales (STC 103/1999).

BIBLIOGRAFÍA

DÍAZ MORENO, A., «El Derecho mercantil en el marco del sistema constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas», en AA. VV., *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, tomo I, Civitas, Madrid, 1996, págs. 227 y ss.

GARCÍA DE ENTERRÍA, J., «La competencia exclusiva del Estado sobre la legislación mercantil», en AA. VV., *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991, págs. 4081 y ss. (también en *Revista de Derecho Mercantil*, núms. 199-200, 1991, págs.7 y ss.).

LA COMPETENCIA EXCLUSIVA DEL ESTADO SOBRE LA LEGISLACIÓN PENAL Y PENITENCIARIA

Sumario: I. Planteamiento inicial. II. El reconocimiento constitucional histórico del principio de uniformidad de la legislación penal. III. El legislador autonómico no puede tipificar de manera efectiva y concreta ningún supuesto de responsabilidad penal. IV. El problema de la integración, por normativa autonómica, de los tipos penales en blanco, y la eventual diversidad de su contenido por razón del territorio. V. La Sentencia 120/1998, de 15 de junio, del Tribunal Constitucional, como superación del paradigma de la uniformidad. VI. Las singularidades de la exclusividad de la competencia estatal sobre la legislación penitenciaria.

ESTEBAN MESTRE DELGADO

CATEDRÁTICO DE DERECHO PENAL
UNIVERSIDAD DE ALCALÁ

I. PLANTEAMIENTO INICIAL

El art. 149.1 de la Constitución establece el listado de «materias sobre las que el Estado tiene competencia exclusiva» y, en su ap. 6.º, incluye la «legislación mercantil, penal y penitenciaria», además de la legislación procesal, de la que se precisa: «sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas».

Ambas referencias están separadas por el signo «;», lo que patentiza que las especialidades normativas que puedan derivar del derecho sustantivo de cada Comunidad Autónoma solo modulan la competencia exclusiva del Estado respecto de la normativa procesal, sin que esta salvedad expresa pueda, por ello, trasladarse también a los ámbitos propios de las legislaciones penal y penitenciaria.

Por ello, es indiscutible que, **siendo la legislación penal competencia exclusiva del Estado, las Comunidades Autónomas no pueden prever delitos ni penas en la normativa que legítimamente les corresponde dictar.** Y la jurisprudencia del Tribunal

Constitucional lo ha declarado así, expresamente, en diversas ocasiones. Así, principalmente, en sus SSTC 142/1988, de 12 de julio (*La Ley* 1070-TC/1988), 162/1996, de 17 de octubre (*La Ley* 10845/1996), y 120/1998, de 15 de junio (*La Ley* 7859/1998), ha manifestado que «el precepto de la legislación autonómica que tipificase de manera efectiva y concreta algún supuesto de responsabilidad penal» incurriría en la tacha de invadir la competencia exclusiva del Estado sobre legislación penal; y que igualmente lo haría el precepto autonómico que reprodujera y ampliara una figura delictiva, puesto que la configuración de un tipo está reservada por el art. 149.1.6.ª de la Constitución a la competencia exclusiva del Estado y, por tanto, está vedada al legislador autonómico. También en su STC 243/2004, de 16 de diciembre (*La Ley* 206/2005), ha reiterado que la legislación penal y penitenciaria «se sitúan por completo extramuros de la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas», y más recientemente, en su STC 144/2017, de 14 de diciembre (*La Ley* 177522/2017), ha anulado una normativa autonómica «autorizadora o habilitante (no represiva, ni punitiva, ni restrictiva de bienes jurídicos en el sentido que es pro-

pio de las normas penales y administrativas sancionadoras)», considerando que tiene una «incidencia innegable sobre la delimitación del tipo penal correspondiente», y que «el legislador autonómico no puede ni alterar, ni concretar, ni delimitar» el contenido de los tipos penales.

Lo mismo debe decirse respecto de la legislación penitenciaria, habiendo ratificado expresamente el Tribunal Constitucional este principio básico de organización normativa en sus SSTC 104/1988, de 8 de junio (*La Ley 1074/1988*), 142/1988, de 12 de julio (*La Ley 1070-TC/1988*), 13/1992, de 6 de febrero (*La Ley 1876-TC/1992*), y 14/2004, de 12 de febrero (*La Ley 690/2004*).

Pero, no obstante la imposibilidad de que las Comunidades Autónomas dicten leyes en materia penal y penitenciaria, la doctrina especializada admite con naturalidad la posibilidad de que ostenten determinadas competencias en estas materias, y la práctica legislativa, y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, han ratificado esta tesis. En todo caso, el análisis de este problema debe hacerse de manera diferenciada en cada uno de estos ámbitos:

a) Ninguna Comunidad Autónoma ha dictado directamente normas de desarrollo de la legislación penal estatal. Sin embargo, **por una vía indirecta se ha planteado, en especial en los últimos años del siglo xx, la posibilidad de que las normas autonómicas pudieran integrar el sustrato fáctico de determinados tipos penales**, generándose así, de hecho delitos de contenido variable (en función de la normativa propia de cada territorio autonómico en que pudieran aplicarse), que rompiesen la uniformidad nacional de la legislación penal o, desde otro punto de vista, la exclusividad de la competencia estatal para la elaboración de las normas penales.

b) **En el ámbito penitenciario, por el contrario, las Comunidades Autónomas han asumido un relevante papel normativo,**

en correcta coordinación con la actuación estatal. Así, el art. 79 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, estableció en ese primer momento de desarrollo constitucional que «corresponde a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias del Ministerio de Justicia la dirección, organización e inspección de las Instituciones que se regulan en la presente Ley, salvo respecto de las Comunidades Autónomas que hayan asumido en sus respectivos estatutos la ejecución de la legislación penitenciaria y consiguiente gestión de la actividad penitenciaria». Además, en su disposición transitoria señalaba: «en el desarrollo reglamentario de la presente Ley se tendrán en cuenta las previsiones que, con relación a la Administración penitenciaria, puedan incluir los Estatutos de Autonomía que adopten las distintas nacionalidades y regiones». Y, en los dos años siguientes a la aprobación de esta Ley Orgánica, cuatro Estatutos de Autonomía (los del País Vasco, Cataluña, Andalucía y Navarra) previeron de forma expresa que correspondía a la Comunidad Autónoma la ejecución de la legislación penitenciaria del Estado. Desde entonces, se han sucedido diversos Reales Decretos de transferencia de funciones y servicios en esta materia.

II. EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL HISTÓRICO DEL PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE LA LEGISLACIÓN PENAL

La exigencia de que todos los ciudadanos estén sometidos a un mismo ordenamiento penal (para la punición de los hechos delictivos que cometan en cualquier lugar del territorio del Estado) ha sido **una constante en la historia constitucional española.** En la mayor parte de los casos, este principio —de uniformidad de la legislación penal— se ha formulado de manera expresa, como puede verse en los arts. 96 de la Constitución de Bayona («Las Españas y las Indias se gobernarán por un solo Código de leyes civiles y criminales»), 258 de la Constitución de 1812 («El Código

civil y criminal y el de comercio serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes»), 4 de la Constitución de 1837 y 5 de la de 1856, de idéntico texto («Unos mismos Códigos regirán en toda la Monarquía, y en ellos no se establecerá más que un solo fuero para todos los españoles en los juicios comunes, civiles y criminales»), 4 de la Constitución de 1845 («Unos mismos Códigos regirán en toda la Monarquía»), y 4 de la Constitución de 1869 («Unos mismos Códigos regirán en toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias determinen las leyes»).

Sin embargo, cuando el Estado se ha estructurado conforme a modelos descentralizados, este principio se ha difuminado en los textos constitucionales, pudiéndose reconocer su influjo en el establecimiento de una competencia legislativa estatal de carácter exclusivo en materia penal. Así ha sucedido en el art. 15.1 de la Constitución de 1931 (siguiendo el modelo del Título V, ap. 15, del proyecto de Constitución Federal de la República Española), y en el art. 149.1.6.^a del vigente texto constitucional, en el que se atribuye al Estado la competencia exclusiva, entre otras materias, sobre la legislación penal. En todo caso, y de una u otra forma, la necesidad de que todos los ciudadanos estén sometidos a un mismo catálogo de delitos, de aplicación a los hechos que se cometan en el territorio español, se ha configurado tradicionalmente como una garantía constitucional de carácter esencial.

En este contexto, el inciso referente a la legislación penal, contenido en el art. 149.1.6.^a de la Carta Magna, refleja **la voluntad constitucional de que exista un solo y común ordenamiento penal con vigencia en todo el territorio nacional, con independencia de la estructuración territorial y política que resulta de su Título VIII**. Por ello, aunque doctrinalmente se admite la posibilidad de que las Comunidades Autónomas ostenten determinadas competencias en esta materia

(extremo desarrollado, entre otros, por MUÑOZ MACHADO, 1982, 624, y 2007, 853-854, y SILVA, 1993, *passim*), hasta la fecha, en cuarenta años de vigencia del texto constitucional, ninguna Comunidad ha asumido como competencia propia la ejecución del ordenamiento penal estatal. Aun más, la legislación general en materia penal aparece como límite expreso al ejercicio, por las Comunidades Autónomas, de sus competencias exclusivas en materias de «organización, régimen y funcionamiento de las instituciones y establecimientos de protección y tutela de menores, penitenciarios y de reinserción social» (art. 10.14 del Estatuto de Autonomía del País Vasco) y de «instituciones públicas de protección y tutela de menores» [arts. 9.28 del Estatuto de Cataluña —166.3.a) en el texto de 2006—, y 13.23 del de Andalucía —61.3.a) en el texto de 2007—]. El desarrollo estatutario del sistema autonómico ha confirmado, así, la inexistencia de ámbitos normativos territoriales diferenciados del estatal en materia penal, cuya uniformidad en el territorio nacional resulta de este modo indiscutida.

III. EL LEGISLADOR AUTONÓMICO NO PUEDE TIPIFICAR DE MANERA EFECTIVA Y CONCRETA NINGÚN SUPUESTO DE RESPONSABILIDAD PENAL

La primera ocasión en que el Tribunal Constitucional se pronunció (si bien tangencialmente) acerca de la cuestión de la competencia exclusiva del Estado sobre la legislación penal fue en su STC 32/1983, de 28 de abril (*La Ley* 164-TC/1983), resolutoria de un recurso de inconstitucionalidad promovido por el Gobierno vasco contra el Real Decreto 2824/1981, de 27 de noviembre, sobre coordinación y planificación sanitaria. En su FJ 3.º, y al hilo del debate planteado por las partes respecto a la autorización, por la Administración Sanitaria del Estado, de los aditivos y demás productos que requieren un control a nivel nacional, el Tribunal Constitucional, que consideró que esta competencia correspon-

día al Estado, añadió que ese sistema de prohibición del uso de aditivos salvo autorización «se corresponde además con la existencia de un control represivo de los delitos contra la salud pública contenido en los arts. 341 a 348 bis del Código Penal [entonces aplicable], Código de vigencia nacional y de competencia exclusiva estatal en virtud del art. 149.1.6 de la Constitución». Como puede verse, esta **primera referencia es meramente descriptiva**, pues en esta resolución no se planteó ni siquiera la posibilidad de que las Comunidades Autónomas pudieran llegar a ostentar algún tipo de competencias en materia penal.

Más adelante, la STC 142/1988, de 12 de julio —*La Ley* 1070-TC/1998— (en la que el Tribunal Constitucional resolvió el recurso de inconstitucionalidad planteado por el Estado contra la Ley 4/1985, de 27 de junio, de las Cortes de Aragón, reguladora del Justicia de Aragón —y en cuyo art. 21.2 se establecía que «quienes impidieran la actuación del Justicia de cualquier forma podrán incurrir en responsabilidad penal»—), profundizó un poco más en la cuestión, pues afirmó, en su FJ 7.º, que **un hipotético legislador autonómico que tipificara «de manera efectiva y concreta algún supuesto de responsabilidad penal» estaría invadiendo la competencia exclusiva del Estado** sobre la legislación penal. No obstante, tampoco en esta ocasión el Tribunal entró al debate competencial, pues estimó que la previsión impugnada no estaba realmente tipificando una figura delictiva (al no contener un verdadero mandato de prohibición), sino tan solo una advertencia y la posibilidad de hacerla efectiva (en los términos establecidos en la legislación penal nacional).

En términos semejantes se pronunció este Alto Tribunal en su STC 162/1996, de 17 de octubre (*La Ley* 10845/1996), en la que resolvió el recurso de inconstitucionalidad planteado por el Estado contra la Ley 11/1988, de 26 de diciembre, de la Generalidad Valenciana, sobre el Síndico de Agravios (en cuyo art. 24.2

se consideraba delito de desobediencia la conducta del funcionario que obstaculizase, en los modos que allí se determinaban, la investigación de este Síndico). En esta Sentencia se declaró la inconstitucionalidad del precepto cuestionado, que realmente configuraba un tipo penal, estando este ámbito material reservado a la competencia exclusiva del Estado, e insistiendo en que está constitucionalmente proscrita la acción del legislador autonómico en el ámbito de la legislación penal.

Desde entonces, este problema solo ha vuelto a plantearse en la jurisprudencia constitucional en dos ocasiones, con distinta trascendencia. En su STC 243/2004, de 16 de diciembre (*La Ley* 206/2005), el Tribunal Constitucional reiteró que la legislación penal y penitenciaria «se sitúan por completo extramuros de la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas», declarando por ello inconstitucionales determinados preceptos de la Ley 6/1995, de 21 de marzo, del Parlamento de las Islas Baleares, de actuación de la Comunidad Autónoma en la aplicación de las medidas judiciales sobre menores infractores, que determinaban el contenido aflictivo de determinadas medidas (incluidas algunas privativas de libertad).

Y en su STC 144/2017, de 14 de diciembre (*La Ley* 177522/2017), en la que el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional y nula la totalidad de la Ley Foral 24/2014, de 2 de diciembre, reguladora de los colectivos de usuarios de cannabis en Navarra, «por invadir la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación penal», ha añadido una perspectiva complementaria a su análisis en esta materia. En este caso, la norma recurrida no era «ni represiva, ni punitiva, ni restrictiva de bienes jurídicos en el sentido que es propio de las normas penales y administrativas sancionadoras», sino todo lo contrario, pues regulaba «un instrumento (los clubes de cannabis) a través del cual se facilita el abastecimiento, dispensación y consumo de cannabis», lo que la configuraba como una «normativa autorizadora o habilitante».

Ahora bien, en la medida en que esa regulación preveía que, en determinados supuestos, las asociaciones de usuarios de cannabis contemplados en ella pudieran llegar «a normalizar actividades que, como la promoción y facilitación del consumo ilegal de estupefacientes, son delictivas, ello supondría que dicha norma, por el solo hecho de permitir y regular tales asociaciones, estaría incidiendo en los tipos penales, cuya definición es de exclusiva competencia estatal y que el legislador autonómico no puede ni alterar, ni concretar, ni delimitar». Por ello, aun no tratándose esa regulación de una norma penal propiamente dicha, el Tribunal Constitucional entiende que sí menoscabando el ejercicio de la competencia estatal, porque autoriza comportamientos contemplados en la legislación penal como delictivos, incidiendo así plenamente en «la delimitación del tipo penal correspondiente» (delitos contra la salud pública). Lo mismo ha reiterado, en fase cautelar de suspensión de vigencia de la norma impugnada, en su ATC 33/2018, de 21 de marzo.

IV. EL PROBLEMA DE LA INTEGRACIÓN, POR NORMATIVA AUTONÓMICA, DE LOS TIPOS PENALES EN BLANCO, Y LA EVENTUAL DIVERSIDAD DE SU CONTENIDO POR RAZÓN DEL TERRITORIO

Una de las técnicas normativas que el legislador penal puede emplear para configurar, en el Código Penal, o en las leyes penales especiales, los supuestos de hecho que considera delitos, es la de las normas denominadas «leyes penales en blanco». Su característica esencial es que en ellas no se identifica de manera taxativa el supuesto de hecho constitutivo de la infracción penal, sino que este, por diversos motivos (en especial, la complejidad técnica de la conducta descrita, o su fácil obsolescencia), se defiere, con remisiones de distinto alcance, a otras instancias normativas. Obviamente, en esta caracterización se engloban supuestos

de muy diferente contenido y trascendencia, desde las meras remisiones intranormativas, que son un muy eficaz remedio contra la reiteración legislativa, exento de vicio técnico alguno (como sucede, por ejemplo, en el art. 167.1 del Código vigente, que sanciona a la autoridad o funcionario público que, con determinados condicionantes, «cometiere alguno de los hechos descritos en este Capítulo»), a las muchísimo más problemáticas habilitaciones de la potestad reglamentaria para la determinación de las conductas delictivas (como la que contiene el vigente art. 563 del Código, que sanciona «la tenencia de armas prohibidas», siendo estas las establecidas en el Reglamento de Armas), pasando por las llamadas genéricas a otros ámbitos legislativos extrapenales (como hace el vigente art. 325.1 del Código Penal, tipificando el delito medioambiental, entre otros elementos, a través de la contravención de «las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente»).

De la riqueza de problemas técnicos que plantea esta técnica normativa (desarrollados en su día por MESTRE, 1988, *passim*) destaca, a los fines del presente comentario, el referente a la admisibilidad constitucional de las remisiones normativas que defieren la descripción de los supuestos de hecho de sus distintos ilícitos típicos a normas legales (o reglamentarias, aunque en este caso deban tenerse también en cuenta las exigencias derivadas del principio de legalidad de las infracciones penales, garantizado en el art. 24 de la Constitución) que deben emanar de las distintas Comunidades Autónomas. Y ello porque, como muy tempranamente adelantó CASABÓ RUIZ (1982, 242-245), por la vía indirecta de la determinación de las normas a las que se remiten los distintos tipos penales en blanco contenidos en el ordenamiento penal vigente, las Comunidades Autónomas pueden asumir un papel esencial en la determinación de las conductas punibles, creando, de este modo, contenidos delictivos de la norma de ámbito aplicativo exclusivamente referido a cada uno de esos territorios y que,

por ello, pueden resultar radicalmente diferentes de los que pueden resultar aplicables en otra Comunidad Autónoma. Piénsese, así, por ejemplo, y entre tantos otros supuestos semejantes, en la pluralidad y diversidad de regulaciones autonómicas existentes para la regulación del medio ambiente, el urbanismo o la sanidad alimentaria. Pues bien, en la medida en que los delitos medioambientales, los urbanísticos, o los que afectan a la sanidad alimentaria, entre tantos otros, están redactados con esa técnica de las normas penales en blanco (los arts. 319.1, 325.1 y 363.1 del Código Penal, que respectivamente los tipifican, utilizan para su tipificación elementos normativos como la realización de «obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural»; la contravención de «las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente»; o «la omisión o alteración de los requisitos establecidos en las leyes o reglamentos sobre caducidad o composición»), y las Comunidades Autónomas tienen asumidas competencias en esas mismas materias y, por ello, pueden promulgar leyes y reglamentos que, siguiendo los mismos ejemplos, reconozcan a lugares determinados su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural; o protejan el medio ambiente; o regulen la caducidad o composición de determinados productos alimenticios, es obvio concluir que, por esta vía indirecta, las Comunidades Autónomas estarían conformando el contenido concreto de algunos tipos penales, para su interpretación y aplicación en su ámbito territorial específico.

Esta delicada cuestión ha sido resuelta por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, con una doctrina que se contiene, esencialmente, en su STC 120/1998, de 15 de junio (*La Ley 7859/1998*), y que permanece inalterada desde entonces.

V. LA SENTENCIA 120/1998, DE 15 DE JUNIO, DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, COMO SUPERACIÓN DEL PARADIGMA DE LA UNIFORMIDAD

La esencia de la doctrina del Tribunal Constitucional en la materia se encuentra en su STC 120/1998, de 15 de junio (*La Ley 7859/1998*), en la que se estimó (por otros motivos) un recurso de amparo interpuesto por dos personas que habían sido condenadas por un delito de contrabando, cuyo contenido fáctico había quedado integrado por diversas normas medioambientales y, entre ellas, la Ley catalana 3/1988, de 4 de marzo, de protección de los animales. Estimaban los recurrentes que esta disposición, precisamente en atención a su carácter autonómico, no podía constituir complemento válido de los delitos que la Ley 7/1982, de Contrabando, vigente al tiempo de los hechos enjuiciados, regulaba con la técnica de las leyes penales en blanco, «porque ello abriría la posibilidad de que una misma conducta constituyera un delito en una Comunidad Autónoma pero no en otra, lo que supondría una quiebra del principio de uniformidad de la legislación penal para todo el territorio español».

El Tribunal desestimó este planteamiento. Tras recordar que la legislación penal es competencia exclusiva del Estado, y que por ello las normas emanadas de las Comunidades Autónomas no puede prever concretos delitos, ni sus correspondientes penas, destacó que es un problema distinto el determinar «si **la norma autonómica puede servir de complemento a la ley penal en blanco**» y, para resolver esta última cuestión, estableció los siguientes puntos de partida:

- a) El ordenamiento jurídico español ha adoptado una estructura compuesta, en la que están llamadas a coexistir la legislación estatal y la autonómica.
- b) La función estatal de regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el

ejercicio de los derechos fundamentales (establecida en el art. 149.1.1.^a de la Constitución) no puede ser entendida de tal manera que vacíe de contenido las competencias que las Comunidades Autónomas asuman al amparo del art. 148 de la Constitución y de sus propios Estatutos de Autonomía, que han de ser respetados en sus propios términos.

c) Es por ello posible «que sea diferente la posición jurídica de los ciudadanos en las distintas partes del territorio nacional», y ello porque «la ausencia de una monolítica uniformidad jurídica no infringe necesariamente los arts. 1, 9.2, 14, 139.1 y 149.1.1.^a de la Constitución». El Tribunal destacó que estos preceptos «no exigen un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todo tipo de materias y en todo el territorio del Estado, lo que sería frontalmente incompatible con la autonomía, sino que, a lo sumo, y por lo que al ejercicio de los derechos y al cumplimiento de los deberes se refiere, una igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales».

De estas consideraciones, el Tribunal Constitucional concluyó que «el órgano judicial puede seleccionar como complemento válido de la ley penal las normas de las Comunidades Autónomas dictadas en el marco de sus respectivas competencias». Pero precisó el ámbito de validez de este complemento con arreglo a dos limitaciones:

a) Por un lado, «que dichas normas autonómicas se acomoden a las garantías constitucionales dispuestas en el art. 25.1 de la Constitución, y que no introduzcan divergencias irrazonables y desproporcionadas al fin perseguido respecto al régimen jurídico aplicable en otras partes del territorio».

b) Y, por otro, y en atención a que, conforme a la doctrina de este mismo Tribunal respecto a las leyes penales en blanco, el núcleo del delito ha de estar contenido en la Ley penal remitente, que «la función de la norma autonómica remitida se reduce simplemente a la de

constituir un elemento inesencial de la figura delictiva».

A partir de esta doctrina constitucional, debe admitirse, como bien concluye SILVA SÁNCHEZ (1998, 492), que no vulnera el principio de igualdad «el hecho de que, dadas las circunstancias diversas que pueden darse en las distintas Comunidades Autónomas, y que motiven una mayor o menor protección extrapenal de determinados intereses, los ciudadanos de unas sean sancionados por conductas que no serían delictivas en otras».

VI. LAS SINGULARIDADES DE LA EXCLUSIVIDAD DE LA COMPETENCIA ESTATAL SOBRE LA LEGISLACIÓN PENITENCIARIA

1. El art. 149.1.6.^a de la Constitución establece también que el Estado tiene competencia exclusiva sobre la legislación penitenciaria, pero en esta materia no solo no se han planteado los problemas que he analizado en relación con la legislación penal, sino que, muy al contrario, las Comunidades han asumido un relevante papel normativo al respecto. Así, aunque en algunos Estatutos de Autonomía se contiene una referencia expresa a que la legislación general en materia penitenciaria es un límite al ejercicio de determinadas competencias de sus respectivas Comunidades (así sucedía en los arts. 10.14 del Estatuto del País Vasco, 9.28 del de Cataluña, y 13.23 del de Andalucía), en cuatro de ellos [arts. 12.1 del Estatuto del País Vasco, 11.1 del de Cataluña —168 en el texto de 2006—, 17.1 del de Andalucía —67 del texto de 2007—, y 58.1.a) del de Navarra —58.1.a) en el texto de 2007] se previó de forma expresa que correspondía a la Comunidad Autónoma la ejecución de la legislación penitenciaria del Estado. Y la mejor demostración de que esta era también la voluntad estatal es la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (obviamente de fecha anterior a todos los Estatutos citados), cuyo art. 79 —ya transcrito— establecía que corresponde a la Dirección

General de Instituciones Penitenciarias (hoy, Secretaría General) la dirección, organización e inspección de las mismas, «salvo respecto de las Comunidades Autónomas que hayan asumido en sus respectivos Estatutos la ejecución de la legislación penitenciaria y consiguiente gestión de la actividad penitenciaria».

2. Los servicios del Estado en materia de Administración Penitenciaria (y, en especial, los establecimientos penitenciarios Lérida I, Lérida II, Barcelona —Modelo—, La Trinidad, Gerona, Figueras y Tarragona) fueron traspasados a la Generalidad de Cataluña por Reales Decretos 3482/1983, de 28 de diciembre, y 131/1986, de 10 de enero. Además, traspasos de competencias, funciones y servicios a las Comunidades Autónomas en materia de personal docente de Instituciones Penitenciarias se han efectuado mediante Reales Decretos 1476/2000, de 4 de agosto (a la Comunidad Foral de Navarra); 1842/2000, de 10 de noviembre (a La Rioja); 9/2001, de 12 de enero (a Castilla y León); 512/2001, de 11 de mayo (a la Región de Murcia); 1786/2004, de 30 de julio (a Andalucía); 1458/2005, de 2 de diciembre (a Aragón), y 473/2006, de 21 de abril (a Cantabria). Y, respecto de la coordinación entre estas Administraciones, sigue vigente el Real Decreto 1436/1984, de 20 de junio, sobre normas provisionales de coordinación de las Administraciones Penitenciarias, que establecía, en esencia, que las Comunidades Autónomas deben informar a la (entonces) Dirección General de Instituciones Penitenciarias (hoy Secretaría General de Instituciones Penitenciarias) «de todo ingreso, traslado, salida, clasificación, permisos y demás datos que afecten a la situación penitenciaria de los internos de los establecimientos que gestionen en su ámbito territorial» (art. 2); que la Administración Estatal y la Autonómica debían determinar conjuntamente «las plazas óptimas y máximas de cumplimiento de penas que se transfieren» (art. 3); y que los expedientes y protocolos de personalidad de los internos deben redactarse en castellano, «sin perjuicio de la redacción en la lengua oficial de la Co-

munidad, de conformidad con su legislación específica» (art. 5.1). Además, para el cumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la Comunidad, el art. 4 del Real Decreto 840/2011, de 17 de junio, ha previsto que esos trabajos se faciliten por la Administración estatal, autonómica o local, y a este fin se han suscrito numerosos convenios específicos entre Administraciones y con entidades públicas y privadas que desarrollan actividades de utilidad pública (ejemplos recientes pueden verse en las resoluciones de 8 y 13 de junio de 2017, de la Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior).

En perspectiva complementaria, el art. 45.1 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, dispone que la ejecución de las medidas adoptadas por los Jueces de Menores en sus Sentencias firmes es competencia de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla, y por ello estas han desarrollado regulaciones específicas (con título competencial compartido con la atención y protección a la infancia y a la adolescencia) para la ejecución de las medidas privativas de libertad impuestas a menores. De ello son buena muestra (entre muchas otras referencias) los Decretos 427/2001, de 11 de diciembre, de la Comunidad Autónoma de Galicia, por el que se aprueba el texto del Reglamento de funcionamiento interno de los centros de reeducación para menores y jóvenes sometidos a medidas privativas de libertad; 40/2006, de 4 de mayo, del Principado de Asturias, por el que se aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento de los centros específicos para la ejecución de medidas privativas de libertad de menores y jóvenes infractores; y 80/2009, de 21 de abril, sobre centros educativos de cumplimiento de medidas privativas de libertad en la Comunidad Autónoma del País Vasco.

3. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha reconocido la armonía de este sistema, unitario en su pluralidad, y coordinado. Así, en su STC 104/1988, de 8 de junio

—*La Ley 1074/1988*— (resolutoria de un conflicto positivo de competencia planteado por el Gobierno vasco en relación con algunas de las disposiciones de ese Real Decreto 1436/1984, de 20 de junio, que acabo de citar), estableció que el sistema penitenciario español se configura «como un sistema único que integra un conjunto de establecimientos intercomunicados y gestionados, bien por la Administración del Estado, en algunos casos, bien por la Administración Autonómica», sistema que es «instrumento para el cumplimiento de fines globales del Estado conjunto». Y añadió que «todas las Instituciones Penitenciarias se integran en un sistema único y, además, realizan una actividad administrativa que constituye un instrumento al servicio de otros fines, de la aplicación de un Derecho penal único y de la ejecución de decisiones judiciales en materia penal, y están implicadas también otras autoridades gubernativas del Estado en relación con la seguridad pública (art. 149.1.29 de la Constitución) y los órganos del Poder Judicial». Esta doctrina se ratificó en la STC 14/2004, de 12 de febrero (*La Ley 690/2004*).

Además, en la doctrina de este Tribunal puede verse con facilidad el sistema constitucional de articulación de las competencias estatal y autonómicas en materia penitenciaria, que parte de los siguientes presupuestos básicos:

a) En la propia esencia de la forma de organización territorial del Estado se encuentran implícitos deberes de colaboración y auxilio mutuo entre las autoridades estatales y las autonómicas. Este postulado, establecido por vez primera en la STC 18/1982, de 4 de mayo (*La Ley 9155-JF/0000*), se aplicó al sistema penitenciario en la STC 104/1988, de 8 de junio (*La Ley 1074/1988*).

b) Además, cuando sus competencias normativas son plenas, el Estado posee funciones generales de coordinación, pues no puede desentenderse de la ejecución autonómica de su legislación (STC 104/1988). Este planteamiento parte del criterio establecido en la

STC 32/1983, de 28 de abril (*La Ley 164-TC/1983*), en la que el Tribunal había establecido, en un contexto diverso al penitenciario, que esta competencia estatal de coordinación persigue «la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto o sistema, evitando contradicciones y reduciendo disfunciones [...] que impedirían o dificultarían la realidad misma del sistema». Por ello, decía la indicada STC 104/1988 que resultan posibles «formas de intervención normativa que establezcan reglas que cumplan una función coordinadora de las Administraciones Autonómicas entre sí y con el Estado».

c) Y cuando se trata de ejecutar una legislación propia del Estado, aquellos deberes de colaboración y auxilio mutuo «han de entenderse intensificados en la medida en que el Estado no puede desentenderse de la aplicación adecuada y de la interpretación uniforme de la Ley». Ello resulta especialmente significativo en materia penitenciaria, «en la que el contenido de la normativa se conecta también con los arts. 17 (libertad individual) y 25 (derecho sancionador) de la Constitución» (STC 104/1988).

Desde estos tres presupuestos, el Tribunal Constitucional concluyó, en esta sentencia, que «un adecuado equilibrio entre el respeto de las autonomías territoriales y la necesidad de evitar que estas conduzcan a separaciones o compartimentaciones que desconozcan la propia unidad del sistema (art. 2 de la Constitución) puede realizarse a través de la adopción de formas y fórmulas de coordinación y colaboración, más abiertas y flexibles que la utilización exclusiva de intervenciones normativas reguladoras que imponen determinadas conductas o decisiones». En este planteamiento, no obstante, se reconocía un límite: tales condicionamientos serían contrarios al orden constitucional cuando, «desde el punto de vista cualitativo o cuantitativo, supongan una pérdida de la autonomía de ejecución de la Comunidad Autónoma» (si bien en tal caso, se precisaba, «la indebida invasión en las competencias autonómicas no derivarían del

carácter de coordinación de las medidas, sino de la injerencia indebida de las mismas en las competencias propias de la Comunidad»).

Desde esta perspectiva, la doctrina constitucional ha valorado diversos aspectos de la política penitenciaria, entendiéndola a tal fin:

a) Que la información que el Estado exige a las Comunidades Autónomas, conforme a las previsiones del Real Decreto 1436/1984, de 20 de junio, no es ni una forma de control directo sobre las autoridades de los establecimientos penitenciarios, ni supone una dirección ni una posibilidad de rectificación o de represión de las mismas, ni supone una desconfianza de partida hacia la actuación de las Comunidades Autónomas, ni genera un control difuso sobre sus concretas actuaciones administrativas (STC 104/1988).

b) Que no son posibles decisiones autonómicas unilaterales que, al modificar el número de plazas disponibles para absorber a la población penitenciaria, tendrían consecuencias o repercusiones en el conjunto del sistema penitenciario y condicionarían las decisiones de otras Administraciones Autonómicas y de la propia Administración del Estado (SSTC 104/1988 y 14/2004, de 12 de febrero).

c) Que no invade las competencias autonómicas el establecimiento, por el Estado, de criterios de normalización de los datos de carácter penitenciario para homogeneizar la documentación básica en el tratamiento de internos (STC 104/1988).

d) Que es inconstitucional el art. 12.2 de la Ley 4/1985, de 27 de junio, de las Cortes de Aragón, reguladora del Justicia de Aragón, que equiparaba las garantías de las comunicaciones que mantuvieran las personas privadas de libertad con el Justicia de Aragón a las «establecidas por la legislación vigente para la comunicación con Jueces y Tribunales». Y ello porque el régimen de las comunicaciones con las personas privadas de libertad es una competencia exclusiva del Estado con arreglo al art. 149.1.6.^a de la Constitución [STC 142/1988, de 12 de julio (*La Ley* 1070-TC/1988)].

e) Que, aunque las subvenciones estatales para la reeducación y reinserción social de internos y liberados son una competencia estatal, su gestión, en el territorio de las Comunidades Autónomas que han asumido competencias de ejecución de la legislación estatal en esta materia, les corresponde a estas [STC 13/1992, de 6 de febrero (*La Ley* 1876-TC/1992)].

BIBLIOGRAFÍA

BUENO ARÚS, F., «Transferencias autonómicas en el ámbito penitenciario», *Poder Judicial*, núm. 10, 1984, págs. 26 y ss.

CÁMARA ARROYO, S., «Las competencias de las Comunidades Autónomas para la ejecución de las medidas privativas de libertad impuestas a menores», *La Ley Penal*, núm. 70, 2010, págs. 23 y ss.

CASABÓ RUIZ, J. R., «La capacidad normativa de las Comunidades Autónomas en la protección penal del medio ambiente», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. V, Universidad de Santiago de Compostela, 1982, págs. 242 y ss.

DELGADO GIL, A., «La competencia de las Comunidades Autónomas en materia penal. Algunas posibilidades en relación con los delitos sobre el patrimonio histórico», *La Ley Penal*, núm. 70, 2010, págs. 17 y ss.

MESTRE DELGADO, E., «Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XLI, fascículo II, 1988, págs. 503 y ss.

MUÑOZ MACHADO, S., *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, tomos I y II, Civitas, Madrid, 1982 (2.^a ed., Iustel, Madrid, 2007).

SILVA SÁNCHEZ, J. M., «¿Competencia indirecta de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho penal?», *La Ley*, 1993-3, págs. 964 y ss.

- «Las “normas de complemento” de las leyes penales en blanco pueden emanar de las Comunidades Autónomas», *Poder Judicial*, núm. 52, 1998, págs. 483 y ss.

ARTÍCULO 149.1.7.^a

7.^a Legislación laboral, sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas.

Sumario: I. La asunción por los Estatutos de Autonomía de competencias de ejecución de la legislación laboral del Estado. II. La distribución de competencias en materia de legislación laboral. 1. La competencia estatal de legislación: el concepto material de legislación. A) La regulación unitaria de la materia laboral: ley y reglamento; la progresiva extensión de la legislación laboral a la regulación de órganos de ejecución. B) Concepto material de legislación, negociación colectiva y concertación social. C) La extensión de la competencia estatal de legislación al diseño de estructuras organizativas; la dualidad de aparatos administrativos, estatales y autonómicos. 2. La competencia de ejecución de las Comunidades Autónomas: el concepto material de ejecución. A) Las potestades ejecutivas de las Comunidades Autónomas; los reglamentos organizativos y reguladores de la competencia de ejecución. B) El principio de territorialidad de las competencias ejecutivas, sin perjuicio de sus efectos extraterritoriales; la excepcionalidad de la ejecución estatal supraautonómica, no tan excepcional en numerosas ocasiones con el consiguiente desplazamiento de las competencias ejecutivas autonómicas al Estado. C) La ejecución autonómica de la legislación laboral del Estado como regla; diversidad aplicativa de una legislación unitaria. 3. El significado estricto de la materia laboral; la separación del empleo y de otras materias conexas. A) La legislación laboral como reguladora del contrato de trabajo, del trabajo dependiente y por cuenta ajena, y de las relaciones laborales, en los sectores privado y público. B) La ampliación de la legislación laboral estricta a cuestiones conexas con el empleo ante su importancia creciente, y sus fronteras inseguras vinculadas a criterios materiales y económicos. C) El deslinde material de la legislación laboral respecto de materias próximas. D) Legislación laboral y Derecho del trabajo, un Derecho que ha de serlo de las diferentes y renovadas formas de trabajar.

MARÍA EMILIA CASAS BAAMONDE

CATEDRÁTICA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
DE LA UNIVERSIDAD COMPLUTENSE
PRESIDENTA EMÉRITA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. LA ASUNCIÓN POR LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA DE COMPETENCIAS DE EJECUCIÓN DE LA LEGISLACIÓN LABORAL DEL ESTADO

El precepto constitucional transcrito atribuye al Estado la «competencia exclusiva sobre [...]

[la] [...] legislación laboral», lo que permite (en virtud del art. 149.3 CE) a las Comunidades Autónomas asumir su «ejecución» en sus Estatutos de Autonomía, que son «la norma institucional básica de cada Comunidad Autónoma» llamada a fijar «las competencias asumidas dentro del marco establecido en la Constitución» [art. 147.1 y 2.d) CE].

Al amparo de esta norma constitucional se produjo una **amplia asunción de potestades de ejecución por las Comunidades Autónomas en sus Estatutos de Autonomía**: inicialmente, tanto en los de las Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del art. 151.1 CE, como en la LORAFNA (de acuerdo con la disp. adic. 1.ª CE), los cuales atribuyeron a la respectiva Comunidad «la ejecución de la legislación del Estado» en materia «laboral, asumiendo las facultades y competencias que en este terreno ostenta actualmente el Estado respecto a las relaciones laborales» (art. 12.2 EA del País Vasco); «las facultades, competencias y servicios que en este ámbito, y a nivel de ejecución, ostenta actualmente el Estado respecto a las relaciones laborales» (art. 11.2 del EA de Cataluña de 1979) (art. 29.1 EA de Galicia); «las facultades y servicios propios de la Administración respecto de las relaciones laborales» (art. 17.2 del EA de Andalucía de 1981); o «las facultades y competencias y servicios que actualmente ostenta el Estado respecto de las relaciones laborales» [art. 58.1.b) LORAFNA]; siempre bajo la alta inspección del Estado.

Acogiendo la formulación del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 1979, el Estatuto de Galicia y la LORAFNA reservan al Estado «todas las competencias» sobre migraciones interiores y exteriores y sobre fondos de ámbito nacional y de empleo, sin perjuicio, en ambos casos, de «lo que establezcan las normas del Estado sobre estas materias». Relativamente próxima, aunque no idéntica, la regulación del Estatuto de Autonomía de Andalucía de 1981 concretaba la competencia autonómica de ejecución «sin perjuicio [...] de lo establecido en el art. 149.1.2 de la Constitución» (art. 17.2). Separándose de esa delimitación de la potestad autonómica de ejecución de la legislación laboral, el Estatuto de Autonomía del País Vasco, primero de los Estatutos de Autonomía aprobados, atribuye a la Comunidad Autónoma «la facultad de organizar, dirigir y tutelar, con la alta inspección del Estado, los servicios de este para la ejecu-

ción de la legislación laboral, procurando que las condiciones de trabajo se adecuen al nivel de desarrollo y progreso, promoviendo la cualificación de los trabajadores y su formación integral» (art. 12.2). Sin embargo, de esta parte final del texto estatutario vasco diría prontamente la STC 35/1982, de 14 de junio, que se limita a señalar objetivos a la actuación política de los poderes territoriales, ya establecidos por la Constitución, sin ser una norma atributiva de competencias a la Comunidad Autónoma (FJ 2).

La descripción funcional de la competencia de ejecución comprendía o comprende, según los casos, la «potestad de administración» y la de «dictar reglamentos internos de organización de los servicios correspondientes» (art. 20.4 EA del País Vasco); «la potestad reglamentaria y la función ejecutiva, incluida la inspección cuyo ejercicio debe sujetarse a las normas reglamentarias que en desarrollo de su legislación dicte el Estado» (art. 25.2 EA de Cataluña de 1979); «la correspondiente potestad reglamentaria, la administración y la inspección», potestades que han de ejercerse de acuerdo con las normas reglamentarias dictadas por el Estado en desarrollo de su legislación (art. 37.3 del EA de Galicia); «la administración y la ejecución» y «la facultad de dictar reglamentos internos de organización de los servicios correspondientes, de conformidad con las normas reglamentarias de carácter general que, en desarrollo de su legislación, dicte el Estado» (art. 41.4 EA de Andalucía de 1981); la potestad «reglamentaria para la organización de sus propios servicios», «de administración, incluida la inspección», y «revisora en la vía administrativa», también de acuerdo con las normas reglamentarias generales de desarrollo de la legislación del Estado (art. 42 LORAFNA).

En cuanto a las Comunidades Autónomas del art. 143 CE, se llegó a una solución similar respecto del Estatuto de Autonomía de Canarias y del inicial Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, ambos de 1982, una vez que las Leyes Orgánicas 11/1982 y 12/1982,

de 10 de agosto, de transferencias de competencias en materia de titularidad estatal, transfirieron a dichas Comunidades Autónomas la competencia de ejecución de la legislación laboral del Estado. El Estatuto canario, reformado, se limita a atribuir a la Comunidad Autónoma la competencia de ejecución de la legislación laboral del Estado sin incorporar las reservas de competencias ejecutivas en favor del Estado sobre migraciones interiores y exteriores y fondos nacionales y de empleo recogidas en otros Estatutos de Autonomía (art. 33.2, modificado por Ley Orgánica 4/1996, de 30 de diciembre).

Los primeros Estatutos de Autonomía de Asturias (art. 13), Cantabria (art. 25), La Rioja (art. 11), Murcia (art. 13), Aragón (art. 39), Castilla-La Mancha (art. 35), Extremadura (art. 10), Baleares (arts. 12.7 y 16.2), Madrid (art. 29) y Castilla y León (art. 33.11), de conformidad con el art. 148.2 CE, remitieron a leyes orgánicas futuras, dictadas conforme a los arts. 147.3 CE (reforma de los Estatutos de Autonomía) y 150.2 CE (transferencia o delegación de facultades de titularidad estatal por el Estado), la asunción de potestades de ejecución en materia laboral.

A través de la vía del art. 150.2 CE, la LO 9/1992, de 23 de diciembre, transfirió a esas Comunidades Autónomas las competencias enunciadas como «diferidas» en sus propios Estatutos de Autonomía, que, a su vez, habían de reformarse para incorporar las competencias estatales transferidas, y, en concreto, las de «ejecución de la legislación del Estado» en la materia «laboral» [art. 4.j)]. Precisó el art. 18 de dicha LO 9/1992 que al Estado correspondía la competencia sobre la legislación laboral y la alta inspección (art. 18.1) y que también se reservaban al Estado «todas las competencias en materia de migraciones interiores y exteriores [...] y fondos de ámbito nacional y de empleo, sin perjuicio de lo que establezcan las normas del Estado sobre estas materias» (art. 18.2), fórmula acogida en los *reformados* Estatutos de Autonomía de Asturias (art. 12.14), Cantabria

(art. 24.12), La Rioja (art. 10.1.12), Murcia (art. 12.1.13), Aragón (art. 37.1.13), Castilla-La Mancha (art. 33.12), Extremadura (art. 9.14), Baleares (art. 12.15), Madrid (art. 28.13) y Castilla y León (art. 28.13). La primera oleada de reformas estatutarias tuvo lugar, respectivamente, por las Leyes Orgánicas 1, 2, 3, 4, 6, 7, 8, 9, 10 y 11/1994, todas ellas de 24 de marzo.

Posteriormente fueron nuevamente reformados los Estatutos de Aragón (art. 39.1.2), Castilla-La Mancha (art. 33.11), Murcia (art. 12.1.10), Madrid (art. 28.1.12), Cantabria (art. 26.11), Asturias (art. 12.10), La Rioja (art. 11.1.3), Baleares (arts. 12.15 y 39.27), Castilla y León (art. 36.10) y Extremadura (art. 9.11) por Leyes Orgánicas 5/1996, de 30 de diciembre; 3/1997, de 3 de julio; 1/1998, de 15 de junio; 5/1998, de 7 de julio; 11/1998, de 30 de diciembre; 1/1999, de 5 de enero; 2/1999, de 7 de enero; 3/1999, de 8 de enero; 4/1999, de 8 de enero, y 12/1999, de 6 de mayo, respectivamente; todos los cuales, no obstante, en materia de ejecución de la legislación laboral, reiteraron la formulación competencial inicial. En cuanto al contenido funcional de la competencia de ejecución, por poner el ejemplo del Estatuto de Cantabria, lleva «implícita la correspondiente potestad reglamentaria para la organización interna de los servicios, la administración y en su caso la inspección» (art. 33.3).

Esta descripción de la asunción de competencias autonómicas de ejecución de la legislación laboral del Estado se modificó en los reformados Estatutos de Valencia, Cataluña, Islas Baleares, Andalucía, Aragón y Castilla y León, y Extremadura (por Leyes Orgánicas 1 y 6/2006, de 10 de abril y 19 de julio; 1, 2, 5 y 14/2007, de 28 de febrero, 19 de marzo, 20 de abril y 30 de noviembre, y 1/2011, de 28 de enero, respectivamente). Los preceptos estatutarios reformados **describen con mayor extensión y pormenor que antes las competencias ejecutivas de las Comunidades Autónomas, tanto desde un punto de vista funcional** (con mención de las dis-

tintas potestades incluidas en la función ejecutiva), **como material** (refiriendo la función ejecutiva a la legislación laboral y sobre relaciones laborales, con especificación de sus diversos contenidos, y extendiendo la función ejecutiva a otras materias, como el empleo, la intermediación laboral, la formación profesional ocupacional y continua y, en su caso, la gestión de los fondos de protección del desempleo, y el trabajo de los extranjeros). Se han acompañado esas modificaciones de «**derechos sociales**» o «en el ámbito laboral» y «social», reconocidos por los citados Estatutos de Autonomía a las personas y ciudadanos de dichas Comunidades Autónomas, que, no obstante su formulación como derechos, son «principios rectores», «directrices, objetivos o mandatos a los poderes públicos autonómicos» sobre el ejercicio de sus competencias, orientado al fomento y garantía de dichos derechos sociales, laborales (a un trabajo digno, remunerado, estable, en condiciones de igualdad y seguridad, a la conciliación de la vida laboral y familiar, en el enunciado del reformado Estatuto valenciano) y sindicales, y de los sindicatos y organizaciones empresariales al desempeño de sus funciones, según se recoge en los reformados Estatutos catalán, balear, andaluz y extremeño (ver SSTC 247 y 249/2007, FF. JJ. 13 a 15 y 5; 31/2010, FF. JJ. 16 a 20; MOLINA, 2006, 53 y ss.; y los estudios de ROJO, MOLINA, PALOMEQUE y MONEREO, en MOLINA, 2007, 43 y ss., 89 y ss., 127 y ss., y 145 y ss.).

Descrito el anterior marco normativo, este comentario se apoyará exclusivamente en la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional interpretando el art. 149.1.7.^a CE, en cuanto a la competencia exclusiva del Estado de legislación laboral, y las prescripciones estatutarias, por lo que se refiere a las competencias ejecutivas de las Comunidades Autónomas. Más aún, como podrá observarse, el presente comentario se limita a sistematizar fielmente la abundante y compleja doctrina constitucional recaída en la materia.

II. LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS EN MATERIA DE LEGISLACIÓN LABORAL

El art. 149.1.7.^a CE reserva al Estado *en exclusiva* la competencia de legislación en lo laboral. La consecuencia de la norma constitucional es que **la materia laboral, como ha reiterado el Tribunal Constitucional, es inaccesible al poder legislativo de las Comunidades Autónomas** mediante la operación de asunción de competencias que llevan a efecto sus Estatutos de Autonomía «dentro del marco establecido en la Constitución» [art. 47.2.d) CE]. El marco definitorio constitucional, que condiciona necesariamente el contenido estatutario, **impide a los Estatutos de Autonomía asumir competencias de naturaleza legislativa en la materia laboral.**

Esta atribución constitucional de la función legislativa al Estado en materia laboral, no muy alejada de nuestros precedentes históricos (art. 20.2 de la Constitución de la II República de 9 de diciembre de 1931 y arts. 6 del Estatuto de Cataluña de 1932 y 6 del Estatuto Vasco de 1936), responde a la **finalidad constitucional de «mantener una uniformidad en la ordenación jurídica de la materia» laboral** (SSTC 18/1982, FJ 5; 7/1985, FJ 4; 227/1998, FJ 9; 249/1988, FJ 2; 86/1991, FJ 3; 102/1991, FJ Único; 360/1993, FJ 4; 51/2006, FJ 4). La «perspectiva de la regulación unitaria de una materia [...] es la que tiene presente el constituyente al reservar al Estado la legislación laboral», reiteró la STC 35/1982, FJ 2, perspectiva o finalidad constitucional invariablemente mantenida en la jurisprudencia constitucional posterior sobre la competencia estatal de legislación para satisfacer las exigencias de los principios de unidad e igualdad (SSTC 196/1997, FJ 7; 178/2015, FJ 3, citando sentencias anteriores).

De esta **caracterización finalista de las competencias y materias atribuidas al Estado por las distintas reglas de reparto competencial del art. 149.1 CE**, y de la in-

interpretación de los diversos Estatutos de Autonomía, el Tribunal Constitucional ha obtenido conclusiones seguras para establecer **la distinción entre «legislación» y «ejecución»** en la norma del art. 149.1.7.^a CE y precisar sus respectivos ámbitos funcionales. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha ocupado igualmente de definir **la material «laboral» para separarla de otras próximas** (las relativas a las migraciones y al empleo referidas en los Estatutos de Autonomía que siguieron la regulación del Estatuto catalán de 1979, la Seguridad Social, la formación profesional reglada integrada en el sistema educativo, las cooperativas, la planificación de la actividad económica, la restructuración de sectores industriales, los planes y fondos de pensiones, la asistencia social...). A través de esta doble operación de definición de los criterios de deslinde competencial y de la materia sobre la que operan el Tribunal Constitucional ha llevado a cabo la interpretación de la compartición de las competencias estatales y autonómicas en el ámbito material laboral.

1. La competencia estatal de legislación: el concepto material de legislación

A) *La regulación unitaria de la materia laboral: ley y reglamento; la progresiva extensión de la legislación laboral a la regulación de órganos de ejecución*

Muy tempranamente, a partir de la crucial STC 18/1982 (con el precedente inicial de la STC 33/1981, FJ 2), el Tribunal Constitucional se ocupó de fijar el alcance funcional y material y los límites propios de la «legislación laboral» y, consiguientemente, el concepto, contenido y alcance de las potestades de «su ejecución» por las Comunidades Autónomas.

Hubo de resolver el Tribunal Constitucional, en primer lugar, **el problema de la calificación del ejercicio de la potestad reglamentaria como competencia de legisla-**

ción o, por el contrario, de ejecución, problema capital en la delimitación competencial del art. 149.1.7.^a sobre el que ya había advertido la doctrina (ALONSO OLEA, 1979, 67 y ss.; DE LA VILLA y DESDENTADO, 1980, 164 y ss.). Sin dejar de reconocer que, no obstante la diversidad posible de reglamentos, «en todos ellos se actúa el ejercicio de la función ejecutiva en sentido amplio» (STC 18/2982, FJ 4), y comenzando con la interpretación de los arts. 12.2 y 20.4 del Estatuto de Autonomía del País Vasco, después completada con la de los preceptos correspondientes de otros Estatutos de Autonomía, el Tribunal Constitucional elaboró el **concepto material de legislación**, al que seguirá, en su jurisprudencia posterior, **la misma concepción aplicada a la noción de ejecución** (al margen de interpretaciones meramente literales, o, más precisamente, huyendo de ese tipo de interpretaciones, que indebidamente identifican «legislación» con las leyes en sentido formal y «ejecución» con los actos de aplicación). La consecuencia es que **la competencia estatal de legislación comprende la potestad reglamentaria, como también la comprende la competencia autonómica de ejecución, diferenciándose una y otra en razón de su contenido y de la finalidad de su ejercicio.**

El concepto material de legislación responde a la finalidad ya expuesta de satisfacer los principios de unidad, asegurando la regulación unitaria de la materia laboral, y de igualdad, garantizando iguales derechos y deberes laborales a las personas y los ciudadanos en todo el territorio nacional, principio a cuya satisfacción también se dirige la reserva al Estado de la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de los españoles en el disfrute de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (art. 149.1.1.^a CE). La construcción de la doctrina constitucional es bien conocida.

Contemplado el ordenamiento laboral con esa perspectiva o finalidad unitaria pierde importancia la distinción en su seno entre «Ley y Reglamento», dependiendo su respectivo ám-

bito objetivo «de la mayor o menor pormenorización del texto legal y de la mayor o menor amplitud de la habilitación implícitamente concedida para su desarrollo reglamentario» (al no existir en nuestro ordenamiento el principio de reserva de reglamento), y siendo en numerosas ocasiones, si no siempre, la relación entre las normas legales y las reglamentarias una relación de colaboración normativa (STC 18/1982, FJ 3). Por ello, el término «legislación laboral» del art. 149.1.7.^a incluye «los reglamentos tradicionalmente llamados ejecutivos», es decir, aquellos que aparecen como desarrollo de la ley y, por ende, como complementarios de la misma, pues si ello no fuera así se frustraría la finalidad del precepto constitucional de mantener una uniformidad en la ordenación jurídica de la materia, que solo mediante una colaboración entre ley y reglamento (o mediante una hipertrofia inconveniente desde el punto de vista de política legislativa) del instrumento legal puede lograrse (SSTC 18/1982, FJ 5; 360/1993, FJ 4; 95/2002, FJ 8; 190/2002, FJ 6). No ocurre lo mismo con los reglamentos organizativos, que no complementan ninguna ley («independientes» en tal sentido), aunque obviamente hallen «su fundamento último en una norma legal o constitucional» sin perder por ello su propia naturaleza (STC 18/1982, FJ 7).

En síntesis, **la expresión «legislación» está usada en el art. 149.1.7.^a en sentido amplio o material, comprendiendo tanto las leyes como los reglamentos. Los reglamentos ejecutivos y en desarrollo de la ley, y en general aquellos que afecten «a la situación o derechos de los administrados», innovando o integrando con aquella el ordenamiento laboral, son «legislación laboral» en el sentido del art. 149.1.7.^a CE y, por tanto, «la competencia para dictar [los] corresponde al Estado» (SSTC 18/1982, FF. JJ. 6, 3, 4 y 5; 51/2006, FJ 4). En el art. 149.1.7.^a CE —insistió la STC 35/1982, doctrina reiterada por la STC 57/1982, FJ 11— el término legislación «ha de ser entendido [...] en sentido material, sea cual fuere el rango formal de las normas», y «toda la legislación**

laboral así concebida está reservada al Estado por la Constitución» (FJ 2). En el mismo sentido, las SSTC 39/1982, 249/1988, y 360/1993, de 3 de diciembre, anularon, por incompetencia para su aprobación, normas **reglamentarias** dictadas por la Comunidades Autónomas vasca y catalana en materia laboral. La citada STC 39/1982 afirmó, respecto de la competencia estatal de legislación, que «el que prevalece es el concepto material y no formal constreñido a las leyes» (FJ 7). La misma argumentación se contiene en la STC 249/1988 (FJ 2): **el propósito uniformador de la regulación es el decisivo, siendo indiferente la recepción o formalización de dicha regulación —en leyes, reglamentos, órdenes ministeriales, circulares, resoluciones administrativas o, como veremos, en «acuerdos sociales» o «acuerdos tripartitos»—**. Igual doctrina se aplica a la formación profesional laboral o permanente y ocupacional en las SSTC 111/2012, FJ 7, y 194/2012, FJ 7. La diversidad de formas está cargada de consecuencias en otros planos; no en el del deslinde competencial al que responde la definición material de la competencia de legislación.

La STC 7/1985, de 25 de enero, insistió en esta doctrina destacando su **dimensión finalista**, que se reiterará de modo invariable en la jurisprudencia constitucional posterior: **las disposiciones reglamentarias estatales de carácter general cuyo propósito sea garantizar «la uniformidad pretendida en la Constitución en materia laboral en todo el territorio nacional» forman parte de la «legislación laboral», sin que puedan considerarse como simples actos de ejecución** (FF. JJ. 7 y 8). Por ello, la competencia de legislación, que es normativa, comprende «la totalidad de la potestad para la regulación de la materia a la que se contrae» (STC 196/1997, de 13 de noviembre, FJ 7). La finalidad de regulación unitaria es la razón de que se inscriba en el ámbito de la competencia estatal de legislación la previsión de destinar determinados recursos a la financiación de la formación profesional de los trabajado-

res ocupados [SSTC 95/2002, de 25 de abril, FJ 19; 190/2002, de 17 de octubre, FJ 8.a)], así como la ordenación de las condiciones y del procedimiento de concesión de ayudas en ese mismo ámbito material aún contenida en resoluciones de órganos administrativos [resoluciones de la Dirección General del desaparecido Instituto Nacional de Empleo en el caso de las SSTC 230/2003, de 18 de diciembre, FJ 5.a), y 158/2004, de 21 de septiembre, FJ 6.a)]. Esa misma finalidad **hace que los acuerdos producto del diálogo y la concertación social celebrados «por los interlocutores sociales» y el Estado sean también legislación laboral si incorporan una regulación innovadora o integradora de la materia laboral** (SSTC 95/2002, FJ 8; 7/2013).

B) Concepto material de legislación, negociación colectiva y concertación social

No se trata, obviamente, de que los acuerdos interprofesionales y los tripartitos, menos aún la negociación colectiva ordinaria, pierdan su naturaleza y funciones propias en el sistema normativo de relaciones laborales. La negociación colectiva es un instrumento autónomo de diversificación, de descentralización si se prefiere, de la regulación de las condiciones de trabajo con independencia del valor jurídico y eficacia personal de sus distintas manifestaciones, cuya función, entre otras, es procurar la adaptación de la unitaria legislación laboral del Estado a las diferentes condiciones de trabajo y a las específicas necesidades empresariales de los ámbitos, funcionales y territoriales, en que actúa. Desatender la cuestión de la forma, como hace la jurisprudencia constitucional para construir el concepto material de legislación a efectos del reparto competencial, no transmuta la naturaleza y función de la negociación colectiva, producto de la actuación de las organizaciones sindicales (y otras representaciones de los trabajadores en nuestro modelo de relaciones laborales) y empresariales, y no del

Estado. Pero si el Estado, o las Comunidades Autónomas, participan en acuerdos con las organizaciones citadas solo pueden adoptar compromisos en el ámbito de sus competencias. **El poder público no puede utilizar la concertación con los «interlocutores sociales» para ejercer funciones que no le corresponden ni, no perteneciéndole la titularidad de esas funciones, para atribuírselas o delegarlas en aquellos.** Dentro de esa construcción, la doctrina constitucional expuesta se ocupa sencillamente de señalar que también las fórmulas de concertación social se sujetan al orden constitucional y estatutario de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, sin que su naturaleza contractual impida que puedan ser objeto de una reivindicación competencial (STC 95/2002, FF. JJ. 4 y 21). Respetado ese orden constitucional de reparto territorial del poder, es patente que «nada obsta a que las organizaciones sindicales y empresariales, para cumplir los fines de defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les encomienda el art. 7 ET», puedan «regular» materias laborales —en concreto, la formación continua de los trabajadores ocupados—, recurriendo a la negociación colectiva y a la concertación social, que constituyen formas esenciales de su actuación (FJ 22), con «valor trascendente» en nuestro Estado social y democrático de Derecho que consagra el art. 1.1 de la Constitución según la jurisprudencia constitucional reconoce (STC 68/2007, de 28 de marzo, FJ 11).

La ausencia de la señalada finalidad constitucional determina, en cambio, que el acto de extensión de un convenio colectivo no esté incluido en la legislación laboral (SSTC 86/1991, de 25 de abril, y 102/1991, de 13 de mayo). A la misma razón se debe que tampoco la fijación de los servicios mínimos para garantizar los esenciales para la comunidad en caso de huelga sea legislación, y ello aunque en ocasiones esa fijación se lleve a cabo a través de disposiciones reglamentarias de carácter general (SSTC 33/1981, FJ 3; 86/1991, FJ 4). La determinación de las fiestas labora-

les de las Comunidades Autónomas es asimismo un acto de ejecución de la legislación laboral, sin que importe su forma o revestimiento normativo. La [suprimida] proclamación de los resultados de las elecciones a representantes de los trabajadores, aunque esa proclamación afecte naturalmente a derechos de estos, no conlleva «una actividad de innovación del ordenamiento jurídico» (STC 194/1994, de 28 de junio, FJ 3).

En definitiva, la Constitución y los Estatutos de Autonomía, a ella directamente subordinados, atribuyen exclusivamente al Estado la potestad de normar en lo laboral. El constituyente ha querido un grado intenso de homogeneidad de la legislación laboral al reservar la competencia de legislación plenamente al Estado. En lo que hace específicamente a la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia laboral, **el Estado es fuente única de normas laborales y puede regular** «con todo detalle, si así lo considera oportuno», **con tanto pormenor como entienda conveniente, la materia laboral**, lo que significa que «ningún espacio de regulación externa les resta a las Comunidades Autónomas» en este ámbito material (SSTC 195/1996, de 28 de noviembre, FJ 11; 111/2012, FJ 7; 22/2014, FJ 4; 81/2017, FJ 2), habida cuenta de «la exigencia de uniformidad que informa el título competencial del Estado sobre «legislación laboral»» (SSTC 227/1998, FJ 9; 244/2012, FJ 4; 178/2015, FJ 3).

En definitiva, la Constitución ha atribuido al Estado la ordenación de la materia laboral, «siendo las Cortes Generales, y no las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, las que ostentan la potestad legislativa en el ámbito laboral», entendida esta potestad de legislación en sentido material (STC 159/2016, FJ 2). No siendo posible que el Estado haga dejación de esta atribución remitiendo su ejercicio a las Comunidades Autónomas, pues las competencias tienen carácter indisponible e irrenunciable [STC 228/2012, FJ 6.j]).

Ello sin perjuicio de las posibles **competencias legislativas de las Comunidades Autónomas en materias no laborales**, aunque conexas con ellas, como veremos al exponer el significado estricto de la materia laboral en el art. 149.1.7.^a CE, según la jurisprudencia constitucional.

C) *La extensión de la competencia estatal de legislación al diseño de estructuras organizativas; la dualidad de aparatos administrativos, estatales y autonómicos*

No sin modificar la interpretación que se deducía de la jurisprudencia tradicional, o innovándola, decisiones recientes del Tribunal Constitucional —no unánimes— han ampliado el ámbito funcional de la competencia estatal de legislación a la regulación «estructuras organizativas», de organismos de ejecución, competencia de las Comunidades Autónomas. Las razones de esta extensión del campo propio de la legislación se han basado bien en la naturaleza y funciones «no ejecutivas» de esos órganos como órganos de deliberación, consulta, propuesta o asesoramiento, habilitados para la emisión de informes, recomendaciones y formulación de propuestas, bien en su adecuación a la realización de los principios de cooperación y colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas, bien en la participación, con los poderes públicos estatal y autonómicos, de los agentes sociales, bien en el favorecimiento de la adecuada articulación del ejercicio de las respectivas competencias (en materia de organización estatal del sistema y subsistemas de formación profesional, continua y ocupacional y nacional de empleo, de seguridad y salud en el trabajo) [SSTC 244/2012, FJ 8; 95/2013, FJ 5; 88/2014; 112/2014, FJ 6.a); 123/2014, FJ 8; 198/2015, FJ 4].

El límite que esa jurisprudencia opone a esta nueva evolución de la competencia de legislación laboral es que esta legislación «ejecutiva» no sustituya el ejercicio de las competen-

cias de ejecución autonómicas, indisponibles e irrenunciables, que comprenden la potestad de autoorganización de sus propias estructuras organizativas. No puede, pues, esa legislación estatal producir un efecto sustitutivo, excluyente, de las potestades de ejecución autonómicas, que, como veremos, también en un sentido material, comprenden la creación y regulación de sus propios aparatos ejecutivos y la atribución de funciones ejecutivas y, naturalmente consultivas y de asesoramiento, que se inscriben en el campo de la ejecución. Pero, inevitablemente, de esta jurisprudencia resulta una dualidad de Administraciones ejecutivas contra la que en todo momento —salvo algún precedente antiguo— y en distintos ámbitos materiales se había manifestado el Tribunal Constitucional por entender que esa «mera previsión» alteraba el reparto competencial, constitucional y autonómico.

2. La competencia de ejecución de las Comunidades Autónomas: el concepto material de ejecución

A) *Las potestades ejecutivas de las Comunidades Autónomas; los reglamentos organizativos y reguladores de la competencia de ejecución*

A las Comunidades Autónomas se confieren, según el propio precepto constitucional y sus Estatutos, potestades de ejecución no reglamentarias para el desarrollo de las leyes. **La competencia de ejecución lo es de aplicación de la legislación laboral del Estado en los términos y contenidos fijados por dicha legislación (leyes y reglamentos generales de desarrollo, vinculantes para las Comunidades Autónomas).** Como ha dicho el Tribunal Constitucional, las competencias ejecutivas «son por regla general aplicativas, llevando a la práctica lo establecido por disposiciones normativas» (STC 196/1997, de 13 de noviembre, FJ 7). **Esa competencia ejecutiva se sirve de potestades reglamentarias,** pues los Estatutos de Autonomía no cierran «totalmente el camino a la potes-

tad reglamentaria» de las Comunidades Autónomas (STC 18/1982, FJ 5), **y propiamente administrativas, inspectoras y sancionadoras.**

Por contraste con el concepto de legislación, **la potestad reglamentaria de ejecución comprende los reglamentos organizativos o administrativos,** «internos de organización de los servicios», que son aquellos «que, todo lo más, alcanzan a normar las relaciones de la Administración con los administrados en la medida en que ello es instrumentalmente necesario por integrarse estos de una u otra forma en la organización administrativa, pero no los derechos y obligaciones de estos en aspectos básicos o con carácter general» (STC 18/1992, FJ 4). De forma que si la potestad autonómica de ejecución «tiene ámbitos reglamentarios reconocidos», dichos ámbitos están referidos «a lo «orgánico», calificando aún más aquellos por la referencia a los reglamentos internos» (STC 39/1982, FJ 8), dentro de los que deben incluirse los que afectan a la mera estructuración interna de la organización administrativa (STC 360/1993, FJ 4). La potestad reglamentaria de ejecución actúa en la «estructuración interna de la organización administrativa» (STC 196/1997, FJ 7).

Mediante el ejercicio de esta potestad reglamentaria las Comunidades Autónomas organizan los servicios transferidos por el Estado, integrándolos en su organización propia, al fin de hacer efectivo el ejercicio de su competencia de ejecución de la legislación laboral del Estado. Al hacerlo deben respetar los preceptos que acerca de la composición de dichos servicios, de «su estructura y sus funciones contenga la legislación laboral» (STC 35/1982, FJ 3). **Pueden también las Comunidades Autónomas** —en ejercicio de sus competencias estatutarias «exclusivas» de organización de sus instituciones de autogobierno— **crear instituciones propias para ejecutar los servicios encomendados,** distintas de las transferidas por el Estado y de las previstas en la legislación laboral y distintas también de las expresamente pre-

vistas en sus Estatutos de Autonomía. A través de este aparato administrativo propio las Comunidades Autónomas, dotadas constitucionalmente de autonomía política, pueden «orientar su acción de gobierno en función de una política propia» en materia de ejecución de la legislación laboral del Estado. Y elegir determinados objetivos políticos, administrativos, sociales y económicos en virtud de su autonomía financiera, de la que también gozan *ex Constitutione* (por todas, STC 13/1992, FJ 7). Pero aun teniendo mayor libertad de acción que respecto de los servicios estatales transferidos, tampoco pueden encargar a sus instituciones propias que creen «el ejercicio de competencias que la propia Comunidad Autónoma no tiene, ni atribuirles facultades que corresponden a los órganos previstos en la legislación laboral, ni en ningún caso encomendarles tareas que impliquen directamente violación o desconocimiento de tal legislación» (STC 35/1982, FJ 3).

Esta potestad de autoorganización instrumental a la competencia de ejecución de la legislación laboral del Estado se sirve, como se ha dicho, de la correspondiente potestad reglamentaria formalizada en los reglamentos internos o de organización. **La potestad reglamentaria autonómica abarca asimismo la regulación de la propia competencia de ejecución y de sus funciones**, o lo que es lo mismo, alcanza a la regulación de la aplicación de la legislación laboral estatal y de las facultades e instrumentos de esa aplicación (SSTC 95/2002, FJ 9; 158/2004, FJ 5; 51/2006, FF. JJ. 4 y 7; 81/2017, FJ 2). Sin embargo, **esa ordenación normativa de la competencia de ejecución y de la organización administrativa autonómicas también puede expresarse a través de cualesquiera otras normas autonómicas con independencia de su rango, las leyes incluidas por tanto, pues, como ha dicho también el Tribunal Constitucional, «los límites competenciales» de las Comunidades Autónomas «hacen referencia al contenido de sus disposiciones, no a su forma»** (SSTC 35/1982, FJ 2; 27/1983,

de 20 de abril, FF. JJ. 2 y 3; 7/1985, FJ 9; 249/1988, FJ 2).

Sobre este **entendimiento material, y no formal, de la competencia autonómica de ejecución** insistirá también la jurisprudencia constitucional posterior. Señaladamente, las SSTC 86 y 102/1991 afirmaron que «la forma» no es criterio relevante para la determinación de la naturaleza de los actos jurídicos, cuya calificación como «actos normativos», o, por el contrario, como simples «actos internos», ha de hacerse «a partir de su contenido» y finalidad constitucional de «mantener una uniformidad en la ordenación jurídica de la materia» laboral (STC 86/1991, FJ 3). De modo que si la competencia estatal de legislación ha de ser entendida material y finalmente (en atención a su carácter material y finalmente normativo), lo mismo sucede con la autonómica de ejecución (en atención a su condición material y final propiamente ejecutiva de la legislación estatal). En el ejercicio de sus competencias ejecutivas de la legislación laboral del Estado, las Comunidades Autónomas pueden servirse de **actos normativos**, continentes meros de actos administrativos, o de **verdaderos actos de naturaleza normativa**. Pero, en este último caso, siempre que material y finalmente no excedan la esfera competencial de ejecución, invadiendo la estatal de legislación, que tiene por finalidad innovar o integrar con carácter general y unitario el ordenamiento jurídico laboral. La potestad normativa y la acción de gobierno de las Comunidades Autónomas, acompañada en su caso del desarrollo de una política propia en materia laboral o de relaciones laborales, son, en virtud de su contenido y finalidad, las correspondientes a la ejecución de la legislación laboral del Estado.

Interpretando el art. 112 del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006, que atribuye a la competencia autonómica de ejecución, además de la función ejecutiva, la potestad reglamentaria que «comprende la aprobación de disposiciones para la ejecución de la normativa del Estado», la STC 31/2010 volvió a afir-

mar que esa potestad normativa es de carácter funcional y ha de entenderse «limitada a la emanación de reglamentos de organización interna y de ordenación funcional de la competencia ejecutiva autonómica» (FJ 61 y fallo 3.º; STC 244/2012, FJ 4).

Al campo de la competencia de ejecución pertenecen asimismo:

— **Las potestades propiamente administrativas o de gestión con su correspondiente dimensión económico-financiera**, esto es, con la percepción y disposición por las Comunidades Autónomas de los correspondientes fondos públicos destinados a la financiación de esa gestión [debidamente territorializados, en su caso mediante normas que fijen criterios objetivos de reparto o mediante convenios de colaboración: STC 13/1992, FJ 8.b)].

— **Las potestades de información, consulta, asesoramiento o proposición**, que entran por derecho propio en el ámbito ejecutivo y no en una inexistente tierra de nadie o de todos.

— **Las potestades inspectoras**, que las Comunidades Autónomas ejercen a través del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y en concreto a través del Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social, de carácter nacional, y del Cuerpo de Subinspectores Laborales, también con habilitación nacional (art. 3 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social), cuyos funcionarios funcionalmente dependen en materia de legislación laboral de las Administraciones autonómicas y orgánicamente de la Administración General del Estado o de las Administraciones autonómicas con funciones y servicios traspasados en materia de función pública inspectora (art. 4.3 de la Ley 23/2015); sin que aquella dependencia orgánica pueda interferir la actuación de los inspectores «al servicio y bajo la dependencia funcional» de las Administraciones autonó-

micas (STC 249/1988, FJ 1), y sin que la Constitución y los Estatutos de Autonomía exijan ni impidan que las Comunidades Autónomas se doten «de su propio servicio de inspección», y que eventualmente este actúe, «en el ámbito competencial que le corresponda» (STC 195/1996, FJ 16), ya que corresponde a su competencia de ejecución autonómica la ordenación de la organización y funcionamiento de los servicios de inspección y sanción dirigidos al cumplimiento de la legislación laboral (STC 249/1988, FJ 3), pudiendo la legislación laboral del Estado garantizar la igualdad de la modalidad de organización de la acción inspectora (STC 31/2010, FJ 106).

— **Y las potestades sancionadoras**, que entran, «indiscutiblemente, en el orden de la ejecución» (SSTC 102/1985, FJ 1; 249/1988, FJ 3; 185/1991, FJ 4; 195/1996, FJ 8; 51/2006, FJ 4).

B) *El principio de territorialidad de las competencias ejecutivas, sin perjuicio de sus efectos extraterritoriales; la excepcionalidad de la ejecución estatal supraautonómica, no tan excepcional en numerosas ocasiones con el consiguiente desplazamiento de las competencias ejecutivas autonómicas al Estado*

El ejercicio de las competencias ejecutivas autonómicas se limita, naturalmente, a su propio ámbito territorial, sin perjuicio de los posibles efectos extraterritoriales de dicho ejercicio. Así, en efecto, las Comunidades Autónomas no son competentes para ejecutar el registro, depósito y publicación de convenios colectivos de «ámbito territorial de aplicación superior al de la acción de la Generalidad al que desbordan» (SSTC 48/1982, de 12 de julio, FF. JJ. 2 y 3; 85/1982, de 23 de diciembre, FJ 4). En consecuencia, **el Estado retiene excepcionalmente competencias de ejecución de su legislación laboral cuando dicha ejecución trascienda el ámbito territorial autonómico afectando inseparablemente a varias (o a to-**

das las) Comunidades Autónomas y no sea posible la fijación por la legislación del Estado de los oportunos puntos de conexión que permita el ejercicio de las competencias autonómicas, **la actividad pública de que se trate no admita su fraccionamiento** ni siquiera a través de mecanismos de cooperación o coordinación, **o acaezca una situación de peligro inminente de daños irreparables** (estado de necesidad) (SSTC 194/2001, FJ 5; 95/2013, FJ 9; 22/2014, FJ 7; 27/2014, FJ 4; 179/2016, FJ 2). Salvo en estos supuestos excepcionales, si la extraterritorialidad de los efectos de las competencias autonómicas de ejecución determinase automáticamente el desplazamiento de la competencia ejecutiva al Estado, este se reservaría ilegítimamente la utilización del principio de supraterritorialidad como principio delimitador de competencias fuera de los casos expresamente previstos por el bloque de la constitucionalidad (SSTC 194/2011, FJ 5; 81/2017, FJ 5).

Según la jurisprudencia constitucional, el informe preceptivo de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos en la extensión de convenios colectivos de ámbito supracomunitario no menoscaba las competencias autonómicas de ejecución (STC 17/1986, de 4 de febrero); tampoco la proclamación (registro y certificación en la actualidad) por la Administración del Estado de los resultados electorales globales de las elecciones a representantes de los trabajadores, aunque siempre a partir de la proclamación (registro y certificación) efectuada por las Comunidades Autónomas de los resultados electorales de su ámbito territorial (STC 1994/1994, FJ 4). Sí, por el contrario, el informe preceptivo y vinculante de la Comisión General para la Formación Continua respecto de la concesión de ayudas para el desarrollo de planes de formación (para trabajadores públicos) en el marco del Acuerdo de Formación Continua en las Administraciones Públicas (STC 228/2003, FJ 10); la atribución a un órgano estatal de la facultades para adoptar las resoluciones relacionadas con el cumpli-

miento alternativo de la cuota de reserva del 2 por 100 a favor de los trabajadores discapacitados en empresas de cincuenta o más trabajadores con centros de trabajo en más de una Comunidad Autónoma (STC 194/2011, FJ 6); la gestión centralizada o no territorializada injustificadamente de ayudas estatales para la formación de personal al servicio de las Administraciones locales (STC 225/2012, FJ 6); la atribución al Servicio Público de Empleo Estatal de la concesión y pago de las subvenciones destinadas a la realización de acciones complementarias de investigación, de estudios de carácter sectorial y multisectorial y de productos y herramientas innovadores relacionados con la formación continua, cuando dichas acciones afecten a un ámbito territorial superior al de una Comunidad Autónoma (SSTC 244/2012, FJ 7; 16/2013, FJ 8; 35/2013, FJ 7); la concesión por el Servicio Público de Empleo Estatal de la autorización del acuerdo para la actividad formativa cuando una misma empresa realice contratos para la formación y el aprendizaje en más de una Comunidad Autónoma, así como la realización del seguimiento y evaluación de dicha actividad por el Servicio Público de Empleo Estatal (STC 27/1984, FJ 5); la gestión centralizada de las subvenciones a las acciones de investigación e innovación por el Servicio Público de Empleo Estatal cuando dichas acciones no afecten al ámbito territorial exclusivo de una Comunidad Autónoma [SSTC 88/2014, FJ 10; 112/2014, FJ 6.g); 123/2014, FJ 7.b); 176/2014, FJ 3.g); 198/2014, FJ 5.b)]; la asignación al Servicio Público de Empleo Estatal de las funciones de autorización de la plataforma virtual de aprendizaje a través de la cual se desarrolla la teleformación referida a los certificados de profesionalidad, de «acreditación de los centros» que impartan la formación conducente a la obtención de un certificado de profesionalidad en la modalidad de teleformación, de autorización, evaluación, seguimiento y control de las acciones formativas impartidas en la modalidad de teleformación cuando, no siendo financiadas con fondos públicos, se desarrollan por empresas y centros de iniciativa privada [STC 61/2015,

FJ 4.a), b) y c)]; la convocatoria directa por el Servicio Público de Empleo Estatal de la concesión de subvenciones para la realización de programas específicos de formación e inserción laboral a favor de los jóvenes desempleados en situación o con riesgo de exclusión social, de ámbito territorial superior al de una Comunidad Autónoma (SSTC 78/2014, FJ 8; 178/2015); las competencias conferidas al Servicio Público de Empleo Estatal de acreditación e inscripción de entidades de formación para la modalidad de teleformación, de centros móviles, y de entidades de formación que dispongan de instalaciones y recursos formativos permanentes, cuando los centros presenciales y móviles estén ubicados y desarrollen su actuación formativa en más de una Comunidad Autónoma (STC 81/2017, FJ 5).

Dado el «alto grado» de unidad de la regulación de la materia laboral, y, consiguientemente, de igualdad de los ciudadanos en la titularidad y disfrute de sus derechos laborales, que garantiza la reserva a la competencia exclusiva del Estado de la legislación laboral, **la permanencia en el Estado de facultades ejecutivas o aplicativas ha de ser excepcional, debiendo apreciarse esa excepcionalidad de forma marcadamente restrictiva** (SSTC 195/1996, FJ 11; 211/2012, FJ 5; 198/2015, FJ 3). Así, a propósito de las exigencias para la constitución por el Estado de fondos nacionales laborales y de fondos nacionales de empleo que enervan las competencias ejecutivas de las Comunidades Autónomas y sus rasgos formales caracterizadores no identificables con su «regulación sustantiva» ni con los dispositivos financieros ordinarios destinados a la gestión de la legislación laboral (STC 95/2002, FJ 13).

No obstante, la atribución por el Estado de la condición de Administración competente a las autonómicas «cuando las empresas beneficiarias tengan todos sus centros de trabajo en el ámbito de una Comunidad Autónoma», y al Servicio Público de Empleo Estatal, «cuando las empresas beneficiarias tengan sus centros de trabajo en más de una Comuni-

dad Autónoma», fue considerada constitucional por las SSTC 244/2012 y 95/2013, FJ 7, entre otros muchos ejemplos. De ellos, los más significativos son los que justifican la retención de competencias de ejecución por el Estado en la financiación de acciones del sistema de formación profesional continua, ya por el carácter estatal de los destinatarios de las ayudas (confederaciones empresariales y/o sindicales más representativas en el nivel estatal; planes amparados en la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal; federaciones y confederaciones de cooperativas, sociedades laborales y asociaciones de trabajadores autónomos con implantación en el ámbito estatal), ya por el contenido y naturaleza de las acciones formativas financiadas (formación de carácter intersectorial; atención a necesidades formativas en aspectos transversales u horizontales en varios sectores de la actividad económica; formación a empresas de diferentes sectores productivos y situadas en diferentes Comunidades Autónomas, etc.), ya por su extensión a empresas multicéntricas a más de una Comunidad Autónoma, ya por la necesidad de una acción de ejecución coordinada y homogénea [SSTC 244/2012, FJ 7; 88/2014, FJ 6; 143/2014; 198/2014, FJ 5.b); 185/2015, FJ 4; 81/2017, FJ 6]. Esta jurisprudencia **normaliza la ejecución estatal de cuestiones de ámbito supraterritorial** que lo son sencillamente porque el propio Estado, al configurar la financiación de estas acciones, así lo ha querido en un ejercicio de voluntarismo político-legislativo, por mucho que se revistan de exigencias objetivas de coordinación homogénea y de fraccionamiento imposible.

La centralización de la ejecución de los planes de formación profesional para trabajadores ocupados mediante convenios de ámbito nacional lleva por consecuencia la **centralización de las subvenciones**, mediante el acogimiento de uno de los supuestos excepcionales de la STC 13/1992, con lo que la excepcionalidad de la ejecución estatal centralizada se normaliza en materia de formación profesional continua, y de medidas, acciones

y programas gestionados por el Servicio Público de Empleo Estatal, por necesidad de ámbito geográfico supraautonómico, financiados con fondos presupuestarios no territorializables por decisión del legislador laboral, que considera que el grado de homogeneidad exigido en su gestión solo puede garantizarlo una única Administración, «forzosamente el Estado [...] ente supraordenado con capacidad de integrar intereses contrapuestos de sus componentes parciales» [SSTC 22/2014, FF. JJ. 4 a 7; 179/2016, FJ 2.d); 194/2016, FJ 2.b); 43/2017, FJ 6].

La excepcionalidad de la ejecución estatal de la legislación laboral —y en materia de empleo— sobre la base de la existencia de eventuales efectos supraterritoriales se ha diluido en un **método de apreciación o ponderación casuística** que explica bien la STC 81/2017, FJ 3, a cuyo tenor «se deberá valorar en cada caso si concurre la excepción que justifica la asunción de la competencia por el Estado», atendiendo tanto a los argumentos aportados por el Estado para fundamentar dicha excepcionalidad en la asunción de funciones ejecutivas [...], como a que se establezca un criterio de delimitación competencial congruente con el régimen jurídico de la materia de que se trate [...] (STC 81/2017, FJ 3, con cita de las SSTC 194/2011, FJ 6, y 95/2013, FJ 7).

Desde luego, la supletoriedad no justifica una actuación administrativa ejecutiva del Estado en ámbitos de competencia autonómica [STC 228/2012, FJ 6.j)].

C) *La ejecución autonómica de la legislación laboral del Estado como regla; diversidad aplicativa de una legislación unitaria*

De lo expuesto se concluye que **las Administraciones de las Comunidades Autónomas son las ejecutoras ordinarias de la legislación laboral en sus territorios**. En síntesis, como ha dicho la STC 194/1994, la

actividad de ejecución de las Comunidades Autónomas comprende «el desarrollo del conjunto de actuaciones preciso para la puesta en práctica de la normativa reguladora del conjunto del sistema de relaciones laborales» (FJ 3; STC 51/2006, FJ 4; 211/2012, FJ 5; 95/2013, FJ 4; 27/2014, FJ 3; 81/2017, FJ 2), siendo la competencia autonómica de ejecución de la legislación laboral «la regla» que resulta del art. 149.1.7.^a CE y de los Estatutos de Autonomía (STC 95/2002, FJ 9). Todo ello sin perjuicio, como ha quedado dicho, de la utilización por las Comunidades Autónomas de disposiciones de naturaleza normativa para la regulación y realización de su propia competencia funcional de ejecución (y de sus potestades administrativa, inspectora y sancionadora) y para la organización de los servicios necesarios para su ejercicio. Una cierta dimensión normativa, se insiste en ello, es asimismo propia de la competencia autonómica de ejecución según la jurisprudencia constitucional.

No obstante la alta inspección del Estado sobre el ejercicio por las Comunidades Autónomas de sus competencias ejecutivas (inspección recogida por varios Estatutos de Autonomía y que ha de ejercerse sin mengua para la autonomía ejecutiva y las potestades de dirección política de las Comunidades Autónomas: SSTC 18/1982, FJ 5; 35/1982, FJ 2; 48/1982, FJ 2; 76/1983, de 5 de agosto, FJ 12; 194/1994, FJ 4) y el deber general de colaboración al que están sujetos el Estado y las Comunidades Autónomas (y «que no es preciso justificar en preceptos concretos, porque es de esencial al modelo de organización territorial del Estado implantado por la Constitución», siendo especialmente necesario en supuestos de concurrencia de títulos competenciales en los que deben buscarse aquellas soluciones con las que se consiga optimizar el ejercicio de ambas competencias: SSTC 18/1982, FJ 14; 244/2012, FJ 8; 88/2014, FJ 11), la «**potencial diversidad aplicativa**» de la legislación laboral es «**consustancial con el Estado de las Autonomías**» y no contradice el art. 149.1.1.^a CE (precepto

que, por lo demás, opera en el plano de la regulación y no en el de la ejecución), «dada la intensidad de la competencia normativa conferida al Estado por el art. 149.1.7 CE» (STC 195/1996, FJ 11). Su límite es precisamente el respeto de la competencia autonómica de ejecución, que lleva ínsita la de regulación y organización del ejercicio de las funciones ejecutivas (SSTC 194/1994; 95 y 190/2002, 228 y 230/2003, 158/2004, 51/2006).

Ya quedó dicho que son actos de ejecución de la legislación laboral estatal los de **determinación de las fiestas laborales en las Comunidades Autónomas**, de **extensión de convenios colectivos de ámbito infraautonómico y autonómico**, y de **fijación de normas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales para la comunidad en caso de huelga**. En este último supuesto es competente para efectuar tal fijación la autoridad gubernativa de la Comunidad Autónoma —o, en su caso, del Estado— que tenga la titularidad de la competencia sobre los servicios afectados y, por ello, la responsabilidad política sobre su gestión y funcionamiento (SSTC 233/1997; 124/2013). Otro tanto sucede con la proclamación/certificación de los resultados electorales de las denominadas «elecciones sindicales» (STC 194/1994, FJ 3; recordatorio de esta calificación en la STC 43/1996, de 14 de marzo, FJ 2).

Pertenece asimismo a la competencia autonómica de ejecución la organización y gestión de la formación profesional continua, sin que el Estado pueda retener medidas ejecutivas transfiriéndolas a las organizaciones sindicales y empresariales y a las instituciones por ellas creadas (SSTC 95/2002, 190/2002, 228/2003, 230/2003, 158/2004); la regulación de la organización y desarrollo de la actividad inspectora y del procedimiento sancionador de las infracciones empresariales en el orden social en materia laboral y, como se señaló, el ejercicio de la potestad sancionadora en el mismo ámbito material (SSTC 195/1996 y 51/2006); la regulación, la autorización y con-

trol de las agencias de colocación con sede en la Comunidad Autónoma (STC 31/2010, FJ 106); la regulación del funcionamiento de las comisiones de evaluación de la gestión del plan nacional de formación e inserción profesional encargadas de realizar las pruebas conducentes a la obtención del certificado de profesionalidad (STC 194/2012, FJ 8); la imposición de los modelos de impresos o de la aplicación informática que hayan de utilizarse por los obligados a notificar a la autoridad laboral autonómica los accidentes de trabajo, y el establecimiento de la obligación de remisión directa a los órganos centrales del Estado de las informaciones y documentos relativos a dicha notificación (STC 211/2012, FJ 6); las funciones conferidas por el IV Acuerdo de formación continua en las Administraciones públicas a la comisión general para la formación continua en relación con la aprobación de la solicitud y modificación de los planes interadministrativos, su seguimiento y control, y resolución de las discrepancias surgidas en su negociación (STC 7/2013, FJ 5).

Al atribuirse esas funciones ejecutivas al Estado se vulneraron las competencias autonómicas, lo que también sucedió al imponerse la sujeción de la actividad formativa de las empresas al cumplimiento de las condiciones o criterios fijados por la Fundación Estatal para la Formación en el Empleo, al exigirse la comunicación a la citada Fundación de determinadas actuaciones procedimentales, y al reconocerse la facultad de dicha Fundación Estatal de requerir documentación, proceder a la publicación telemática de la misma, y ejercer actividades de control, por una Orden Ministerial reguladora de la financiación de las acciones de formación continua en las empresas, incluidos los permisos individuales de formación (STC 95/2013, FJ 5).

La autorización de trabajo de los extranjeros cuya relación laboral se desarrolle en Cataluña pertenece a su competencia ejecutiva a tenor de lo dispuesto en el ap. 2 del art. 138 de su Estatuto de Autonomía, que ha de ejercer «en necesaria coordinación con la que

corresponde al Estado en materia de entrada y residencia de extranjeros». Comprende la tramitación y resolución de las autorizaciones iniciales de trabajo por cuenta propia o ajena y de los recursos presentados frente a aquellas, su inspección y sanción (STC 31/2010, FJ 83).

3. El significado estricto de la materia laboral; la separación del empleo y de otras materias conexas

A) *La legislación laboral como reguladora del contrato de trabajo, del trabajo dependiente y por cuenta ajena, y de las relaciones laborales, en los sectores privado y público*

El contenido propio de la materia laboral es, sin embargo, restringido en el entendimiento de la jurisprudencia constitucional. La tantas veces citada STC 35/1982 fijó el **significado material estricto de lo laboral**: «El concepto de «legislación laboral», cuyo primer término tiene la considerable fuerza expansiva que ya hemos señalado, no puede ser entendido también como potencialmente ilimitado en función del segundo, cosa que inevitablemente sucedería si el adjetivo «laboral» se entendiera como indicativo de cualquier referencia al mundo del trabajo. **Es por ello forzoso dar a ese adjetivo un sentido concreto y restringido**, coincidente por lo demás con el uso habitual, como **referido solo al trabajo por cuenta ajena, entendiendo**, por consiguiente, **como legislación laboral aquella que regula directamente la relación laboral**, es decir, para recoger los términos de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, la relación que media entre los trabajadores que presten servicios retribuidos por cuenta ajena y los empresarios a favor de los que y bajo la dirección de quienes se prestan estos servicios, con las exclusiones y excepciones que en dicha Ley (art. 1.3) se indican» (FJ 2). La Ley en que se apoya la interpretación citada no es otra que la Ley del Estatuto de los Trabajadores prevista en el art. 35.2 CE

(aprobado el vigente Texto Refundido de dicha Ley por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, con base en la competencia estatal de legislación laboral del art. 149.1.7.^a CE: disp. final 1.^a). La STC 57/1982 añadió que es básica en la legislación estatal vigente —en aquel momento y en la actualidad— la separación entre este personal laboral y el personal funcionario (FJ 11), comprendiéndose, como es patente, **las condiciones de trabajo del personal laboral al servicio de las distintas Administraciones públicas y del sector público** en el ámbito material estricto de la legislación laboral. Ante la dificultad ocasionada por alguna regulación legal sobre este personal al servicio de las Administraciones autonómicas, donde están en juego las competencias autonómicas autoorganizativas, el Tribunal Constitucional ha llamado en auxilio de la competencia estatal de la legislación laboral a la competencia estatal de regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (art. 149.1.1.^a; STC 158/2016, FF. JJ. 3 y 4), sin dejar de lado la competencia estatal de ordenación general de la economía (art. 149.1.13.^a) en su aplicación a las retribuciones del personal del sector público.

La misma concepción estricta acogió la STC 39/1982, que brinda la calificación de materia laboral «a una regulación que tiene en el Estatuto de los Trabajadores su régimen a nivel de ley», asegurando que «la calificación de laboral, en cuanto referida a **institutos jurídicos referentes al trabajo por cuenta ajena**, no es algo que fundadamente pueda incluirse en zonas inciertas o dadas al equívoco» (FJ 9). Y la STC 7/1985, según la cual son laborales las normas que «afecten a los elementos esenciales del contrato de trabajo: la prestación de servicios y la contraprestación económica», pronunciándose en concreto sobre el **régimen legal de las fiestas laborales** (FJ 2). También es laboral, en la doctrina de la STC 249/1988, primera que procedió a efectuar la

operación de separación de la materia laboral de la de empleo, la regulación de **la contratación de duración determinada o temporal** y la verificación de su cumplimiento por los empresarios, aunque esa contratación lo sea de fomento del empleo, ya que «la finalidad de la medida no excluye la naturaleza laboral de la materia a la que se refiere», que tiene «efecto directo en el plano del contrato de trabajo» (FJ 5).

Las SSTC 360/1993 (FJ 4), 195/1996 (FJ 11) y 95/2002 (FJ 8) reiteraron la misma definición estricta de la materia laboral: es laboral la regulación de **causas de extinción de los contratos de trabajo**, pese a que esa regulación se produzca en el marco de una política de rehabilitación de extoxicómanos con la finalidad de fomentar su empleo (STC 360/1993, FJ 4); a la materia de legislación laboral pertenece «indudablemente [...] el subsector de **seguridad e higiene y salud en el trabajo**» y **de prevención de riesgos laborales** (SSTC 195/1996, FJ 11; 211/2012, FJ 5; 198/2015, FJ 3), así como **el tiempo de prestación de servicios**, el tiempo de trabajo (SSTC 7/1985, FJ 2; 228/2012, FJ 3; 99/2016, FJ 7; 158/2016, FJ 3; 43/2017, FJ 5).

Materia laboral es **la formación profesional continua**, pues concierne «a un concreto derecho de los trabajadores en el seno de la relación laboral, como el reconocido en el art. 4.2 del Estatuto de los Trabajadores» y «desarrollado en el art. 23 del mismo texto legal, que hace efectivo tal derecho mediante el disfrute de permisos para concurrir a exámenes y la preferencia para elegir turno de trabajo, así como a través de la adaptación de la jornada ordinaria laboral [...], o bien mediante la concesión del permiso «de formación o perfeccionamiento profesional con reserva del puesto de trabajo»» [SSTC 95/2002, FF. JJ. 6 y 8; 190/2002, FF. JJ. 5 y 6; 228/2003, FJ 8; 230/2003, FJ 4.a); 158/2004, FJ 5.a); 111/2012, FJ 7; 244/2012, FJ 4; 16/2013, FJ 3; 35/2013, FF. JJ. 3 a 5; 37/2013, FJ 4; 62/2013, FJ 3; 65/2013, FJ 3; 95/2013, FJ 4; 88/2014, FJ 3].

Ciertamente hay **excepciones** en el encuadramiento de la formación profesional, en su modalidad continua, en la materia «legislación laboral». Las acciones formativas realizadas en el ámbito de las Administraciones públicas han de encuadrarse en las materias «bases... del régimen estatutario de sus funcionarios» o «legislación laboral», según que la relación de los empleados públicos con la Administración sea de carácter funcional, estatutario o laboral. En el régimen estatutario de los funcionarios públicos corresponde al Estado dictar la normativa básica (art. 149.1.18.^a CE), y, su caso, a las Comunidades Autónomas sus competencias estatutarias exclusivas sobre el régimen estatutario del personal al servicio de su propia Administración y sobre la ordenación y la organización de la función pública, y compartidas para el desarrollo de los principios ordenadores del empleo público (SSTC 190/2002, FJ 8; 1/2011, FJ 5; 111/2012, FJ 7; 225/2012, FJ 3; 244/2012, FJ 4; 7/2013, FJ 3). Y ha de estarse al ámbito en el que se desenvuelven las actividades formativas de los trabajadores y funcionarios ocupados en cada caso para determinar el encuadre material que resulte procedente y la distribución competencial que al mismo corresponda: así, la formación del personal sanitario en la materia sanidad (SSTC 1/2011, FJ 5; 111/2012, FJ 7), la del personal docente, en la materia de enseñanza [STC 184/2012, FJ 7.c)].

No descarta la jurisprudencia constitucional que el Estado pueda apelar al título competencial del art. 149.1.13.^a CE para expandir el círculo de los beneficiarios de la formación continua hasta alcanzar a colectivos de trabajadores que no son propiamente trabajadores ocupados ni asalariados, pero el título prevalente, con las excepciones dichas, es legislación laboral al comprenderse en ella el núcleo de la regulación material (SSTC 244/2012, FJ 4; 37/2013, FJ 4; 62/2013, FJ 3; 65/2013, FJ 3; 88/2014, FJ 3; 112/2014, FJ 3; 143/2014, FJ 3).

B) *La ampliación de la legislación laboral estricta a cuestiones conexas con el empleo ante su importancia creciente, y sus fronteras inseguras vinculadas a criterios materiales y económicos*

Es cierto que, previamente, **la STC 195/1996 se vio en la necesidad de ampliar esa estricta delimitación a la vista de los cambios de contenido experimentados por la legislación laboral**, considerando que **las materias de colocación, empleo, ayudas de fomento del empleo y formación profesional ocupacional** también se comprenden «con toda claridad [...] en la materia «legislación laboral»». Pues si bien la propia sentencia citada explica que ello es así porque los preceptos de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social de 1988 que procedían a tipificar las infracciones empresariales en las materias dichas —de empleo, ayudas de fomento del empleo en general y formación profesional ocupacional, separadas de las infracciones en materia de relaciones laborales— tipificaban «las infracciones de deberes y prohibiciones legalmente impuestas a los empresarios —principalmente por el Estatuto de los Trabajadores [...]— respecto de las actividades de contratación laboral en sus diversas fases o estadios», también lo es que su argumentación concluye con generalidad que «las acciones de estímulo a la contratación laboral en sus distintas modalidades se insertan sin dificultad en dicho título [competencial], el cual ha de tenerse asimismo por prevalente en lo que atañe **a los incentivos a la formación profesional ocupacional**» (FJ 5).

La jurisprudencia constitucional posterior, ya citada, volvió a la concepción estricta de lo laboral. En concreto la STC 95/2002, pronunciándose sobre las reservas al Estado de «todas las competencias», por tanto de la competencia de ejecución, sobre migraciones interiores y exteriores y sobre fondos de ámbito nacional y de empleo efectuadas por el primer Estatuto catalán, dejó dicho que estos ámbitos materiales «desbordan los lími-

tes de lo que se viene entendiendo como régimen o materia laboral, siquiera guarden conexión con esta, para incidir en sectores que requieren de los poderes públicos determinadas políticas de carácter socio-económico, ya sea para favorecer la colocación de trabajadores en los casos de desplazamientos de estos (materia de competencia exclusiva del Estado en el caso de la migraciones exteriores, art. 149.1.2.^a CE), o bien se trate de movilizar recursos financieros destinados a regular el mercado laboral y el pleno empleo. Se trata, por tanto, de medidas que inciden en el mercado de trabajo globalmente considerado, dando cumplimiento a la directriz contenida en el art. 40.1 *in fine* CE, y que tienen tras de sí el respaldo competencial del art. 149.1.13.^a CE, que atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica» (FJ 11). No debe dejar de decirse que esta sentencia **no optó explícitamente por la calificación de materia laboral para la formación profesional ocupacional (para desempleados), aunque rechazase su incoordinación en la política de empleo** respecto de la que la consideró «aspecto tangencial o secundario» (FJ 7). La doctrina se reitera en la serie jurisprudencial integrada por la sentencia citada y las posteriores SSTC 190/2002, 230/2003 y 158/2004.

Sin embargo, la jurisprudencia última no ha dudado en adscribir **la formación profesional ocupacional a la materia legislación laboral**, por su escasa relevancia económica, considerada, como la formación continua para trabajadores ocupados, «formación profesional para el empleo», pues, reiterando lo dicho por la STC 195/1995, FJ 5, «las acciones de estímulo de la contratación laboral en sus distintas modalidades se insertan sin dificultad en el título del art. 149.1.7 CE», lo que enlaza con aspectos de la política de empleo (SSTC 111/2012, FJ 7; 194/2012, FJ 4; 244/2012, FJ 4; 61/2015, FJ 2; 178/2015, FJ 3). Ello sin perjuicio de las relaciones de la formación profesional ocupacional con la mencionada política de empleo (art. 40.1 CE) y con la

competencia del Estado sobre bases y coordinación de la actividad económica, **si bien con carácter específico y complementario** (SSTC 95/2002, FJ 11; 111/2012, FJ 7; 88/2014, FJ 3; 123/2014, FJ 3; 143/2014, FJ 3).

Tampoco ha dudado la jurisprudencia constitucional más reciente en encuadrar **las ayudas de acompañamiento** de los programas «Prepara» y de «Activación para el Empleo», destinados a parados de larga duración sin prestaciones de desempleo, como programas de empleo de dichos desempleados, **en la materia de empleo, y no en la legislación laboral** (SSTC 100/2017, FJ 5; 153/2017, FJ 3; 156/2017, FJ 3).

Las **relaciones laborales prestadas por personas en situación de exclusión social en empresas de inserción** para su incorporación al mercado de trabajo con la condición de medidas de fomento del empleo de estos colectivos son legislación laboral, sin perjuicio de la relación de determinados aspectos de su regulación con las competencias autonómicas sobre asistencia social (STC 228/2012, FF. JJ. 6 y 8).

Son legislación laboral **la prevención del acoso sexual en las empresas, los planes de igualdad en las empresas, los responsables sindicales de igualdad, la presencia de mujeres y hombres en la negociación colectiva, la incorporación de la perspectiva de género en los expedientes de regulación de empleo y la prevención de riesgos laborales**, por lo que son cuestiones que no pueden ser reguladas por las Comunidades Autónomas. La STC 159/2016 anuló los preceptos sobre tales materias de una Ley del Parlamento de Cataluña de igualdad efectiva de mujeres y hombres.

C) *El deslinde material de la legislación laboral respecto de materias próximas*

No son materia laboral a los efectos de la distribución competencial del art. 149.1.7.^a CE,

según la jurisprudencia constitucional, aunque sean **materias conexas** con aquella:

— El **empleo**, vinculado a las competencias autonómicas sobre promoción, desarrollo económico y planificación de la actividad económica, sobre industria y reestructuraciones o reconversiones industriales, así como sobre el propio desarrollo comunitario, ejercidas esas competencias autonómicas, reconocidas en los respectivos Estatutos de Autonomía como exclusivas, de desarrollo legislativo y ejecución o meramente ejecutivas, en el marco de las competencias del Estado sobre bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13.^a CE). La doctrina científica advirtió de inmediato (CASAS, 1980, 35 y ss.) la necesidad de delimitar la política de empleo de la legislación laboral a la luz de la Constitución, de los Estatutos de Autonomía y de la interpretación del Tribunal Constitucional sobre el concepto restrictivo de la «legislación laboral», no obstante el continuo entrelazamiento entre el empleo, sustrato y contorno de la legislación laboral, y esta, que hace el discernimiento entre ambas materias especialmente difícil, con una dificultad creciente cuando la legislación laboral se concibe como un instrumento de la política de empleo (y de la política macroeconómica). Así lo ha confirmado el Tribunal Constitucional (SSTC 249/1988, FJ 5; 95/2002, FJ 11), situando en la política de empleo, con la consideración de «decisiones básicas en dicho ámbito», **«las subvenciones o subsidios a las prejubilaciones en sectores productivos objeto de reconversión industrial, o las medidas dirigidas a la «recolocación» de determinados colectivos de trabajadores en razón de situaciones de crisis afectantes a ciertas empresas o sectores**, entre otras» (SSTC 95/2002, FF. JJ. 7 y 11; 111/2012, FJ 4; 244/2012, FJ 4).

Mirado desde el ángulo competencial, la jurisprudencia constitucional describe el empleo como una **política «mayor»** de carácter socioeconómico que incide sobre el mercado de

trabajo en su consideración global, ordenada por los principios del art. 40.1 CE y demanda «la movilización de recursos financieros destinados a regular el mercado laboral y el pleno empleo» (STC 22/2014, FJ 4). Por lo mismo, y como ya se ha avanzado, se incardinan, desde un punto de vista competencial, en la política de fomento del empleo, y no en la legislación laboral, **las ayudas económicas de acompañamiento a los desempleados de larga duración que hayan agotado sus prestación por desempleo del «Plan Prepara» y del «Programa de Activación para el Empleo»**, programas para el empleo aprobados por el Estado en ejercicio de su competencia de ordenación de la actividad económica (art. 149.1.13.^a), aunque otra cosa digan las normas reguladoras de dichos programas de empleo (SSTC 100/2017, FJ 5; 153/2017, FJ 3). La **ejecución centralizada**, por el Servicio Público de Empleo Estatal, de la concesión y pago de las ayudas económicas de acompañamiento de los desempleados, beneficiarios de tales programas de política activa de empleo, vulneró las competencias «exclusivas» de la Comunidad Autónoma del País Vasco, también de naturaleza ejecutiva, de promoción, desarrollo económico y planificación de la actividad económica del País Vasco de acuerdo con la ordenación general de la economía (art. 10.25 de su Estatuto de Autonomía), por lo que los preceptos estatales correspondientes fueron declarados inconstitucionales y nulos (SSTC 100/2017, 153/2017, 156/2017).

En síntesis, en materia de política de empleo (art. 40.1 CE) la jurisprudencia constitucional última reconoce al Estado, al amparo de su competencia sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13.^a CE), la facultad de adoptar medidas en materia de fomento del empleo, «que, en tanto no incidan en la regulación de la relación laboral, constituyen una materia distinta de la propiamente laboral a la que se refiere el art. 149.1.7 CE». En cuanto a las competencias autonómicas en la materia, vinculadas con sus competencias económicas, las Comunidades Autónomas pueden

realizar sus propias políticas de empleo, pero **«en la medida en que no se opongan o contradigan las políticas estatales y no incidan en la legislación laboral»**, debiendo **«ser conformes con el plan nacional de acción para el empleo»**, de acuerdo con la normativa vigente (SSTC 22/2014, FF. JJ. 5 y 6; 112/2014, FJ 5).

La calificación competencial de cada medida de empleo, que precisa de una cierta importancia y de la movilización de recursos económicos por el Estado, será efectuada por el Tribunal Constitucional si la regulación estatal o autonómica al respecto, cuyo encuadramiento competencial se presume constitucional en tanto no se desautorice, es impugnada ante el Alto Tribunal.

— Obviamente, la **Seguridad Social**, que dispone de propias reglas de reparto de competencias en la compleja fórmula del art. 149.1.17.^a CE (SSTC 124/1989, de 7 de julio; 95/1996).

— El **régimen estatutario de los funcionarios públicos** (arts. 103.3 y 149.1.18.^a CE), separación material básica (STC 57/1982).

— La **asistencia social y los servicios sociales**, competencia de las Comunidades Autónomas según el art. 148.1.20.^a y sus respectivos Estatutos de Autonomía (SSTC 148/1988, de 25 de noviembre; 239/2002, de 11 de diciembre).

— La **inmigración y emigración**, que junto con la nacionalidad, la extranjería y el derecho de asilo, materias todas ellas de alcance exterior o supranacional, son competencia exclusiva del Estado, aunque cuenten con regulaciones y actuaciones en materia de legislación laboral (art. 149.1.2.^a CE) (STC 95/2002, FJ 11).

— La **formación profesional reglada perteneciente al sistema educativo o «de enseñanza»**, no comprendida en la legislación laboral, no obstante sus implicaciones mate-

riales laborales y de empleo (SSTC 48/1985, de 28 de marzo; 95/2002, FJ 6).

— Las **sociedades cooperativas**, materia sobre la que los Estatutos de Autonomía han asumido la competencia «exclusiva» (en virtud de la cláusula residual primera del art. 149.3 CE), si bien «respetando la legislación mercantil» y las demás competencias del Estado, entre ellas la legislación laboral (SSTC 72/1983, de 29 de julio; 44/1984, de 27 de marzo; 165/1985, de 5 de diciembre; 291/2005, de 10 de noviembre).

— Las **mutualidades de previsión social no integradas** en la Seguridad Social, sobre la que también los Estatutos de Autonomía han asumido la competencia «exclusiva» (en virtud de la cláusula residual primera del art. 149.3 CE), competencia autonómica que, en cuanto a la actividad aseguradora de estas entidades, ha de ejercerse dentro del respeto a la ordenación básica del Estado sobre los seguros (SSTC 86/1989, de 11 de mayo; 220/1992, de 11 de diciembre; o 173/2005, de 23 de junio).

— Los **planes y fondos de pensiones del sistema de empleo**, materia comprendida en los títulos competenciales correspondientes a la legislación mercantil, bases de los seguros, planificación de la actividad económica y régimen tributario (art. 149.1.16.^a, 11.^a, 13.^a y 14.^a) (SSTC 206/1997, de 27 de noviembre; y 66/1998, de 18 de marzo).

— La **ordenación general de la económica** (art. 149.1.13.^a CE), no obstante su conexión no solo con la política de empleo, sino también con la legislación laboral (SSTC 219/2013, 143/2015).

Aunque, de importancia menor, es de advertir que tampoco es legislación laboral la regulación de la contratación obligada de empleados laborales cualificados (guardas de caza) al servicio de titulares de cotos privados de caza con el fin de vigilar el cumplimiento de las normas autonómicas sobre caza (STC

14/1998, de, 4 de febrero, FJ 9); ni la relativa al mantenimiento de los puestos de trabajo ante el cambio de autorización administrativa de las oficinas de farmacia [STC 109/2003, de 5 de junio, FJ 10.e)].

D) Legislación laboral y Derecho del trabajo, un Derecho que ha de serlo de las diferentes y renovadas formas de trabajar

La concepción estricta de la legislación laboral trae consigo inevitablemente la distinción entre aquella —a los efectos competenciales del art. 149.1.7.^a CE— y el Derecho del trabajo, con un ámbito más extenso que abarca buena parte de las materias conexas, a excepción, claro es, de la Seguridad Social (incluidas sus modalidades complementarias y voluntarias) y asistencia social, no obstante la íntima relación entre el Derecho del trabajo y el de la Seguridad Social que ponen de manifiesto, además de razones de orden estructural, sus evoluciones últimas en numerosas instituciones y contenidos. Así lo ha querido y formulado expresamente el Tribunal Constitucional para colocar aquella concepción, **sostenida sobre criterios propiamente constitucionales**, a resguardo de los cambios y transformaciones del Derecho del trabajo, normativos y doctrinales y de sus aplicaciones prácticas; esto es, de las concepciones teóricas inevitablemente mudables sobre el contenido y alcance del Derecho del trabajo y de su propia transformación. La definición de la categoría constitucional «legislación laboral» por el Tribunal Constitucional ha sido, sin duda, un acierto, que ha proporcionado estabilidad sobre bases seguras al reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, al tiempo que ha permitido todo el cambio normativo posible, que en este ámbito material es intenso como se sabe, de la legislación laboral así definida como demuestra el análisis de la propia jurisprudencia constitucional. Pero esa concepción estricta, mantenida y ampliada a lo largo ya de más de tres décadas, aunque siempre en el mundo del

trabajo subordinado, se enfrenta a algún inconveniente **desde el punto de vista de la construcción sustantiva del Derecho del trabajo.**

El más importante, con ser este importante, no se refiere a su difícil separación o delimitación del empleo por más que la política de empleo condicione con fuerza creciente la legislación laboral (pese a justificadas posiciones doctrinales contrarias a ese condicionamiento: SUPLOT *et al.*, 1999, 2016) ocupando áreas materiales crecientes y vinculándose estrechamente en los últimos tiempos con la política de inmigración. El inconveniente más relevante resulta del necesario deslizamiento progresivo del ordenamiento laboral reciente hacia formas de trabajo y sujetos trabajadores ignorados por el Derecho del trabajo tradicional —**el trabajo autónomo** paradigmáticamente— y por la definición de lo laboral de la STC 35/1982, centrada en la relación de trabajo por cuenta ajena. Con seguridad, en los años ochenta el uso «habitual» del adjetivo laboral era, en efecto, el referido al trabajo por cuenta ajena. Probablemente no sea excesivo considerar que hoy ya no es así. La Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, dice dictarse al amparo, entre otros títulos competenciales (del art. 149.1.5.^a, 6.^a, 8.^a y 17.^a), de la competencia del Estado

sobre la legislación laboral (disp. final 1.^a). Si se quiere, con algún esfuerzo en esto, seguir la definición de lo laboral de la STC 35/1982, su referencia a las exclusiones del ámbito de aplicación del Estatuto de los Trabajadores servirá también para atraer ciertos aspectos del trabajo autónomo y de su Estatuto regulador hacia el campo de la legislación laboral a través del mandato de exclusión contenido en la disp. adic. 1.^a del Estatuto de los Trabajadores, «excepto en aquellos aspectos que por precepto legal se disponga expresamente». Pero el esfuerzo es grande y el resultado insuficiente, pues alcanzará más a las normas de la legislación laboral sobre los trabajadores autónomos —de presencia creciente en las regulaciones, por ejemplo, de las actividades de contratación y subcontratación o de la prevención de riesgos laborales, además de en el ámbito social sancionador— que a las normas propias y específicas de estos. Todo apunta hacia la necesidad, que se ha sentido ya con fuerza en la economía digital y globalizada, que ha producido transformaciones importantes e irreversibles en los modos de trabajar y de organización empresarial, y lo seguirá haciendo en el futuro inmediato, de repensar las referencias propiamente constitucionales al trabajo y a los trabajadores y de extender sus respectivos conceptos a las distintas formas de trabajar.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO OLEA, M., «El sistema normativo del Estado y de las Comunidades Autónomas», *Revista de Política Social*, núm. 121, 1979.

CASAS BAAMONDE, M.^a E., «Sistema de fuentes jurídico-laborales y Comunidades Autónomas», *REDT*, núm. 1, 1980.

DE LA VILLA, L. E. y DESDENTADO, A., «Delimitación de competencias Estado-Comunidades Autónomas en materia de relaciones laborales y de Seguridad Social. De la experiencia republicana a la Constitución de 1978», *Cuaderno de Derecho del Trabajo*, núm. 4, 1980.

GARCÍA BLASCO, J., «Estado, Comunidad Autónoma y jurisprudencia constitucional», en *Jurisprudencia constitucional y relaciones laborales. Estudios en homenaje a D. Francisco Tomás y Valiente*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1997.

LÓPEZ LÓPEZ, J., *Marcos autonómicos de relaciones laborales y de protección social*, Marcial Pons, Madrid, 1993.

MOLINA NAVARRETE, C., «Los nuevos Estatutos de Autonomía y el reparto constitucional de competencias en las «materias de empleo», «trabajo» y «protección social»», *CEF-Trabajo y Seguridad Social*, núm. 283, 2006.

— (Coord.), *La Dimensión Socio-Laboral de los Nuevos Estatutos de Autonomía. Un Estudio Particular de los Estatutos Andaluz y Catalán*, Mergablum, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2007.

PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., «Las competencias de las Comunidades Autónomas en materia laboral y de Seguridad Social», *Relaciones Laborales*, tomo I, 1996.

PÉREZ AMORÓS, F., «Competencias de las Comunidades Autónomas en materia laboral: especial consideración en materia de política de empleo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 26, 1986.

SUPIOT, A. (Coord.), *Trabajo y Empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

— (Dir.), *Au-delà de l'emploi*, 2.^a ed., Flammarion, Paris, 2016.

ARTÍCULO 149.1.8.^a

8.^a Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial.

LAS COMPETENCIAS LEGISLATIVAS EN MATERIA DE DERECHO CIVIL

Sumario: I. Función del art. 149.1.8.^a CE. II. La competencia genérica del Estado en materia de «legislación civil». III. La competencia exclusiva del Estado sobre las materias que se le reservan «en todo caso». 1. La finalidad de esta competencia estatal. 2. Contenido específico de las materias reservadas «en todo caso» al Estado. A) Reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas. B) Relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio. C) Ordenación de los registros e instrumentos públicos. D) Bases de las obligaciones contractuales. E) Normas para resolver los conflictos de leyes. F) Normas sobre la determinación de las fuentes del Derecho. IV. La competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas para la «conservación, modificación y desarrollo» de sus respectivos Derechos civiles particulares.

CARLOS GÓMEZ DE LA ESCALERA
PROFESOR TITULAR DE DERECHO CIVIL
EXLETRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. FUNCIÓN DEL ART. 149.1.8.^a CE

El art. 149.1.8.^a CE se ocupa de la distribución de competencias legislativas en materia de Derecho civil entre el Estado y las CC. AA. La Constitución considera que el Derecho civil es una materia que corresponde al Estado y por ello le atribuye una competencia genérica para regular todo lo relativo a la legisla-

ción civil. Además, al entender que ciertas materias deben contar con una regulación general y uniforme en toda España, le confiere también la competencia específica para regular la lista de materias que, «en todo caso», se reservan al Estado. Estas competencias estatales se configuran como competencias exclusivas. No obstante, tras atribuirse **directamente** al Estado las competencias

referidas, en atención a la existencia en España a la entrada en vigor de la Constitución de ciertos Derechos civiles particulares, los constituyentes consideraron oportuno permitir que las CC. AA., en función de lo que dispusieran sus respectivos Estatutos [arts. 147.2.d) y 149.3 CE], pudieran asumir una competencia específica para la «conservación, modificación y desarrollo [...] de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan».

II. LA COMPETENCIA GENÉRICA DEL ESTADO EN MATERIA DE «LEGISLACIÓN CIVIL»

Con arreglo a esta competencia le corresponde al Estado en bloque la normación de todo el sector del ordenamiento jurídico que pueda ser calificado como «legislación civil». Sin embargo, esta competencia estatal se atribuye **sin perjuicio** de la competencia que las CC. AA. pueden llegar a asumir para la «conservación, modificación y desarrollo» de sus respectivos Derechos civiles forales o especiales, «allí donde existan». De este modo, en el sistema de distribución de competencias que establece el art. 149.1.8.^a CE, la competencia de las CC. AA. en materia de Derecho civil propio se concibe, por un lado, como una **excepción** a la competencia del Estado en materia de «legislación civil», y por otro, como un **límite** a esta competencia estatal. Ahora bien, esta limitación de la competencia estatal no opera en el plano material, impidiendo al Estado legislar sobre materias reguladas en los Derechos civiles particulares, ya que el Estado es competente para regular **toda** la materia que pueda calificarse como «legislación civil», por lo que actúa en el momento de la aplicación de la norma estatal, ya que cuando las CC. AA. ejercen su competencia en materia de Derecho civil particular o propio, la regulación autonómica, al ser de aplicación preferente, excluye la aplicación de la legislación civil estatal, que solo tendría aplicación supletoria (arts. 149.3 CE y 13 CC).

En el plano jurisprudencial, y sin afán exhaustivo, resultan de interés para delimitar el ámbito de esta competencia estatal, entre otras, las siguientes SSTC: 37/1981, de 16 de noviembre; 58/1982, de 27 de julio; 71/1982, de 30 de noviembre; 88/1986, de 1 de julio; 37/1987, de 26 de marzo; 49/1988, de 22 de marzo; 227/1988, de 29 de noviembre; 74/1989, de 24 de abril; 86/1989, de 11 de mayo; 170/1989, de 19 de octubre; 62/1991, de 22 de marzo; 36/1992, de 23 de marzo; 88/1993, de 12 de marzo; 156/1993, de 6 de mayo; 225/1993, de 8 de julio; 264/1993, de 22 de julio; 284/1993, de 30 de septiembre; 102/1995, de 26 de junio; 37/1997, de 27 de febrero; 61/1997, de 20 de marzo; 87/1997, de 24 de abril; 133/1997, de 16 de julio; 14/1998, de 22 de enero; 150/1998, de 2 de julio; 173/1998, de 23 de julio; 103/1999, de 3 de junio; 127/1999, de 1 de julio; 207/1999, de 11 de noviembre; 157/2004, de 21 de septiembre; 341/2005, de 21 de diciembre; 31/2010, de 28 de junio; 95/2017, de 6 de julio.

III. LA COMPETENCIA EXCLUSIVA DEL ESTADO SOBRE LAS MATERIAS QUE SE LE RESERVAN «EN TODO CASO»

1. La finalidad de esta competencia estatal

El art. 149.1.8.^a CE atribuye también al Estado una competencia exclusiva para legislar, «en todo caso», sobre la lista de materias que se enumeran en su inciso segundo. Con esta reserva estatal lo que el constituyente quiso fue limitar, en las materias que expresamente se reservan al Estado, la competencia legislativa que las CC. AA. pueden asumir en el ámbito de su Derecho civil propio con arreglo al primer inciso del art. 149.1.8.^a CE. Se trata, en suma, de un elenco de materias inaccesible para las CC. AA., con el que se pretende **garantizar una regulación unitaria y uniforme en todo el territorio del Estado**. Así lo ha declarado expresamente la importante STC 88/1993, de 12 de marzo, FJ 1.b), en doctrina luego reiterada en las SSTC 156/1993,

de 6 de mayo, FJ 1.a); 31/2010, de 28 de junio, FJ 76; y 95/2017, de 6 de julio, FJ 3; que rechazan, por no ajustada a la Constitución, la interpretación sostenida por algún sector de la doctrina que entendía que las CC. AA. con competencia en materia de Derecho civil propio o particular podían legislar sobre todos los contenidos del Derecho civil, a excepción de las materias reservadas «en todo caso» al Estado.

2. Contenido específico de las materias reservadas «en todo caso» al Estado

A) Reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas

Aunque el ámbito de las «reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas» es más amplio y puede quedar abierto a otras materias, por su inclusión en los Capítulos II («Aplicación de las normas jurídicas») y III («Eficacia general de las normas jurídicas») del Título Preliminar del Código Civil al tiempo de elaboración y aprobación de la Constitución, así como por lo dispuesto en el art. 2.º de dicho cuerpo legal, que se ocupa de la eficacia temporal de las normas (STC 14/1986, de 31 de enero), deben considerarse siempre o, en todo caso, como competencia exclusiva del Estado, que excluye la competencia legislativa de las CC. AA., la normación de las reglas que disciplinan, con carácter general, la entrada en vigor de las normas (art. 2.1), su derogación (art. 2.2), su retroactividad (art. 3.2), su interpretación (art. 3.1), la equidad en su aplicación (art. 3.2), su aplicación analógica (*analogia legis*) (art. 4), las relativas al cómputo de los plazos civiles (art. 5), las relativas a los efectos que deben producir, con carácter general, la ignorancia de las normas y el error de Derecho (art. 6.1), las que regulan la exclusión voluntaria de las normas y la renuncia de derechos subjetivos (art. 6.2), las que fijan las consecuencias de los actos que violan directamente las normas imperativas o de *ius cogens* (actos *contra legem*) (art. 6.3),

o de los actos realizados en fraude de ley (actos *in fraudem legis*) (art. 6.4), las que imponen la actuación conforme a las exigencias de la buena fe y determinan los efectos de la mala fe (art. 7.1), y las que regulan los efectos generales del abuso del derecho subjetivo y del ejercicio antisocial del mismo (art. 7.2).

En el plano jurisprudencial, resultan de interés para delimitar el contenido de esta competencia estatal, además de la citada STC 14/1986, de 31 de enero, las SSTC 83/1986, de 26 de junio (valor de las lenguas autonómicas a la hora de interpretar y aplicar las normas jurídicas); 37/1987, de 26 de marzo (definir y regular los efectos del fraude de ley corresponde al Estado); y 74/1989, de 24 de abril (uso de la lengua catalana en las escrituras públicas).

B) Relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio

Conforme a esta competencia, el Estado es el único competente para regular el sistema matrimonial («formas de matrimonio»), es decir, las reglas que disciplinarían la relación o coexistencia del matrimonio civil con el matrimonio religioso, ahora ya no reducido solo al matrimonio canónico (Iglesia Católica), sino al de las demás confesiones religiosas reconocidas legalmente, dada la aconfesionalidad del Estado (art. 16.3 CE). Asimismo, el Estado sería el único competente para la aprobación de la ley a la que se remite el art. 32.2 CE, por lo que al legislador estatal le correspondería en exclusiva la regulación de la capacidad para ejercer el *ius connubii*, los requisitos formales del negocio o contrato matrimonial, los efectos personales del matrimonio, esto es, los derechos y obligaciones que se derivan para los cónyuges del vínculo matrimonial, y las causas de nulidad, separación y disolución (divorcio) del matrimonio, así como los efectos personales y patrimoniales de la crisis matrimonial. En consecuencia, en materia matrimonial solo lo relativo a las relaciones patrimoniales podrá ser objeto de normación

autonómica, en la medida en que esta materia tuviera su singularidad civil en los Derechos civiles particulares a la entrada en vigor de la Constitución. La STC 93/2016, de 23 de abril, delimita el ámbito de esta competencia estatal exclusiva, relacionándola con el art. 32.2 CE, declarando que «se extiende al sistema matrimonial (requisitos materiales y formales y causas de extinción) y al contenido personal del matrimonio, esto es, el régimen de derechos y deberes de los cónyuges con exclusión del régimen económico matrimonial en los territorios con competencias propias en Derecho civil especial o foral, lo que, por otra parte, coincidiría con lo dispuesto en el art. 13.1 del Código Civil» (FJ 5).

C) Ordenación de los registros e instrumentos públicos

Por lo que se refiere a la **ordenación de los registros públicos** la doctrina no ha conseguido ofrecer una interpretación uniforme y pacífica de lo que el constituyente quiso atribuir al Estado con esta específica competencia estatal. Conforme al llamado criterio material, lo decisivo es atender a la *materia* que es objeto del registro público. En apoyo de esta solución se invocaría, fundamentalmente, una interpretación sistemática del art. 149.1.8.^a CE, que atendería al «contexto» de la norma, con lo que la reserva estatal quedaría circunscrita a la ordenación de los registros públicos que tienen por objeto actos, hechos o instituciones propias de la **materia civil** o, si se prefiere, propias del Derecho civil. Esta interpretación ha sido acogida por las SSTC 103/1999, de 3 de junio, FJ 3; 81/2013, de 11 de abril, FJ 3; y 4/2014, de 16 de enero, FJ 3.a). Conforme a dicho criterio, quedarían inequívocamente dentro de la órbita de la competencia estatal el **Registro de la Propiedad**, el **Registro de Bienes Muebles** (aunque el Estado sería también competente para ordenar este registro conforme al art. 149.1.6.^a CE: «legislación mercantil»), el **Registro Civil**, y el **Registro General de Actos de Última Voluntad**.

Por el contrario, con arreglo al llamado criterio de los *efectos jurídicos*, debería distinguirse entre registros jurídicos y registros administrativos. **Registros jurídicos** serían aquellos en los que la inscripción, el asiento o la toma de razón en el registro produce un efecto jurídico sustantivo o material derivado de la publicidad que proporciona el registro (por ejemplo, los efectos de la fe pública registral del art. 34 LH). En cambio, **registros administrativos** serían aquellos que operan como un mero archivo o fichero de datos, exigiéndose la inscripción a los meros efectos del control de una actividad privada o para el mejor desarrollo de la actuación administrativa que, a través de estos registros, dispone de datos, estadísticas, etc. Conforme a esta distinción, los registros cuya regulación entraría dentro de la competencia estatal serían únicamente los registros jurídicos.

La jurisprudencia constitucional parece haberse inclinado, como hemos visto, por el criterio material. Sobre el alcance de esta competencia pueden citarse, entre otras, las SSTC: 32/1983, de 28 de abril; 71/1983, de 29 de julio; 72/1983, de 29 de julio; 56/1984, de 7 de mayo; 87/1985, de 16 de julio; 157/1985, de 11 de noviembre; 154/1988, de 21 de julio; 97/1989, de 30 de mayo; 225/1993, de 8 de julio; 284/1993, de 30 de septiembre; 197/1996, de 28 de noviembre; 61/1997, de 20 de marzo; 87/1997, de 24 de abril; 103/1999, de 3 de junio; 207/1999, de 11 de noviembre; 4/2014, de 16 de enero.

Por lo que atañe a la competencia estatal para la **ordenación de los instrumentos públicos**, lo que se confiere al Estado es la competencia para la **normación** de los instrumentos públicos. Por tales debe entenderse los documentos públicos autorizados por los Notarios (arts. 1217 CC y 144 Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944).

Dado que los instrumentos públicos exigen la intervención de un específico fedatario público (el Notario), la competencia estatal de or-

denación de los instrumentos públicos comprende la normación de dos ámbitos bien definidos del instrumento público: la **dimensión documental**, propiamente dicha del instrumento público, esto es, la regulación de todo lo relativo a la formación, requisitos y efectos del documento público notarial, y la **dimensión funcional**, es decir, todo lo referente a la función pública notarial, procedimiento de ingreso en el cuerpo notarial (requisitos de acceso, oposiciones, convocatoria, clasificación de Notarías, vacantes, concursos para provisión de Notarías, nombramiento, toma de posesión, etc.), ejercicio de la función notarial (derechos y deberes del Notario, aranceles notariales, incompatibilidades, responsabilidad disciplinaria, jubilación, etc.), demarcación notarial, organización del notariado (Colegios Notariales, Consejo General del Notariado, etc.). Esta segunda dimensión, encuentra también su título competencial en el art. 149.1.18.ª CE.

El TC ha tenido ocasión de pronunciarse tanto sobre la dimensión documental (*vid.* SSTC 74/1989, de 24 de abril; 156/1993, de 6 de mayo; 173/1998, de 23 de julio; y 135/2006, de 27 de abril) como sobre la dimensión funcional de los instrumentos públicos (*vid.* SSTC 67/1983, de 22 de julio; 110/1983, de 29 de noviembre; 82/1984, de 20 de julio; 84/1984, de 24 de julio; 87/1989, de 11 de mayo; 120/1992, de 21 de septiembre; y 207/1999, de 11 de noviembre).

D) Bases de las obligaciones contractuales

Esta competencia estatal está tomada del art. 15.1 de la Constitución de 1931, que la establecía con las mismas palabras; sin embargo, en la Constitución de 1978 este título competencial no tiene fácil interpretación. Lo primero que debe precisarse es que la expresión «bases» de las obligaciones contractuales se emplea con un significado distinto del utilizado en otros apartados del art. 149.1 CE, cuando habla de «bases» (11.ª, 13.ª, 16.ª, 18.ª, 25.ª),

de «legislación básica» (17.ª, 18.ª, 23.ª), de «normas básicas» (27.ª, 30.ª) o de «régimen general» (21.ª). Ello es así porque en el art. 149.1.8.ª CE con las «bases» de las obligaciones contractuales se atribuye al Estado una competencia **completa e integral**, que no dejaría en manos de las CC. AA. ninguna ulterior competencia de desarrollo normativo de lo establecido por el legislador estatal. Aquí las «bases» comprenderían **toda** la normación de la materia reservada a la competencia estatal de forma absoluta y definitiva, al igual que sucede con el resto de las competencias que se atribuyen al Estado en el mismo art. 149.1.8.ª CE, ya que la materia que es objeto de la competencia estatal queda excluida de la competencia autonómica.

Delimitado así el alcance de la competencia estatal, lo más razonable es considerar que con esta reserva se ha querido atribuir al Estado la competencia exclusiva para el establecimiento de aquellas reglas que constituyan los fundamentos generales o las reglas comunes aplicables a todas las obligaciones y figuras contractuales, en la medida en que esta materia, al afectar a la unidad del mercado y a los principios esenciales del orden público económico, exige una regulación única y uniforme en toda España. Entendidas de este modo, las «bases» de las obligaciones contractuales se harían sinónimas de **regulación general de las obligaciones** (fuentes de las obligaciones, efectos generales de la obligación, clases de obligaciones, extinción y cumplimiento de las obligaciones, responsabilidad obligacional, etc.) y de **regulación general del contrato** (elementos esenciales del contrato, formación de la voluntad contractual, eficacia general del contrato, supuestos tipo de la ineficacia contractual, responsabilidad contractual, etc.).

En el plano jurisprudencial, aunque el TC no ha invocado de forma expresa esta específica reserva estatal, salvo en la STC 61/1997, de 20 de marzo [FJ 26.b)], a nuestro juicio, sin decirlo explícitamente, ha tenido presente este título competencial para retener en el Estado la

competencia exclusiva para la normación o el establecimiento de aquellas reglas que deben regular uniformemente, en todo el territorio español, las relaciones *inter privados*. En esta línea, ha considerado competencia estatal la regulación de las «cláusulas abusivas» y sus efectos, que requieren una regulación uniforme (SSTC 71/1982, de 30 de noviembre; y 157/2004, de 21 de septiembre). «La regulación de las condiciones generales de contratación o de las modalidades contractuales corresponde al legislador estatal» (SSTC 71/1982, de 30 de noviembre; 157/2004, de 21 de septiembre; y 88/1986, de 1 de julio). «El régimen de la responsabilidad (civil) debe ser uno y el mismo para todo el territorio del Estado» (SSTC 71/1982, de 30 de noviembre; 264/1993, de 22 de julio; y 157/2004, de 21 de septiembre). «La determinación del contenido de los contratos y de las acciones por incumplimiento, saneamiento o resolución se insertan dentro de la competencia estatal exclusiva atribuida al Estado por los arts. (sic) 149.1.6.^a y 8.^a CE» (SSTC 62/1991, de 22 de marzo; 264/1993, de 22 de julio; y 157/2004, de 21 de septiembre). La regulación de las indemnizaciones por daños y perjuicios causados en el dominio público hidráulico, «constituye un supuesto específico de responsabilidad civil por daños, materia que forma parte de la legislación civil reservada al Estado por el art. 149.1.8.^a de la Constitución» (STC 227/1988, de 9 de noviembre). Compete al Estado la regulación del régimen de perfección y de eficacia de los contratos, que son materias que aparecen reguladas en el Código Civil, y lo referente a la responsabilidad obligacional (SSTC 264/1993, de 22 de julio; y 284/1993, de 30 de septiembre).

E) *Normas para resolver los conflictos de leyes*

Pese a la amplitud de la fórmula constitucional, como evidencia el antecedente republicano de 1931, lo que se reserva al Estado es la competencia para resolver el **conflicto espacial** de normas. La reserva atribuye al Estado

la competencia exclusiva para establecer las normas que deban aplicarse para resolver tanto los llamados **conflictos externos** (los que surgen por la existencia, junto al Derecho español, de los ordenamientos jurídicos de otros Estados, y que son objeto preferente del Derecho internacional privado), como los **conflictos internos**, y que derivan de la coexistencia en el territorio español de diversos ordenamientos jurídicos. Inicialmente, los conflictos internos quedaban reducidos a los que provoca la existencia de una pluralidad de Derechos civiles particulares que coexisten con el Derecho civil común o general (Código Civil), y que son la materia propia del denominado Derecho interregional. Sin embargo, la configuración del Estado español como un Estado cuyo territorio está dividido en CC. AA. que ostentan competencia legislativa en diversas materias y no solo en la materia de Derecho civil particular, determina que, actualmente, los conflictos internos se extiendan a todos los que puedan surgir por la pluralidad de ordenamientos que coexisten en nuestro Derecho (legislación estatal y legislaciones autonómicas) (STC 72/1983, de 29 de julio).

Además de la ya citada STC 72/1983, de 29 de julio, se han ocupado de esta reserva estatal las SSTC 86/1989, de 11 de mayo; 36/1992, de 23 de marzo; 156/1993, de 6 de mayo; y 226/1993, de 8 de julio. La STC 93/2013, de 23 de abril, declara expresamente que «(d)eterminar cuál es la ley personal aplicable en los conflictos interregionales derivados de la potencial concurrencia de legislaciones diversas en la regulación de una situación, es una materia que se sitúa extramuros de las competencias autonómicas en tanto que la Constitución ha optado por que sea al Estado al que corresponda, en su caso, el establecimiento de las normas de conflicto en estos supuestos» (FJ 6).

F) *Normas sobre la determinación de las fuentes del Derecho*

La última de las materias que el inciso segundo del art. 149.1.8.^a CE reserva a la competen-

cia estatal es la que se define como la relativa a las «normas sobre la determinación de las fuentes del Derecho». Esta reserva estatal no encuentra precedente en la Constitución de 1931, por lo que se trata de una reserva genuina de la Constitución de 1978.

Para comprender qué se quiso reservar al Estado con esa competencia resulta imprescindible atender a la regulación contenida en el art. 1.º del Código Civil, bajo la rúbrica «Fuentes del derecho», vigente a la entrada en vigor de la Constitución de 1978. Conforme a esta regulación cabe afirmar que en el tema de las fuentes del Derecho estaban implicados, esencialmente, dos problemas: el de la **enumeración** de las fuentes del Derecho y el de la **jerarquía** de esas fuentes.

En este contexto legal y doctrinal, podríamos afirmar que al atribuirse al Estado la «determinación» de las fuentes, lo que se ha querido reservar a la competencia estatal es la competencia para establecer la enumeración y la jerarquía de las fuentes del Derecho. Además, dada la dimensión constitucional de las fuentes del Derecho, que impediría dejar en manos del legislador ordinario la regulación de todos los problemas implicados en la materia (poder legislativo, principio de legalidad, etc.), parece razonable pensar que la reserva estatal comprende solo las fuentes del Derecho civil. Así lo corroboraría la interpretación sistemática de la norma que nos ocupa, ubicada en el art. 149.1.8.ª CE, destinada a regular las competencias en materia de Derecho civil. Por otra parte, con ello no se desposeería al Estado de la competencia para legislar sobre las fuentes del Derecho en otros sectores del ordenamiento, ya que el Estado, en la medida en que se le atribuye la competencia exclusiva sobre la «legislación mercantil», la «legislación penal», la «legislación penitenciaria», la «legislación procesal» (art. 149.1.6.ª CE), la «legislación laboral» (art. 149.1.7.ª CE), o la legislación básica en materia de Derecho administrativo (art. 149.1.18.ª CE) y, específicamente sobre diversos sectores de la actividad administrativa (art. 149.1.13.ª, 16.ª, 17.ª, 23.ª, 25.ª, 27.ª, 30.ª CE),

o de que en el ámbito tributario el Estado es titular de la potestad originaria para establecer los tributos (art. 133.1 CE), nadie puede dudar de que la determinación de las fuentes del Derecho, sea cual sea el sector del ordenamiento que podamos imaginar, estará siempre en manos exclusivas del Estado.

Sin embargo, aceptado que al atribuirse al Estado la competencia para la «determinación de las fuentes del Derecho», se le reserva la competencia exclusiva para establecer la enumeración y la jerarquía de las fuentes del Derecho civil, la norma constitucional añade que esta competencia estatal se establece «con respeto [en este último caso,] a las normas de Derecho foral o especial».

Este esquema competencial, que atribuye al Estado la competencia legislativa para la «determinación» de las fuentes del Derecho civil, pero con «respeto» a las normas de Derecho civil particular, se explicaría así:

1.º Al Estado, «en todo caso», le corresponde la «determinación» de las fuentes del Derecho civil. Por consiguiente, cuando las CC. AA. hayan asumido estatutariamente competencia para la «conservación, modificación y desarrollo» de su respectivos Derechos civiles particulares, esta competencia autonómica nunca podrá extenderse a la regulación o determinación de las fuentes de su Derecho civil particular.

2.º Aceptada la competencia exclusiva del Estado para la «determinación» de las fuentes del Derecho civil, la fórmula «con respeto» a las normas de Derecho foral o especial, significa que en el ejercicio de esta competencia estatal el Estado tiene un **límite**: no puede alterar (debe respetar) la regulación de las fuentes del Derecho existentes en las Compilaciones forales vigente cuando entró en vigor la Constitución, previsión constitucional solo aplicable a las Compilaciones forales de Aragón (1967) y de Navarra (1973), únicas que regulaban un sistema de fuentes propio y distinto del general.

IV. LA COMPETENCIA EXCLUSIVA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS PARA LA «CONSERVACIÓN, MODIFICACIÓN Y DESARROLLO» DE SUS RESPECTIVOS DERECHOS CIVILES PARTICULARES

El fundamento de esta competencia autonómica hay que buscarlo exclusivamente en el art. 149.1.8.^a CE y nunca en la disposición adicional primera CE [STC 88/1993, de 12 de marzo, FJ 1.b)]. En consecuencia, para determinar el alcance y contenido de esta competencia habrá que estar a lo dispuesto en los respectivos Estatutos de Autonomía [arts. 147.2.d) y 149.3 CE], y al marco del art. 149.1.8.^a CE.

Esta competencia autonómica constituye una **excepción** frente a la competencia estatal en materia de Derecho civil, que debe considerarse la regla general en materia de «legislación civil». Esta excepcionalidad de la competencia autonómica se manifiesta en tres aspectos:

1.º No todas las CC. AA. pueden asumir esta competencia. La salvedad «allí donde existan» del art. 149.1.8.^a CE exige que, al tiempo de entrada en vigor de la Constitución, tuvieran vigente en su territorio algún tipo de regulación jurídico-civil particular que pudiera calificarse como un Derecho civil foral o especial propio. Para el TC este requisito se cumple no solo con la vigencia de las correspondientes normas de Derecho civil particular legislado anteriores a la Constitución (Compilaciones forales o especiales), sino también con la existencia de «normas civiles de ámbito regional o local y de formación consuetudinaria preexistentes a la Constitución» [SSTC 121/1992, de 28 de septiembre, FJ 1; 82/2016, de 28 de abril, FJ 4.d); y 110/2016, de 23 de junio, FJ 5.a); 192/2016, de 17 de noviembre, FJ 3.a)].

2.º La competencia autonómica supone un **límite** («sin perjuicio de») a la competencia genérica del Estado en materia de «legisla-

ción civil». Este límite, sin embargo, solo opera en el momento de la aplicación de la norma estatal, ya que la norma civil autonómica, al ser preferente, excluiría la aplicación de la legislación civil estatal, que solo tendría valor supletorio (arts. 149.3 CE y 13.2 CC).

3.º El contenido de la competencia autonómica se limita a la «conservación», «modificación» y «desarrollo» de lo que constituía el respectivo Derecho civil propio o particular preexistente a la entrada en vigor de la Constitución. Por ello, la actuación autonómica solo puede recaer sobre las materias que conformaban el contenido del respectivo Derecho civil propio.

Por «conservación» debe entenderse aquella actuación legislativa dirigida al mantenimiento o continuación de la vigencia del Derecho civil propio. Formalmente, puede consistir en la asunción o incorporación de la correspondiente Compilación de Derecho civil foral o especial (legislación estatal preconstitucional) al ordenamiento autonómico (STC 88/1993, de 12 de marzo). Cuando tenga por objeto la formalización legislativa de una norma consuetudinaria preexistente a la entrada en vigor de la Constitución, aunque se produce una alteración sustancial en la posición de la norma en la jerarquía de fuentes, ya que la norma consuetudinaria pasa a convertirse en norma legal de aplicación preferente, ello no supone la invasión de la competencia exclusiva del Estado para la «determinación» de las fuentes del Derecho, sino, simplemente, una consecuencia de la aplicación de la regulación estatal sobre la jerarquía de las fuentes del Derecho, según la cual la costumbre tiene carácter subsidiario, por lo que solo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada (art. 1.3 CC) (SSTC 121/1992, de 28 de septiembre, FJ 2; y 133/2017, de 16 de noviembre, FJ 5). La «modificación» comprendería toda actuación legislativa dirigida a cambiar, alterar o sustituir el Derecho civil propio preexistente, pero sin que ello suponga «desarrollarlo» (dar nueva numeración a

un precepto que ya existía en la correspondiente Compilación, redactar la norma foral o especial con otras palabras distintas a aquellas con las que venía expresada en la Compilación, para hacerla más inteligible o para aclarar su interpretación cuando resultaba equívoca, derogar una determinada norma o precepto incluido en la Compilación foral, etc.).

Más difícil es precisar lo que el constituyente quiso autorizar con la competencia de «desarrollo» del Derecho civil foral o especial, siendo esta cuestión, sin duda, la más compleja y difícil de todas las que plantea la interpretación y aplicación del art. 149.1.8.^a CE. En el sentido gramatical «desarrollar» equivale a crecer, aumentar, progresar. Partiendo de esta aproximación lingüística, «desarrollar» el Derecho civil propio comprendería aquella actuación legislativa autonómica encaminada a que el Derecho civil propio pueda tener el correspondiente **crecimiento, aumento o progreso normativo**. Este crecimiento, no obstante, tiene su límite en el propio contenido material del Derecho civil particular preexistente al tiempo de entrada en vigor de la Constitución. Por ello, podríamos afirmar que para el art. 149.1.8.^a CE el «desarrollo» del Derecho civil foral o especial comprende únicamente aquella actuación autonómica dirigida a que el Derecho civil propio preexistente al tiempo de entrada en vigor de la Constitución sea objeto del cambio o crecimiento normativo que resulte necesario para que sus normas e instituciones puedan seguir aplicándose a los supuestos de hecho que las nuevas realidades sociales demandan. A mi juicio, el título competencial «desarrollar» no puede servir para que el Derecho civil particular preexistente al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución (el recogido en la Compilación foral o especial o el representado por la norma consuetudinaria correspondiente), sea objeto de un crecimiento desorbitado que convierta toda la realidad social en materia susceptible de ser regulada por las CC. AA., relegando el Derecho civil, que es competencia **estatal**, a los mínimos que se incluyen en las materias

que «en todo caso» el art. 149.1.8.^a CE reserva al Estado. El desarrollo del Derecho civil foral o especial «tiene su límite en el conjunto institucional al que el Derecho foral se refiere», por lo que, «en puridad, no hay desarrollo del Derecho foral si se regulan materias que nunca estuvieron regidas por el Derecho foral o que no lo estaban en el momento de ponerse en vigor la Constitución», razón por la cual no estaremos ante un verdadero «desarrollo» del Derecho civil particular «si los focos del Derecho foral se dirigen hacia materias que tampoco tuvieron una regulación foral» (DÍEZ-PICAZO, págs. 20-21).

Cuando pretendiendo «desarrollar» el respectivo Derecho civil propio o particular, se legisla sobre instituciones o materias que no contaban, a la entrada en vigor de la Constitución, con ninguna singularidad o especialidad jurídico-civil respecto de lo que constituía el Derecho civil general, se actúa con la misma inconstitucionalidad con la que lo harían aquellas CC. AA. que legislasen sobre materias de Derecho civil sin haber asumido competencias en materia de Derecho civil particular, precisamente, por carecer en su territorio de especialidad foral a la entrada en vigor de la Constitución (por ejemplo, Madrid o Cantabria). Ello es así porque para el art. 149.1.8.^a CE lo que habilita a una CA para asumir competencias en materia de Derecho civil (particular) es la preexistencia de alguna especialidad o singularidad jurídico-civil («allí donde existan»), fuera de esta particularidad civil no es posible ni asumir competencia en materia de «legislación civil» ni ejercer la que se pudo atribuir en función de esa preexistencia normativa.

El TC, sin embargo, ha entendido que conforme a la concepción foralista que acoge la Constitución, «la noción constitucional de «desarrollo» permite una ordenación legislativa de ámbitos hasta entonces no normados por aquel Derecho, pues lo contrario llevaría a la inadmisibles identificación de «modificación». El «desarrollo» de los Derechos civiles fora-

les o especiales enuncia, pues, una competencia autonómica en la materia que no debe vincularse rígidamente al contenido actual de la Compilación u otras normas de su ordenamiento. Cabe, pues, que las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil foral o especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de esta según los principios informadores peculiares del Derecho foral», pero esto «no significa... una competencia legislativa civil ilimitada *ratione materiae* dejada a la disponibilidad de las Comunidades Autónomas» [SSTC 88/1993, de 12 de marzo, FJ 3; 156/1993, de 6 de mayo, FJ 1.b); 31/2010, de 28 de junio, FJ 76; 133/2017, de 16 de noviembre, FJ 4].

Partiendo de esta concepción de la competencia autonómica el TC ha sido sumamente generoso, así en la STC 95/2017, de 6 de julio, ha considerado constitucional la regulación de la llamada «propiedad temporal» introducida por la Ley 19/2015, de la Generalidad de Cataluña, y tras reconocer que se trata de «una figura jurídico real que no estaba regulada en él (en la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña de 1960) al promulgarse la Constitución» (*sic*). «Constituye, sin embargo, una actualización a las necesidades presentes de acceso a la vivienda de un principio preexistente en dicho ordenamiento, cual es la utilización de fórmulas de dominio dividido» (*sic*), que aprecia en las figuras de la «enfiteusis» y de la «sustitución fideicomisaria» contempladas en dicha Compilación.

BIBLIOGRAFÍA

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «Las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho civil», en MORENO QUESADA, B. (Coord.), *Competencia en materia civil de las Comunidades Autónomas*, Parlamento de Andalucía-Tecnos, Madrid, 1989, págs. 13-21.

GÓMEZ DE LA ESCALERA, C., *Las competencias legislativas en materia de Derecho civil (art. 149.1.8.ª CE)*. *El caso de la propiedad horizontal*, Iustel, Madrid, 2007.

La limitación de espacio impuesta para este comentario nos obliga a reducir la bibliografía al mencionado estudio del Prof. DÍEZ-PICAZO, al citarse sus palabras en el texto, remitiendo al lector interesado a la relación bibliográfica que incluimos en nuestro libro, en el que se recogen los meritorios trabajos de la doctrina española al respecto.

ARTÍCULO 149.1.9.^a

9.^a *Legislación sobre propiedad intelectual e industrial.*

Véase el comentario al artículo 149.1.6.^a de J. García de Enterría Lorenzo-Velázquez.

ARTÍCULO 149.1.10.^a

10.^a *Régimen aduanero y arancelario; comercio exterior.*

Sumario: I. El «régimen aduanero» afecta a todo el Estado. 1. STC 56/1986: La posibilidad del Estado de ejercitar la facultad extraordinaria del art. 180.2 Ley del Suelo (1957). 2. STC 191/1994: la actuación del Estado no puede ser autorizada por informes de las CC. AA. 3. La unicidad del orden económico nacional como fundamento del carácter exclusivo de la competencia del Estado sobre «régimen aduanero». II. La cesión de competencias en materia de régimen aduanero a favor de la Unión Europea. 1. La Unión Aduanera. 2. STC 62/2003: la integración de Canarias en el territorio aduanero común. III. La competencia sobre comercio exterior.

SANTIAGO RIPOL CARULLA

CATEDRÁTICO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO
UNIVERSIDAD POMPEU FABRA

I. EL «RÉGIMEN ADUANERO» AFECTA A TODO EL ESTADO

1. STC 56/1986: La posibilidad del Estado de ejercitar la facultad extraordinaria del art. 180.2 Ley del Suelo (1957)

El Tribunal Constitucional ha dictado dos sentencias en sendos conflictos positivos de competencia en las que ha reafirmado que la competencia en materia de régimen aduanero es exclusiva del Estado.

La primera ocasión fue la STC 56/1986, de 13 de mayo. En esta sentencia, el Tribunal dio

respuesta a los conflictos positivos de competencia núms. 228/1983 y 326/1984 acumulados, promovidos ambos por el Gobierno vasco: el primero contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 12 de noviembre de 1982 sobre ejecución de obras del Estado en Vitoria, Lemóniz y San Sebastián e Irún (construcción de casa cuartel en dichas localidades y cerramiento de acceso al recinto aduanero de Behobia); el segundo contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 14 de diciembre de 1983 por el que se dispone ejecutar el proyecto de obras de construcción de una Comisaría de Policía en Santurce.

En ambos casos, tras ser denegados por los Ayuntamientos afectados las preceptivas li-

cencias, los Ministerios del Interior y Hacienda remitieron los expedientes al Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo para que fueran tramitados conforme al procedimiento del art. 180 de la Ley del Suelo y Ordenación urbana (1956). Tras el cumplimiento de los trámites previstos, el Consejo de Ministros adoptó los referidos Acuerdos. El art. 180.1 LS disponía que «los actos relacionados en el art. 178 que se promuevan por órganos del Estado o Entidades de Derecho público que administren bienes estatales estarán igualmente sujetos a licencia municipal». El ap. 2.º del precepto establecía una excepción a esta regla, un régimen especial en el que la licencia se sustituye por un informe de conformidad o disconformidad con el planeamiento urbanístico, con el objetivo de hacer posibles las obras en cuya realización concurren «razones de urgencia o excepcional interés público».

Argumentaba el Gobierno vasco que, en virtud del art. 10.31 del Estatuto de Autonomía del País Vasco, las competencias urbanísticas han sido asumidas con carácter exclusivo por la Comunidad Autónoma y que esta atribución excluía toda posibilidad de que el Estado pueda ejercer competencias de contenido distinto del urbanístico, pero que requiera para su ejercicio de una proyección sobre el suelo de la CA. El Gobierno, por su parte, sostenía que el art. 180.2 LS establecía una excepción al régimen urbanístico general, otorgándole ciertas facultades en casos en que concurren urgencia o excepcional interés público.

Para el TC, aun siendo cierta la asunción por la CAPV con carácter exclusivo de las competencias urbanísticas, la CE reconoce al Estado competencias exclusivas en materia de seguridad pública (art. 149.1.29.^a), aduanas (art. 149.1.10.^a) y obras públicas de interés general (art. 149.1.24.^a) cuyo «ejercicio puede permitir al Estado ejercitar la facultad extraordinaria que reconoce el art. 180.2 LS cuando se den los presupuestos de este precepto» (FJ 3).

2. STC 191/1994: la actuación del Estado no puede ser autorizada por informes de las CC. AA.

Esta misma afirmación fue reiterada por la STC 191/1994, de 23 de junio, que resolvió un conflicto positivo de competencia promovido por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña. De acuerdo con el FJ 1 de la sentencia: «el objeto inmediato del presente conflicto de competencias es la Orden de 4 de agosto de 1987, firmada por el Ministro de Economía y Hacienda, pero no toda ella sino un fragmento muy concreto, el ap. 4 de la disposición decimoquinta, en cuya virtud la Dirección General de Aduanas e Impuestos Especiales «podrá recabar de las autoridades y organismos competentes los oportunos informes a fin de determinar la conveniencia de su instalación», para autorizar, en su caso, el establecimiento de un depósito aduanero público [...] En pocas palabras, la Comunidad Autónoma promotora del conflicto opina que es necesaria su conformidad para instalar en su territorio tales depósitos aduaneros y que, no previéndolo así, la reglamentación en litigio invade o menoscaba sus competencias sobre terminales de carga de transportes y sobre la ordenación del territorio configuradas en el Estatuto de Autonomía de Cataluña (art. 9, núms. 15 y 9, respectivamente)». El Gobierno, por su parte, consideraba que el contenido de la disposición impugnada es ajeno a tales materias y que el título adecuado se encontraba en el art. 149.1.10.^a CE, donde se reserva al Estado la competencia exclusiva sobre el régimen aduanero.

El TC establece una distinción entre dos figuras: los depósitos aduaneros, por una parte, y las terminales de carga, por otra. Los primeros son «recintos situados en el territorio peninsular español e Islas Baleares, especialmente habilitados por la Administración para el almacenaje de mercancías, cualquiera que sea su naturaleza, cantidad, su país de origen, de procedencia o de destino, en las condiciones que se establecen en la presente disposición (Real Decreto

2094/1986) y sometidos al control de la autoridad aduanera». Su régimen —se explica a continuación— permite el almacenaje de mercancías con posibilidad de someter las mismas, durante su plazo de permanencia, a manipulaciones usuales o a otras operaciones admitidas (art. 2.1 y 2), que son aquellas cuya finalidad consiste en «asegurar su conservación o mejorar su calidad o presentación [art. 1.g)], obteniendo una serie de beneficios tributarios y la eventual suspensión de ciertas medidas de política comercial [...]». Las terminales de carga, en cambio, son elementos complementarios del transporte, auxiliar a su vez del comercio tanto interior como exterior, con un perfil jurídico propio, aun cuando no aparezca configurado, como tampoco su nombre, en la Ley reguladora de los transportes terrestres.

Se trata, pues, de dos figuras que actúan como soporte de los títulos competenciales objeto de litigio. Es cierto —afirma el TC— que en algún aspecto parcial los depósitos aduaneros pueden solaparse materialmente a las terminales, pero nunca desde una perspectiva jurídica, pues su naturaleza es distinta, ya que es claro que un depósito aduanero «no es la suma de una terminal de carga con un régimen aduanero singular, sino algo distinto cualitativamente. La circunstancia de que en ambos se puedan realizar ciertas operaciones materiales comunes no empece al hecho diferencial de que en las terminales caben cualesquiera imaginables, mientras que en los depósitos tan solo las expresamente permitidas con un fin muy concreto. La distinta perspectiva, meramente comercial en un caso, dentro de un entramado de relaciones jurídicas de naturaleza privada, mercantiles en suma y tributaria en el otro, con el correlativo ejercicio de potestades públicas y en el ámbito de la política económica en su vertiente del comercio exterior, y solo de él, refleja nítidamente que aquí prevalece cuanto significa en definitiva la expresión «régimen aduanero» como título habilitante de la competencia estatal al respecto».

En definitiva, el elemento definidor de los depósitos aduaneros «es el tributario, sin que se pro-

duzca interferencia de las competencias respectivas del Estado sobre ellos y de las Comunidades Autónomas sobre las terminales de carga, cuya concurrencia en el mismo ámbito espacial resulta perfectamente viable por tener un distinto objeto (STC 77/1984). Otra solución llevaría a negar una de las potestades estatales en materia de aduanas, cuyo régimen afecta a todo el territorio español (STC 56/1986), materia sobre la cual la Comunidad Autónoma no tiene conferida competencia alguna que resultaría adquirida así por una vía indirecta».

Finalmente, y por lo que se refiere a la cuestión de los informes, el TC señala que para la instalación de un depósito aduanero, en efecto, «son exigibles las autorizaciones pertinentes en el marco de los planes y de la legislación urbanística, así como los informes de las autoridades y organismos, en cualquier nivel territorial (estatal, autonómico o local) con alguna relación funcional sobre la materia y, por ello, «competentes» en esa acepción restringida que utiliza la Orden ministerial impugnada». Acto seguido señala que «tales informes no son preceptivos en principio, aun cuando podrían llegar a serlo si una Ley exigiera alguno de ellos, pero no cabe que tengan fuerza vinculante, como pretende el Consejo Ejecutivo de la Generalidad y menos por obra y gracia de una Orden ministerial. Un informe preceptivo y vinculante equivaldría a una autorización y significaría privar de su carácter exclusivo a esta competencia estatal». Es por ello, en definitiva, que la Orden ministerial en cuestión no incurre en los vicios que se le han achacado y respeta el orden constitucional de competencias.

3. La unicidad del orden económico nacional como fundamento del carácter exclusivo de la competencia del Estado sobre «régimen aduanero»

En las SSTC 56/1986 (FJ 3) y 191/1994 (FJ 4), el TC argumentó que la competencia en materia de aduanas es atribuida al Estado con carácter

exclusivo, ya que «el funcionamiento del régimen aduanero afecta a todo el Estado». Esta afirmación encuentra una explicación más detallada en la STC 1/1982, de 28 de enero, FJ 1:

«En la Constitución Española de 1978, a diferencia de lo que solía ocurrir con las Constituciones liberales del siglo XIX y de forma semejante a lo que sucede en más recientes Constituciones europeas, existen varias normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica; el conjunto de todas ellas compone lo que suele denominarse la constitución económica o constitución económica formal. Ese marco implica la existencia de unos principios básicos del orden económico que han de aplicarse con carácter unitario, unicidad que está reiteradamente exigida por la Constitución, cuyo Preámbulo garantiza la existencia de «un orden económico y social justo», y cuyo art. 2 establece un principio de unidad que se proyecta en la esfera económica por medio de diversos preceptos constitucionales, tales como el 128 entendido en su totalidad, el 131.1, el 139.2 y el 138.2, entre otros. Por otra parte, la Constitución fija una serie de objetivos de carácter económico cuya consecución exige la adopción de medidas de política económica aplicables con carácter general a todo el territorio nacional (arts. 40.1, 130.1, 131.1, 138.1).

Esta exigencia de que el orden económico nacional sea uno en todo el ámbito del Estado es más imperiosa en aquellos, como el nuestro, que tienen una estructura interna no uniforme, sino plural o compuesta desde el punto de vista de su organización territorial (Tít. VIII de la CE). **La unicidad del orden económico nacional es un presupuesto necesario para que el**

reparto de competencias entre el Estado y las distintas Comunidades Autónomas en materias económicas no conduzca a resultados disfuncionales y desintegradores. Por ello, la Constitución retiene en poder del Estado, como exclusivas en su integridad, aquellas competencias que atañen a determinados aspectos del orden económico y de su unidad, como sucede entre otros preceptos con el art. 149.1.10.^a de la CE, y en otros supuestos retiene en poder del Estado, también con carácter exclusivo, la competencia para fijar solamente las «bases», como ocurre con los indicados en el art. 149.1.1.^a y 13.^a de la CE.»

II. LA CESIÓN DE COMPETENCIAS EN MATERIA DE RÉGIMEN ADUANERO A FAVOR DE LA UNIÓN EUROPEA

Será esta la última ocasión en la que el TC emplee este término —territorio aduanero nacional— e incluso en la que se enfrente a un conflicto competencial en materia de régimen aduanero. La adhesión de España a la Comunidad Económica Europea en 1986 [LO 10/1985, de 2 de agosto (*BOE* núm. 189, de 8 de agosto)] supuso la atribución de esta competencia a las instituciones comunitarias (art. 93 CE). El art. 23 del Tratado constitutivo de la CE así lo expresa con singular rotundidad: «1. La Comunidad se basará en una unión aduanera, que abarcará la totalidad de los intercambios de mercancías y que implicará la prohibición, entre los Estados miembros, de los derechos de aduana de importación y exportación y de cualesquiera exacciones de efecto equivalente, así como la adopción de un arancel aduanero común en sus relaciones con terceros países. 2. Las disposiciones del art. 25 y las del Capítulo 2 del presente Título se aplicarán a los productos originarios de los Estados miembros y a los productos procedentes de terceros países que se encuentren en libre práctica en los Estados miembros.»

1. La Unión Aduanera

La Unión Aduanera se basa en cuatro principios: ausencia de derechos de aduana en las fronteras entre los países miembros de la UE; derechos de aduanas comunes sobre las importaciones procedentes de fuera de la UE; normas de origen comunes para los productos importados de fuera de la UE; y una definición común del valor en aduana. Su puesta en funcionamiento data del 1 de julio de 1968 —hace 40 años— cuando se creó el arancel aduanero común, de aplicación en todos los miembros de la entonces CE. Los tipos de derecho difieren para las distintas clases de mercancías según su naturaleza y su procedencia. Estos tipos se fijan por la CE sobre la base de acuerdos internacionales. Corresponde a la CE también determinar las excepciones, las prohibiciones y las restricciones que resulten aplicables.

El desarrollo de la Unión Aduanera ha implicado la aprobación de una legislación aduanera comunitaria, esto es, una legislación encaminada a garantizar que, siempre que se importen mercancías en la Comunidad, tales mercancías estén sujetas a las mismas normas arancelarias y a las mismas disposiciones aduaneras, de modo que el arancel común sea aplicado del mismo modo en todas partes. En este sentido merece destacar la aprobación del Código Aduanero Comunitario [Reglamento (CEE) núm. 2913/1992 del Consejo, de 12 de octubre] y el Reglamento de aplicación del mismo [Reglamento (CEE) núm. 2454/1993 de la Comisión, de 5 de octubre], revisado por el Reglamento (CE) núm. 450/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, por el que se establece el código aduanero comunitario (código aduanero modernizado). Con fecha 9 de octubre de 2013 se aprobó el Reglamento (UE) núm. 952/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establece el código aduanero de la Unión, que deroga los anteriores.

Con el Código Aduanero de 1994 se consolidó toda la legislación aduanera comunitaria en un texto único y se estableció el marco jurídico para los procedimientos de importación y exportación de la Comunidad. Se trata, pues, de un cuerpo legal que regula de forma global la actividad aduanera, sustituyendo a las normativas nacionales existentes; normativa que en el caso de España la constituía el Texto Refundido de las Ordenanzas de Aduanas (Decreto de 7 de octubre de 1947), la Ley 1/1960, Arancelaria (de 1 de mayo de 1960), y el Texto Refundido de Impuestos integrados de la Renta de Aduanas (Real Decreto 511/1987, de 18 de febrero). La normativa adoptada por las autoridades españolas con posterioridad a la adhesión a la CE tiene como objetivo el desarrollo de lo establecido en el CA y las normas comunitarias que lo desarrollan.

2. STC 62/2003: la integración de Canarias en el territorio aduanero común

En este sentido ha de mencionarse la STC 62/2003, de 27 de marzo, que resolvió diversas cuestiones de constitucionalidad planteadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, respecto a los preceptos de la Ley 20/1991, de 7 de junio, de modificación de los aspectos fiscales del régimen económico fiscal de Canarias, que regulan el impuesto general indirecto canario y un arbitrio.

Estas figuras tributarias —que son expresión de «una fiscalidad indirecta moderna, instrumento de desarrollo económico y social y de financiación de los presupuestos locales» (Reglamento CEE núm. 1911/1991)— se introdujeron por la citada Ley 20/1991 adoptada en cumplimiento del Reglamento (CEE) núm. 1911/1991 del Consejo, de 26 de junio de 1991, relativo a la aplicación de las disposiciones del Derecho comunitario en las Islas Canarias (*DOCE* núm. L 171, de 29 de junio de 1991). Por estas dos normas se desarrollaba el proceso progresivo de integración de las Islas

Canarias en el territorio aduanero de la Comunidad (de acuerdo con lo establecido en el art. 25.4 del Acta relativa a las condiciones de adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa a la Comunidad Económica Europea de 12 de junio de 1985). Así lo reconoce el TC, el cual señala asimismo que a través de esta normativa las Islas Canarias son parte del «territorio aduanero comunitario», quedan incluidas en el conjunto de las políticas comunes y son objeto de la progresiva introducción del arancel aduanero común.

III. LA COMPETENCIA SOBRE COMERCIO EXTERIOR

En su STC 313/1994, de 24 de noviembre, FJ 4, el TC dejó dicho que «la competencia sobre comercio exterior deja en manos del Estado el sector exterior de la economía, es decir, la determinación del flujo de entradas al mercado español de mercancías, servicios y capitales procedentes del extranjero». A partir de esta afirmación el TC desarrolló una doctrina muy consolidada según la cual procede distinguir entre la actividad destinada a controlar las características y la calidad de

los productos con destino a su comercialización (actividad encuadrable en los títulos específicos relativos a cada producto, aquí indudablemente la agricultura) y la actividad que regula de modo directo el modo de intercambio de productos (además de la citada STC 313/1994, de 24 de noviembre, destaca la STC 21/1999, de 25 de febrero, cuya doctrina siguen las SSTC 186/1999, de 14 de octubre, FJ 5; 242/1999, de 21 de diciembre, FJ 16; 190/2000, de 13 de julio, FJ 5, y 33/2005, de 17 de febrero, FJ 11).

La STC 74/2014, de 8 de mayo, que resuelve un conflicto de competencias presentado por la Generalitat de Cataluña contra determinados artículos del Real Decreto 227/2008, de 15 de febrero, por el que se establece la normativa básica referente a los paneles de catadores de aceite de oliva virgen, cita esta doctrina, que, no obstante, no aplica por considerar que la competencia aplicable es la relativa al régimen aduanero y arancelario. Este cambio de encuadramiento fue severamente criticado en el voto formulado por el Magistrado Ortega Álvarez, al que se suman otros cuatro magistrados.

BIBLIOGRAFÍA

BLASCO ESTEVE, A., «Normas básicas estatales y leyes de desarrollo de las Comunidades Autónomas: jurisprudencia constitucional», *Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 33, 1982, págs. 301-315.

GALERA RODRIGO, S., *Derecho aduanero español y comunitario: la intervención pública sobre el comercio exterior de bienes*, Civitas, Madrid, 1995.

MARTÍNEZ DEL VAL, J. M., «Obras del Estado y competencias «exclusivas»», *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 4, 1987, págs. 91-94.

PELECHÁ ZOZAYA, F., *El Código aduanero comunitario y su aplicación en España*, Marcial Pons, Madrid, 1995.

ARTÍCULO 149.1.11.^a

11.^a Sistema monetario: divisas, cambio y convertibilidad; bases de la ordenación de crédito, banca y seguros.

LAS COMPETENCIAS DEL ESTADO SOBRE LA MONEDA Y EL SISTEMA FINANCIERO

Sumario: I. La regla 11.^a del art. 149.1 como fundamento constitucional de la copiosa legislación estatal sobre el sistema financiero. La ausencia de previsiones constitucionales de carácter sustantivo en relación con la materia. II. La distancia entre la Constitución formal y la Constitución real en el reparto de las competencias sobre el sistema financiero. La potente tendencia a la concentración de poderes en el ámbito estatal y en el de la Unión Europea. III. Apéndice jurisprudencial. Selección de sentencias del Tribunal Constitucional relativas al reparto de competencias entre el Estado y las CC. AA. sobre el sistema financiero.

JUAN PEMÁN GAVÍN

CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

I. LA REGLA 11.^a DEL ART. 149.1 COMO FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA COPIOSA LEGISLACIÓN ESTATAL SOBRE EL SISTEMA FINANCIERO. LA AUSENCIA DE PREVISIONES CONSTITUCIONALES DE CARÁCTER SUSTANTIVO EN RELACIÓN CON LA MATERIA

En este escueto precepto se apoya constitucionalmente toda la frondosa legislación estatal sobre el sistema financiero, que incluye como es sabido no solo numerosos textos legales, sino también detalladas disposiciones reglamentarias e incluso circulares elaboradas por los organismos supervisores del sistema financiero (Banco de España y Comisión Nacional del Mercado de Valores).

La competencia que se atribuye al Estado mediante este precepto constitucio-

nal es íntegra o completa en lo relativo al sistema monetario, esto es, a todo lo que se refiere al dinero como unidad de medida del valor económico de los bienes y servicios, como instrumento de cambio y como medio de pago de todas las obligaciones pecuniarias (FERNÁNDEZ ARMESTO y DE CARLOS BERTRÁN, 1992, 233 y ss.), materia que desde antiguo se ha considerado como un atributo de la soberanía de los Estados, a los que el Derecho internacional ha venido reconociendo la facultad de regular su propia moneda como unidad de valor, fijando el tipo de cambio con otras monedas y estableciendo o no su convertibilidad con las mismas. **En cambio la competencia sobre «la ordenación del crédito, banca y seguros» se concibe como compartida —con las matizaciones que tendremos la ocasión de hacer al respecto—**, puesto que en relación con dicha ordenación tan solo se atribuyen al Estado las bases.

En todo caso debemos subrayar que **el entendimiento que se ha hecho de esta regla competencial («bases de la ordenación del crédito, banca y seguros») incluye al sistema financiero en su totalidad**, integrado por tres grandes bloques o sectores normativos e institucionales claramente individualizados, pero estrechamente conectados entre sí. Utilizando la terminología consagrada legalmente (Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero), se integran en el sistema financiero tanto el *mercado del crédito* (protagonizado por unos intermediarios financieros —las entidades de crédito— que captan ahorro del público, ofreciendo su propia solvencia como garantía, e invierten ese dinero en diversas modalidades de crédito concedido a los sujetos necesitados de financiación), el *mercado de valores* (no incluido expresamente en el art. 149.1.11.^a, pero sí implícitamente según confirmó la STC 133/1997, de 16 de julio, que resolvió diversas impugnaciones contra la Ley del Mercado de Valores; el objeto de este mercado no es ya el dinero en sí mismo sino los valores negociables —acciones, obligaciones, pagarés, etc.—), así como también el *mercado de seguros* que, con independencia de su clara especificidad, presenta unas intensas afinidades estructurales y económicas con los otros dos mercados mencionados (el mercado de seguros está protagonizado también por unas entidades profesionalizadas y especializadas —las entidades aseguradoras— que están sometidas a detalladas exigencias normativas para garantizar su solvencia y a un poder supervisión que ejerce en este caso una Dirección General integrada en el Ministerio de Economía). Por lo demás, es preciso matizar que en este último bloque —el mercado de seguros en un sentido amplio— se incluyen los Planes y Fondos de Pensiones, que son, por un lado, una forma de previsión social complementaria del sistema público de pensiones y, por otro, una forma de canalización del ahorro generado por los partícipes hacia la inversión institucional o colectiva.

Entendido en estos términos amplios, no cabe duda de que el sector financiero constituye un factor esencial del desarrollo económico y la modernización de cualquier país: la mayor o menor eficiencia de la «industria financiera», cada vez más sofisticada y sujeta a las implicaciones de la globalización, incide de manera muy significativa sobre el funcionamiento de la «economía real» en aspectos tan trascendentales como las condiciones de acceso a la financiación por parte de familias y empresas o la facilitación de los pagos y transacciones financieras en todos los intercambios de bienes y servicios.

Pese a esta relevancia, probablemente no tan acentuada en 1978 como en el momento presente, **no hay en nuestro texto constitucional referentes específicos sobre el sistema financiero al margen de la regla competencial que enuncia el art. 149.1.11.^a** No hay en efecto en la Constitución ningún mandato sustantivo dirigido a los poderes públicos en materia de moneda, ahorro y crédito (se consagra la referencial a la «estabilidad económica» en el art. 40.1 o la «estabilidad presupuestaria» en el art. 135, pero no se recogen en cambio los conceptos de estabilidad monetaria o de estabilidad financiera), ni tampoco referencia alguna de carácter institucional u organizativa al Banco de España. Situación que contrasta con lo que sucede en los textos constitucionales de países de nuestro entorno como Italia, Alemania o Portugal, que dedican algunas previsiones, más o menos explícitas, al tema.

Sería deseable a mi juicio que en una hipotética revisión de la Constitución se hiciera referencia a tales aspectos sustantivos, dado que no parece difícil construir un amplio consenso en torno a los mismos. En el caso de la política monetaria, es claro que los objetivos a perseguir se identifican con la estabilidad de los precios y el apoyo a la política económica general del Gobierno (art. 127 TFUE y art. 7 de la Ley de Autonomía del Banco de España), y en el caso del sistema financiero el concepto de *estabilidad financiera* ha adquirido

carta de naturaleza como referente fundamental en la materia, no solo en el ámbito interno y en el de las instituciones europeas, sino también en la esfera internacional.

Por otro lado, es importante notar que una parte muy importante de la legislación sobre el sistema financiero, concretamente toda la que se refiere a las relaciones contractuales entre los sujetos privados que intervienen en el mercado financiero (contratación bancaria, contratos sobre valores, contratos de seguros, etc.) tiene su fundamento en la competencia estatal sobre *legislación mercantil* (art. 149.1.6.^a CE), si bien la estrecha imbricación existente entre los aspectos jurídico-públicos y jurídico-privados en la regulación del mercado financiero hace en ocasiones que un mismo texto legal aborde conjuntamente ambas perspectivas, como sucede señaladamente con la Ley del Mercado de Valores.

En coherencia con ello, hay que tener en cuenta que, desde un punto de vista competencial, **la normativa estatal amparada en el art. 149.1.11.^a es solo la que regula los aspectos jurídico-públicos del sistema financiero**; pero esta normativa es ciertamente extensa y minuciosa, como consecuencia del carácter intensamente regulador que tienen los mercados financieros y del intenso control público al que se somete el sector, manifestado en las amplias facultades de supervisión e intervención que ostentan los organismos *ad hoc* (actualmente, en el ámbito interno, el Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, el FROB y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones). Esta legislación jurídico-pública sobre el sistema financiero pivota en torno a algunos textos legales principales que actúan en cierto modo como «normas de cabecera»: para el mercado de crédito, la Ley de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito y la Ley de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión; para el mercado de valores, la Ley del Mercado de Valores y la Ley de instituciones de inversión colectiva; para el sec-

tor asegurador, la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados y el Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros; y para los fondos de pensiones, la Ley sobre Planes y Fondos de Pensiones.

II. LA DISTANCIA ENTRE LA CONSTITUCIÓN FORMAL Y LA CONSTITUCIÓN REAL EN EL REPARTO DE LAS COMPETENCIAS SOBRE EL SISTEMA FINANCIERO. LA IMPARABLE TENDENCIA A LA CONCENTRACIÓN DE PODERES EN LA ÓRBITA EUROPEA Y ESTATAL Y SU REFORZAMIENTO COMO CONSECUENCIA DE LA CRISIS ECONÓMICA Y FINANCIERA (2008-2014)

1. La visión de las cosas que se obtiene de la lectura del marco constitucional y estatutario sobre el reparto de competencias en relación con el sistema financiero es la de una competencia compartida entre el Estado y las CC. AA. en relación con la cual estas ocupan un amplio espacio de ordenación y gestión. En efecto, si dejamos fuera lo relativo al sistema monetario —que se mantiene en la órbita estricta del Estado—, el art. 149.1.11.^a parece dejar un amplio espacio abierto a los Estatutos que estos han ocupado reconociendo a la respectiva Comunidad competencias de «desarrollo legislativo y ejecución» en materia de ordenación del crédito, banca y seguros, añadiendo además el la competencia «exclusiva» sobre crédito cooperativo, público y territorial y Cajas de Ahorros.

La literalidad de estas reglas competenciales transmite la imagen de una regulación común estatal en la materia que permite desarrollos específicos por las diferentes CC. AA., y con ello un margen para el pluralismo legislativo y para la diversidad en las políticas públicas del sector, como es propio del esquema bases-desarrollo que se ha consolidado y opera en materias tan relevantes como la enseñanza, la sanidad, el medio ambiente o el régimen local. Sin embargo, la realidad de las cosas no

resulta exactamente así, existiendo en la práctica una considerable distancia entre lo que podríamos denominar «Constitución formal», esto es, las reglas formalmente plasmadas en el marco constitucional y estatutario, y la «Constitución real», esto es, las pautas que se han consolidado en el terreno de la realidad como marco constitucional operativo. Esta diferencia está en efecto consolidada en la práctica y es la consecuencia fundamentalmente de dos fenómenos que han incidido decisivamente en la distribución competencial sobre la materia, en unos términos además progresivos que se han intensificado como consecuencia de las respuestas que ha sido necesario articular para responder a la fortísima crisis económica y financiera vivida entre 2008 y 2014.

2. En primer lugar, la **interpretación indudablemente expansiva que se ha hecho de las competencias del Estado sobre el sistema financiero**. Una interpretación avalada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que gira en torno al concepto constitucional de *bases* (de la ordenación del crédito, banca y seguros). En relación con este concepto el TC ha realizado una interpretación muy amplia, quizás más expansiva que en ningún otro terreno, que se traduce en la práctica que el Estado concentre la gran mayoría de las competencias de ordenación sustantiva del sistema financiero y una gran parte de las competencias ejecutivas en relación con el mismo.

No podemos extendernos a narrar los pormenores de esta jurisprudencia constitucional en virtud de la cual el TC ha preservado la unidad del mercado de capitales en España y la integridad de una política pública estatal de ordenación y supervisión de las entidades de crédito y del sistema financiero en su conjunto. Baste señalar al respecto que, con unos materiales constitucionales no muy explícitos y poniendo mucho énfasis en los principios generales de unidad de mercado y de «unidad del orden económico nacional», el TC ha construido una importante doctrina

que, entre otros extremos, ha dado por buena la posibilidad de bases fijadas reglamentariamente y de contenido detallado y coyuntural, así como bases que se traducen en medidas de carácter ejecutivo, siendo particularmente deferente con las funciones ejecutivas atribuidas al Banco de España (mayores detalles en POMED SÁNCHEZ, 1996, 180 y ss.; GARCÍA-ANDRADE, 2003, 1108 y ss.). Una doctrina que ha respaldado, con excepciones puntuales, la constitucionalidad de la frondosa legislación estatal sobre el sistema financiero, y cuyo resultado práctico es que a las CC. AA. les queda muy poco espacio para una legislación propia sobre el mismo, salvo en el caso específico de las Cajas de Ahorro y Cooperativas de Crédito, y comparten con las autoridades estatales las competencias ejecutivas sobre la materia, en la práctica además con una posición secundaria respecto de aquellas.

Este entendimiento de las competencias autonómicas sobre el sistema financiero como un espacio reducido —e incluso marginal— se ha intensificado en la última década en virtud de la legislación aprobada como respuesta a la crisis económica y financiera, primero a través de disposiciones de carácter coyuntural que articularon un profundo proceso de reestructuración del sector (a través fundamentalmente de diversos Reales Decretos Leyes dictados en el período 2009-2012), y posteriormente a través de la renovación general de la legislación sobre el sistema financiero promulgada entre diciembre de 2013 y 2015 —con pretensiones de estabilidad en este segundo caso—; en ambas fases siguiendo muy de cerca por cierto las reglas y directrices fijadas por las instituciones de la Unión Europea. Una respuesta a la crisis que se dirigió prácticamente en exclusiva por las autoridades centrales del Estado (Gobierno, Ministerio de Economía y Banco de España), y se gestionó a través de organismos y estructuras operativas situados también en la órbita estatal (FROB y bancos nacionalizados participados por el mismo, SAREB y Fondo de Garantía de Depósitos), con una participación por tanto muy marginal de las autoridades autonómicas.

Como consecuencia de ello, se ha dado una nueva «vuelta de tuerca» a la extensa y minuciosa regulación estatal de las entidades financieras, añadiendo nuevos aspectos que son objeto de tratamiento legal y nuevas técnicas de intervención por las autoridades públicas, tanto en relación con la supervisión prudencial y la protección de clientes como en relación con la prevención y gestión de las crisis, creándose con ello un sistema de supervisión y de reacción frente a situaciones críticas mucho más depurado y completo que el existente con anterioridad.

Por otro lado, es importante poner de relieve el importante efecto reductor que para las competencias autonómicas ha tenido el proceso de transformación de la gran mayoría de las antiguas Cajas de Ahorro en Fundaciones que, en el mejor de los casos, ejercen su actividad financiera a través de bancos creados al efecto, así como la opción legal (plasmada en la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de Cajas de ahorro y Fundaciones Bancarias) de limitar estrictamente la dimensión de las Cajas de Ahorro a un tamaño marginal o testimonial —tanto las dos pequeñas Cajas subsistentes, como las que pudieran crearse en el futuro—. A lo que se añade el hecho de que las Fundaciones más importantes creadas por transformación de las antiguas Cajas —las denominadas «Fundaciones Bancarias»— están también sujetas a la legislación estatal y a la supervisión que ejerce sobre ellas el Banco de España. Todo lo cual ha dejado sin contenido la otrora importantísima competencia autonómica sobre Cajas de Ahorro, que llegaron a alcanzar una dimensión equivalente aproximadamente a la mitad del sistema financiero español.

Esta «evaporación» de la competencia autonómica sobre Cajas de Ahorro —por pérdida sobrevenida de objeto— constituye una de las consecuencias de los amargos aprendizajes que nos ha dejado la crisis económica y financiera vivida, entre los cuales se encuentra sin duda la evidencia de que resulta difícil ejercer una supervisión rigurosa desde una proximidad excesiva hacia las entidades supervisa-

das, sobre todo cuando, como era el caso, confluían intereses políticos de gran intensidad que presionaban en otras direcciones distintas a la lógica de la prudencia y el rigor que deben presidir la supervisión de las entidades de crédito. Y ha quedado también acreditado que el espacio territorial autonómico resulta demasiado reducido para intentar abordar desde él eficazmente las situaciones de crisis de las entidades financieras, que son siempre difíciles de abordar, pero que exigen una visión global del sistema financiero y, en su caso, la adopción de medidas de gran intensidad y alcance, como lo son las relativas a la intervención, reestructuración y en su caso resolución de las entidades de crédito.

3. En segundo lugar, hay que referirse al enorme impacto que ha tenido sobre lo que hemos denominado «Constitución real» de nuestro sistema financiero el **proceso de integración europea**; impacto que se ha producido de manera paralela al anteriormente mencionado de la interpretación expansiva de las competencias estatales. En efecto, como consecuencia de la incorporación de España al proceso de integración europea a partir de 1986 y la creación, dentro de este proceso, de la Unión Económica y Monetaria en virtud del Tratado de Maastricht (1992) —cuyas previsiones fueron plenamente operativas a partir de la implantación del euro a principios de 2002—, se ha producido un importante proceso de transferencia de competencias sobre la política monetaria y sobre el sistema financiero a las instituciones comunes de la Unión.

Dos aspectos o facetas de este proceso interesa resaltar aquí: de una parte, la progresiva armonización que se ha producido de la legislación sobre el sistema financiero en el ámbito de la Unión Europea —con el objetivo de lograr plenamente la libre circulación de capitales y las libertades de establecimiento y de prestación de servicios en el sector financiero—, lo que permite afirmar la existencia de una fuerte homogeneidad a nivel comunitario de las legislaciones nacionales sobre los mer-

cados de crédito, de valores y de seguros. Y de otra parte, la plena realización de la Unión Económica y Monetaria en cuanto a la moneda única, lo que se tradujo —para los Estados que forman parte de la denominada «Zona Euro» (19 en la actualidad)— en la adopción del euro como moneda y de una política monetaria única diseñada y ejecutada por el denominado «Sistema Europeo de Bancos centrales» —en el que se integran el Banco Central Europeo y los Bancos centrales nacionales—, cuyo objetivo principal es mantener la estabilidad en los precios y con ello salvaguardar el valor de la moneda común.

En virtud de este proceso, los Estados miembros transfirieron a las instituciones comunes de la Unión las decisiones básicas sobre la configuración del sistema financiero y han renunciado a una de las parcelas más prototípicas y tradicionales de la soberanía —la relativa a la política monetaria—. En nuestro caso, esta nueva situación no se ha plasmado formalmente en el texto constitucional, a diferencia de lo sucedido en algunos países que optaron por una modificación de su respectiva Constitución, y ha penetrado en nuestro ordenamiento jurídico por la vía genérica abierta por el art. 93 CE (relativo a los Tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional «el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución»), pero no cabe duda de que puede decirse que se ha producido una verdadera *mutación constitucional*, como señaló en su momento MUÑOZ MACHADO (1993, 23 y ss.).

4. Por lo que se refiere en particular a la regulación y supervisión del sistema financiero, procede destacar los importantes pasos que se han dado en los últimos años hacia una mayor integración del mismo en el conjunto de la Unión como consecuencia de las reformas implantadas como respuesta a la crisis. Tres aspectos, en concreto, son particularmente relevantes al respecto:

a) La creación de un sistema de coordinación de la supervisión financiera que se lleva

a cabo en el conjunto de la Unión a través de tres autoridades de supervisión operativas a partir de 2011 y creadas, respectivamente, para las entidades de crédito, el mercado de valores y los seguros y fondos de pensiones: la Autoridad Bancaria Europea (con sede en Londres, pero está previsto su traslado a París como consecuencia de la salida del Reino Unido de la Unión), la Autoridad Europea de Valores y Mercados (sede en París) y la Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación (sede en Frankfurt); a las cuales se añade la Junta Europea de Riesgo Sistémico en relación con los denominados «riesgos macroprudenciales». Estas autoridades no tienen funciones de supervisión directa de las entidades financieras, ni en consecuencia sustituyen a los supervisores nacionales, pero juegan un papel muy importante en la coordinación de la actividad de los mismos y en el impulso hacia una mayor integración de la normativa financiera y del sector financiero a nivel de toda la Unión.

b) Se ha intensificado notablemente el grado de extensión y detallismo de la legislación comunitaria sobre el sistema financiero, a través de las nuevas Directivas y Reglamentos aprobados en los últimos años.

Por lo que se refiere en concreto al sector financiero en sentido estricto, esto es, la legislación bancaria, procede destacar el conjunto normativo a través del cual se han incorporando al ordenamiento comunitario las pautas propuestas por el Comité de Supervisores Bancarios de Basilea en 2010 en relación con los requerimientos de capital (Acuerdo de Basilea III): la Directiva 2013/36/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, que sustituye a otras anteriores (cuarta Directiva sobre requerimientos de capital o CRD IV) y el Reglamento (UE) núm. 575/2013, de 26 de junio de 2013 (Reglamento de requerimientos de capital o CRR). En ambos casos se trata de cuerpos normativos muy extensos que abordan numerosos aspectos de las entidades financieras (no solo los requerimientos de capital, sino también, en-

tre otros, los requerimientos de liquidez o de gobierno corporativo, la política de remuneraciones, o las sanciones administrativas aplicables en caso de infracción), sobre cuya base se han aprobado además numerosos Reglamentos delegados o de ejecución por la Comisión, resultando destacable que por primera vez se han abordado cuestiones respecto de esta materia en normas comunitarias de aplicación directa (el Reglamento 575/2013 y sus disposiciones de desarrollo). Asimismo debe destacarse la unificación del tratamiento de las crisis bancarias mediante la Directiva 2014/59/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014 por la que se establece un marco para la reestructuración y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión.

c) Por otro lado, en el contexto de la denominada «Unión Bancaria», creada para los países de la Eurozona, se ha reglamentado y puesto en marcha un Mecanismo Único de Supervisión, que se traduce en la atribución al BCE de funciones de supervisión directa de las entidades de crédito más importantes (las denominadas «significativas»), así como de funciones muy relevantes en la supervisión de las demás entidades [Reglamento (UE) núm. 1024/2013, de 15 de octubre, por el que se encomiendan al Banco Central Europeo tareas específicas de políticas relacionadas con la supervisión prudencial de las entidades de crédito], y se ha establecido también un sistema unificado de resolución de las entidades de crédito (Mecanismo Único de Resolución) liderado por la Junta Única de Resolución (Reglamento UE núm. 806/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2014), que ha tenido como es sabido un papel muy relevante en la resolución del Banco Popular decidida en junio de 2017.

Todo ello conforma un marco regulatorio y supervisor de gran densidad, en el que el espacio para opciones propias por parte de cada uno de los Estados se ha reducido ostensiblemente, encontrándose además claramente asentada una dinámica expansiva en

la unificación de la regulación y supervisión del sistema financiero impulsada por la EBA y el BCE, que va a ir produciendo resultados de forma progresiva. En definitiva, para un país como España que forma parte de la Eurozona, y por tanto de la Unión Bancaria, el resultado conjunto de todo ello es un drástico estrechamiento de la capacidad de regulación y supervisión autónoma del sector financiero.

5. La situación que deriva de la agregación de los dos fenómenos apuntados resulta nítidamente diferente de esa primera imagen a la que antes nos referíamos que puede obtenerse de la lectura de los preceptos constitucionales y estatutarios sobre la materia. La realidad de las cosas asentada en el momento presente determina que las competencias contempladas en el art. 149.1.11.^a (sistema monetario y bases de la ordenación del crédito, banca y seguros) estén «europeizadas» y se ejerzan fundamentalmente por tanto desde las instituciones de la Unión Europea, quedando a las instancias nacionales un espacio competencial sobre el sistema financiero de alcance ciertamente reducido, que está instalado además en una dinámica menguante. En nuestro caso, estas competencias corresponden fundamentalmente a las instituciones centrales del Estado, sin perjuicio del reconocimiento de algunas competencias autonómicas al respecto de alcance limitado.

6. Pero todavía debemos añadir un aspecto adicional para alcanzar una adecuada comprensión y contextualización del marco constitucional del sistema financiero: la creciente **tendencia a una convergencia internacional** de las regulaciones aplicables a unos mercados financieros cada vez más globalizados.

Por lo que se refiere al sector bancario, es importante mencionar la labor realizada por el Banco de Pagos Internacionales (BIS: *Bank of International Settlements*) con sede en Basilea, que constituye un organismo al servicio de la estabilidad monetaria y financiera a nivel mundial que viene actuando —ya desde 1930—

como foro de encuentro y cooperación entre bancos centrales y diversos organismos internacionales. Muy vinculado al mismo se encuentra el denominado Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, creado en 1975 y formado por los gobernadores de los bancos centrales de diversos países desarrollados y emergentes (entre ellos España, pues el Banco de España se incorporó a dicho Comité a partir de 2001), que viene jugando un papel muy importante en la convergencia de las pautas sobre supervisión bancaria y sobre los requerimientos de solvencia que se imponen a las entidades de crédito.

De hecho, las recomendaciones del Comité de Basilea han venido sirviendo como guía a la normativa comunitaria sobre recursos propios de las entidades de crédito que luego ha sido objeto de transposición al Derecho español. Así ha sucedido en concreto con las pautas fijadas por el mencionado Comité a través del documento «Basilea III: Marco regulador global para reforzar los bancos y sistemas bancarios» de diciembre de 2010 (usualmente conocido como Acuerdo de Basilea III, que sustituyó a los anteriores Acuerdos de 1988 y de 2004), el cual se incorporó al Derecho de la Unión Europea a través del Reglamento de Requerimientos de Capital (CRR) y de la Directiva de Requerimientos de Capital (CRD IV) que más atrás hemos citado. Esta última ha sido objeto de transposición al Derecho español a través de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades de Crédito, y su posterior normativa reglamentaria de desarrollo, siguiéndose con ello un *modus operandi* que ilustra perfectamente sobre la intensidad de los condicionamientos internacionales y comunitarios que, de una manera cada vez más patente, operan sobre esta materia.

En la misma línea, aunque con un menor nivel de consolidación y de influencia, deben mencionarse la Organización Internacional de Comisiones de Valores, existente desde 1974, y la Asociación Internacional de Supervisores de Seguros, creada en 1994.

Por último, debe destacarse el fuerte impulso a la convergencia de las regulaciones del sistema financiero a nivel mundial que deriva de la existencia del Consejo de Estabilidad Financiera (FSB por sus siglas en inglés) creado en el contexto del G-20 a partir de 2009 como transformación del anterior Foro de Estabilidad Financiera. En este nuevo Organismo, que cubre todo el conjunto del sistema financiero en su sentido más amplio, participan no solo los Estados más activos en la escena económica internacional y la propia UE, sino también los organismos internacionales del ámbito económico (FMI y OCDE entre ellos) así como también los Comités especializados a los que se ha hecho referencia (Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, Asociación de Supervisores de Seguros, etc.). De modo que confluyen en él todos los actores relevantes en el sistema financiero mundial, lo que le da una perspectiva de alcance ciertamente global.

Tanto los Comités mencionados como el propio Consejo de Estabilidad Financiera como institución actúan a través de instrumentos jurídicos formalmente no vinculantes, tales como las recomendaciones, las guías o los informes (manifestaciones típicas del *soft law* o «Derecho blando»), pero tales instrumentos tienen en la práctica una potente capacidad de influencia como referentes ineludibles para todos los países que aspiran a generar confianza y credibilidad en la esfera económica internacional. Respecto del Consejo de Estabilidad Financiera, es elocuente el ejemplo del documento «Principios clave para los Regímenes de Resolución Eficaces de Instituciones Financieras», cuya primera versión es de 2011 y ha sido asumido por el G-20, que inspiró la Directiva europea de resolución bancaria (Directiva 2014/59/UE, de 15 de mayo de 2014) y, con ello, la Ley española en vigor sobre la materia (Ley 11/2015, de 18 de junio).

7. Así las cosas, no puede dejar de concluirse de cuanto queda expuesto la **notoria obsolescencia** de las reglas sobre distribución competencial en relación con la política mo-

netaria y el sistema financiero que arrancan del art. 149.1.11.^a de la Constitución y se completan con los Estatutos: si ya en 1988 pudo sostenerse el carácter arcaizante de la visión del sistema financiero que se plasma en el art. 149.1.11.^a (así lo sostuvo SORIANO GARCÍA, 1988, 177 y ss., quien reprochó a este precepto su terminología anclada en el Código de Comercio y su olvido del mercado de valores), no cabe duda de que en el momento presente, tras tres décadas de profundas transformaciones en la materia, esa obsolescencia es todavía más ostensible.

III. APÉNDICE JURISPRUDENCIAL. SELECCIÓN DE SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RELATIVAS AL REPARTO DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO Y LAS CC. AA. SOBRE EL SISTEMA FINANCIERO

STC 1/1982, de 28 de enero. Conflicto de competencias entre el Estado y la CA del País Vasco en materia de Cajas de Ahorro.

STC 44/1984, de 27 de marzo. Conflicto de competencias sobre la cooperativa de crédito Caja Laboral Popular.

STC 96/1984, de 19 de octubre. Conflicto de competencias entre el Estado y la CA del País Vasco en materia de emisión de obligaciones por la empresa PETRONOR.

STC 48/1988, de 22 de marzo. Recursos de inconstitucionalidad contra leyes autonómicas de Cajas de Ahorro.

STC 49/1988, de 22 de marzo. Recursos de inconstitucionalidad contra la Ley 31/1985, de 2 de agosto, de órganos rectores de las Cajas de Ahorros.

STC 220/1988, de 24 de noviembre. Recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de Cataluña sobre el Instituto Catalán de Crédito Agrario.

STC 86/1989, de 11 de mayo. Recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de Ordenación de los Seguros Privados de 1984.

STC 135/1992, de 5 de octubre. Recursos de inconstitucionalidad contra la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros.

STC 178/1992, de 13 de noviembre. Conflictos de competencias en materia de Cajas de Ahorros.

STC 155/1993, de 6 de mayo. Recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 13/1989, de 26 de mayo, de cooperativas de crédito.

STC 204/1993, de 17 de junio. Conflicto de competencias en materia de cooperativas de crédito.

STC 96/1996, de 30 de mayo. Recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 26/1988, de 29 de julio, de disciplina e intervención de las entidades de crédito.

STC 155/1996, de 9 de octubre. Conflictos de competencia en relación con la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 3 de marzo de 1987 sobre liberalización de tipos de interés y otras normas de actuación de las entidades de depósito.

STC 37/1997, de 27 de febrero. Conflictos de competencias en relación con el RD 1369/1987, de 18 de septiembre, por el que se crea el Sistema Nacional de Compensación Electrónica.

STC 133/1997, de 16 de julio. Recursos de inconstitucionalidad contra la Ley 24/1988, de 28 de junio, del Mercado de Valores.

STC 235/1999, de 16 de diciembre. Recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 3/1994, de 14 de abril, de adaptación de la legislación española en materia de entidades de crédito al Derecho comunitario.

STC 275/2000, de 16 de noviembre. Conflicto de competencia en materia de cooperativas de crédito.

STC 173/2005, de 23 de junio. Recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados.

STC 31/2010, de 28 de junio. Recurso de inconstitucionalidad contra el Estatuto de Autonomía de Cataluña. Sus Fundamentos 67 y 72 se ocupan de interpretar el alcance de las competencias de la Comunidad catalana sobre las entidades de crédito

STC 119/2011, de 5 de julio. Recurso de inconstitucionalidad contra preceptos estatales sobre miembros de órganos rectores de las Cajas de Ahorros.

STC 121/2012, de 5 de junio. Conflicto en defensa de la autonomía local interpuesto por el

Ayuntamiento de Gijón y otros municipios contra la Ley asturiana sobre Cajas de Ahorros.

STC 183/2013, de 23 de octubre. Recursos de inconstitucionalidad contra el RDL 9/2012, de 26 de junio, sobre reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito.

STC 209/2014, de 18 de diciembre. Recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de Cajas de Ahorro de Galicia.

STC 14/2015, de 5 de febrero. Recurso de inconstitucionalidad contra la Ley navarra 2/2014, de 17 de febrero, por la que se regulan los órganos rectores de determinadas fundaciones.

SSTC 26/2015, de 19 de febrero y 59/2015, de 18 de marzo. Recursos de inconstitucionalidad contra la Ley estatal que crea el impuesto sobre los depósitos de las entidades de crédito.

BIBLIOGRAFÍA

FERNÁNDEZ ARMESTO, J. y DE CARLOS BERTRÁN, L., *El Derecho del mercado financiero*, Civitas, Madrid, 1992.

FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., «El laberinto de la supervisión del sistema financiero en la Unión Europea», en el vol. col. *Nuevas fronteras del Derecho en la Unión Europea*. Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012.

FUERTES SUÁREZ, J. L., «La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de ordenación del crédito y la banca», en MARTÍN-RETORTILLO, S. (Dir.), *Estudios de Derecho público bancario*, CEURA, Madrid, 1987.

GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., «Aproximación al sistema bancario a través de la doctrina constitucional», en el vol. col. *Estudios de Derecho Público económico. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Estudio preliminar», en *La distribución de las competencias económicas entre el poder central y las autonomías territoriales en el Derecho comparado y en la Constitución española*, IEE, Madrid, 1980.

- «La Unión monetaria según Maastricht y su significado», *Cuenta y razón del pensamiento actual*, núm. 71-72, 1992.

LAGUNA DE PAZ, J. C., «El Mecanismo Europeo de Supervisión Bancaria», *Revista de Administración Pública*, núm. 194, 2014.

LÓPEZ RAMÓN, F., «Comentario al artículo 39», en BERMEJO VERA, J. (Dir.), *Comentarios al Estatuto de Autonomía de Aragón*, MAP, Madrid, 1985.

MARTÍN-RETORTILLO, S., «Aspectos constitucionales del sistema crediticio», en *Administración y Constitución*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1981.

— «Sistema bancario y crediticio», en *Derecho Administrativo Económico*, II, La Ley, Madrid, 1991.

MÍNGUEZ HERNÁNDEZ, F., «Las autoridades europeas de supervisión: estructura y funciones», *Revista del Derecho de la Unión Europea*, núms. 27 y 28, 2014-2015, págs. 125 y ss.

MUÑOZ MACHADO, S., «La Unión Europea y las mutaciones de las Constituciones estatales», en *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*, Alianza, Madrid, 1993.

PEMÁN GAVÍN, J. M.^a, «Crisis económica y cambios institucionales en Europa y en España», en EZQUERRA HUERVA, A. (Dir.), *Crisis económica y Derecho Administrativo. Una visión general y sectorial de las reformas implantadas con ocasión de la crisis económica*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2016, págs. 27 y ss.

POMED SÁNCHEZ, L. A., *Régimen jurídico del Banco de España*, Tecnos, Madrid, 1996.

SORIANO, J. E., «Las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas sobre el mercado de capitales», *Revista de Administración Pública*, núm. 115, 1988.

TAPIA HERMIDA, A., *Manual de Derecho de seguros y fondos de pensiones*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006.

ARTÍCULO 149.1.12.^a

12.^a *Legislación sobre pesas y medidas, determinación de la hora oficial.*

Sumario: I. Introducción al fenómeno de la «metrología». II. El concepto de «metrología» y su regulación en el momento presente. III. La jurisprudencia constitucional en materia de «metrología». 1. Planteamiento general. 2. Los conceptos de «legislación» y de «ejecución» en el ámbito metrológico. 3. Las competencias ejecutivas de las Comunidades Autónomas. A) El control metrológico. a) La base normativa. b) El control metrológico del Estado. c) El control metrológico CEE. d) La habilitación de laboratorios de verificación metrológica oficialmente autorizados. e) El reconocimiento mutuo en todo el Estado de los controles metrológicos válidamente efectuados en el ámbito territorial de una Administración con competencias ejecutivas en metrología. B) La potestad sancionadora en materia de metrología. C) El Registro de Control Metrológico.

VICENTE ÁLVAREZ GARCÍA

CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO
UNIVERSIDAD DE EXTREMADURA
EXLETRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. INTRODUCCIÓN AL FENÓMENO DE LA «METROLOGÍA»

No es difícil encontrar en algunos edificios o lugares emblemáticos de las viejas ciudades españolas y centroeuropeas (pienso ahora en la puerta de entrada del Ayuntamiento antiguo —*altes Rathaus*— de la alemana Ratisbona, sede de la Dieta Imperial en tiempos de Carlos V, y cuna de su hijo don Juan de Austria) los patrones históricos de medida de longitud fijados en sus paredes. Allí acudían quienes comerciaban dentro de los confines de la ciudad para medir sus telas y, en general, todo tipo de mercaderías, teniendo en cuenta que estos patrones eran, normalmente, diferentes de los empleados incluso en las ciudades vecinas. Esto es un hito más en la historia de los sistemas de medida.

En efecto, **en todas las civilizaciones ha existido un sistema u otro de pesas y me-**

didás. Pero estos sistemas han evolucionado considerablemente con el paso del tiempo. Los primeros patrones conocidos eran antropométricos, esto es, tomaban como base distintas partes del cuerpo humano (el brazo, la mano, el pie...). Estos patrones resultaban extraordinariamente variables de unos lugares a otros. Bajo una misma denominación se encuadraban realmente según el lugar medidas distintas. Este alcance meramente localista de los sistemas de pesas y medidas dificultaba extraordinariamente, cuando no imposibilitaba totalmente el comercio. El desarrollo científico y comercial que se produjo a comienzos de la Edad Moderna hizo necesario el establecimiento de una cierta uniformidad de los patrones de pesas y medidas que superasen el localismo. No obstante, el paso fundamental hacia la determinación de un sistema universal de pesas y medidas se produjo, como en tantas otras cosas, en la Revolución francesa con el alumbramiento del sistema métrico decimal.

El nuevo sistema rechazaba los patrones antropométricos tan variables y se asentaba en estándares basados en referencias terrestres. En 1799, la Asamblea Nacional francesa presentó un patrón de metro, base del nuevo **sistema métrico decimal**, que se iría extendiendo primero a Francia, y luego a la Europa continental de la mano de los ejércitos napoleónicos. Desde entonces, el sistema métrico no ha dejado de perfeccionarse, abandonando las referencias expresadas en patrones físicos para pasar a adoptar magnitudes atómicas a la hora de definir las unidades de medida. Junto a los nuevos métodos atómicos, mucho más exactos que los anteriores terrestres, para la definición de los patrones modernos, se constituyó a principios de los años sesenta del siglo pasado el llamado **Sistema Internacional de Unidades**. En concreto, la XI Conferencia General de Pesos y Medidas consagró definitivamente la existencia de unas unidades básicas (por ejemplo: el metro para la longitud; el kilogramo para la masa; el segundo para el tiempo; etc.), fijó las reglas para la utilización de los prefijos destinados a denominar los múltiplos y submúltiplos de las unidades métricas, y estableció, además, las unidades derivadas y suplementarias, así como ciertas especificaciones necesarias para su correcta utilización.

A pesar del afán universalista revolucionario y de los esfuerzos de las diferentes Conferencias Generales de Pesos y Medidas, lo cierto es que, junto al sistema métrico decimal primero, y al sistema internacional de unidades después, coexisten **otros modelos metrológicos** en diferentes partes del planeta. Quizá el más conocido y el más importante sea el del mundo anglosajón, que, como en otras tantas cosas, se ha resistido a abandonar su tradición en este campo. Aunque en alguno de estos países, como en los EE. UU., se ha adoptado oficialmente el sistema internacional de medidas por la utilidad que presenta en los campos científico, técnico y comercial, siguen siendo de uso común todavía unidades de medida, tales como la pulgada, el pie, la yarda o la milla; o de peso, como la libra o la onza.

II. EL CONCEPTO DE «METROLOGÍA» Y SU REGULACIÓN EN EL MOMENTO PRESENTE

El término «**metrología**», que sustituye al viejo concepto de «pesas y medidas» —según la Organización Internacional de Metrología Legal—, sirve para denominar aquella rama de la ciencia que, por un lado, determina los patrones de medida y, por otro, ordena los sistemas de verificación de su correcta aplicación o, si se quiere, el «control metrológico».

La **normativa esencial** por la que en la actualidad se rige la metrología en nuestro país viene determinada por:

A) La **normativa comunitaria europea**: encabezada, esencialmente, por la Directiva 80/181/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1980, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre unidades de medida; la Directiva 2014/31/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre la armonización de las legislaciones de los Estados miembros en materia de comercialización de instrumentos de pesaje de funcionamiento no automático; y la Directiva 2014/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre la armonización de las legislaciones de los Estados miembros en materia de comercialización de instrumentos de medida (refundición).

B) La **normativa estatal**: compuesta por distintas normas dictadas al amparo del art. 149.1.12 CE, de entre las que destaca la Ley 32/2014, de 22 de diciembre, de Metrología (LM de 2014), que deroga la vieja Ley 3/1985, de 18 de marzo, de Metrología (modificada, con el objeto esencial de adaptarla a las exigencias del Derecho comunitario europeo, por el Real Decreto Legislativo 1296/1986, de 28 de junio, por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, y por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre). El contenido de la nueva Ley de Metrología está desarrollado, por un lado, por un reglamento anterior a esta norma legal como es el RD 2032/2009, de 30 de diciembre,

por el que se establecen las unidades legales de medida; y, por otro, por el RD 244/2016, de 3 de junio, que expulsa fuera del ordenamiento jurídico el RD 889/2006, de 21 de junio, por el que se regula el control metrológico del Estado sobre instrumentos de medida (que, a su vez, derogaba: el RD 1616/1985, de 11 de septiembre, por el que se establecía el control metrológico que realiza la Administración del Estado; el RD 1617/1985, de 11 de septiembre, por el que se establecía el procedimiento para la habilitación de laboratorios de verificación metrológica oficialmente autorizados; o el RD 914/2002, de 6 de septiembre, por el que se regulaba el Registro de Control Metrológico —que, por otra parte, ya había sustituido al RD 1618/1985, de 11 de septiembre—).

C) Las **competencias autonómicas**: aunque inicialmente la competencia de ejecución de la legislación del Estado en materia de pesas y medidas no se atribuyó a todas las Comunidades Autónomas, se produjo una equiparación entre todas ellas tras la aprobación de la LO 9/1992, de 23 de diciembre, de transferencia de competencias a Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del art. 143 de la Constitución, cuyo art. 4.e) estableció que se transfería «a las Comunidades Autónomas de Asturias, Cantabria, La Rioja, Región de Murcia, Aragón, Castilla-La Mancha, Extremadura, Islas Baleares, Madrid y Castilla y León la competencia de ejecución de la legislación del Estado en las siguientes materias: [...] e) Pesas y medidas. Contraste de metales». En la actualidad, las **competencias ejecutivas de la legislación del Estado en materia metrológica** están atribuidas a cada Comunidad Autónoma por su correspondiente Estatuto de Autonomía: 1.º) Art. 12.5 EAPV; 2.º) Art. 139.4 EACataluña; 3.º) Art. 58.4.4.º EAAndalucía; 4.º) Art. 12.6 EAAsturias; 5.º) Art. 26.5 EACantabria; 6.º) Art. 11. Uno.8 EARioja; 7.º) Art. 12. Uno.6 EAMurcia; 8.º) Art. 51.1.3.º EAValencia; 9.º) Art. 77.4.ª EA Aragón; 10.º) Art. 33.6 EACastilla-La Mancha; 11.º) Art. 33.5 EACanarias; 12.º) Art. 58.1.d) LO de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra; 13.º) Art. 11.1.4

EAExtremadura; 14.º) Art. 32.6 EAILles Balears; 15.º) Art. 28.1.8 EAMadrid; 16.º) Art. 76.5.º EACastilla y León. En relación con la normativa autonómica, debe advertirse, por último, que, aunque el EAGalicia no atribuye expresamente a esta Comunidad Autónoma competencias en materia de pesas y medidas, el RD 2563/1982, de 24 de julio, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de industria, energía y minas, en el punto 3.b), del ap. B). I (referido a la Industria), de su Anexo, establece que: «3. La Comunidad Autónoma desarrollará las funciones y servicios del Ministerio de Industria y Energía relativos a la ejecución en el territorio de la Comunidad Autónoma de la legislación del Estado sobre las siguientes materias: [...] b) Pesas y medidas; contraste de metales».

III. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE «METROLOGÍA»

1. Planteamiento general

Han sido esencialmente tres las Sentencias del Tribunal Constitucional que se han pronunciado sobre la materia metrológica, centrándose dichos pronunciamientos de manera prácticamente exclusiva en el reparto de competencias en dicho ámbito.

Las dos primeras resoluciones constitucionales tuvieron por objeto la vieja Ley de Metrología de 1985 y buena parte de sus reglamentos de desarrollo, y fueron dictadas en un momento temporal en el que no todas las Comunidades Autónomas habían asumido todavía competencias en el ámbito de las pesas y las medidas. Estas dos Sentencias son: a) La **STC 100/1991, de 13 de mayo**, por la que se estima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña contra los arts. 7.4 y 13.6 de la Ley de Metrología de 1985; y b) La **STC 236/1991, de 12 de diciembre**, por la que se resuelven diversos conflictos positivos

de competencia acumulados promovidos por las Comunidades Autónomas del País Vasco, de Cataluña y de Andalucía contra varias normas de desarrollo reglamentario de la Ley de Metrología de 1985.

La tercera sentencia, esto es, la **STC 117/2017, de 19 de octubre**, ha desestimado el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía con respecto al art. 19.3 y a la disposición transitoria única de la vigente Ley de Metrología de 2014. En la fundamentación jurídica de esta última resolución nuestro más Alto Tribunal ha seguido muy de cerca, realmente, la doctrina sentada por las dos precedentes Sentencias constitucionales de 1991.

En estas decisiones se fija como doctrina constitucional que, en base al art. 149.1.12 CE (y al art. 11.5 del viejo Estatuto de Autonomía de Cataluña de 1979, vigente en 1991), corresponde al Estado la legislación sobre pesas y medidas y a las Comunidades Autónomas que hubiesen asumido competencias en esta materia (entre ellas, el País Vasco y Andalucía) les atañería la ejecución de la legislación del Estado: **«Se reserva en la Constitución al Estado la «legislación sobre pesas y medidas», y, consecuentemente, se asume en el Estatuto por la Administración autonómica la ejecución de la legislación del Estado.** El alcance que debe concederse a estos conceptos de «legislación» y de «ejecución» como criterios de deslinde competencial es el que resulta de una reiterada jurisprudencia constitucional [...], elaborada en torno a otros preceptos constitucionales que emplean la misma técnica» (STC 100/1991, FJ 2; véanse, asimismo, el FJ 1 de la STC 236/1991 y el FJ 3 de la STC 117/2017).

2. Los conceptos de «legislación» y de «ejecución» en el ámbito metrológico

El Tribunal Constitucional ha considerado que el de **legislación** responde a un concep-

to «material», «y no formal», englobando, por tanto, no solo normas con rango de ley propiamente dichas, sino también normas reglamentarias (entre las que, por supuesto, se encuentran los «reglamentos ejecutivos»). Dice, en este sentido, la STC 100/1991 que: «Este Tribunal ha venido declarando que cuando la Constitución usa el término «legislación» y lo atribuye a la competencia estatal incluye los reglamentos tradicionalmente denominados ejecutivos, esto es, los dictados en desarrollo de la Ley y complementarios de la normativa en ella recogida, con la finalidad de mantener una uniformidad en la ordenación jurídica de la materia, facilitando la colaboración entre Ley y Reglamento» (FJ 2).

Esta idea aparece desarrollada por la STC 117/2017, al afirmar que «forma parte del ámbito propio de la «legislación» en materia de metrología, la determinación de los criterios normativos que habrán de aplicar las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias de ejecución en materia de control metrológico, pues **es al Estado, en virtud de sus competencias en materia de legislación sobre pesas y medidas, a quien corresponde en exclusiva la regulación completa de la metrología, ya sea mediante normas de rango legal o reglamentario, y el establecimiento de un régimen jurídico común** y, en consecuencia, quien ostenta con carácter excluyente la competencia para abordar la fijación normativa del procedimiento a seguir para el ejercicio de las competencias ejecutivas autonómicas de control metrológico, quedando limitada la competencia autonómica a la emanación de los reglamentos internos de organización de los servicios necesarios, y a la puesta en práctica de la normativa reguladora establecida por el Estado» (FJ 4).

A partir de esta concepción del término «legislación» en materia metrológica, la STC 117/2017 considera que **resulta plenamente constitucional la circunstancia de que el Estado pueda condicionar mediante su normativa el modo en el que las Comuni-**

dades Autónomas podrán materializar sus competencias ejecutivas: «... el condicionamiento normativo consistente en determinar que la Administración autonómica desarrolle su competencia ejecutiva mediante una concreta técnica (autorización de organismos designados), tiene un carácter puramente normativo, se encuentra amparado en las competencias legislativas estatales *ex art.* 149.1.12 CE, se justifica en el propio preámbulo de la norma en las exigencias derivadas de la necesaria adaptación a la normativa comunitaria, y se dirige al logro de dos objetivos: garantizar un tratamiento común de los titulares de los derechos y asegurar un control independiente» (FJ 4). Esta competencia normativa estatal no solo abarca la determinación inicial de la técnica de intervención administrativa que deberán respetar las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias ejecutivas, sino que se extiende a la facultad de aprobar ulteriores modificaciones de dicho mecanismo público de intervención.

3. Las competencias ejecutivas de las Comunidades Autónomas

Si al Estado le corresponde dictar el marco normativo en materia de metrología, a las Administraciones autonómicas les corresponde su **ejecución** (extendiéndose esta competencia ejecutiva autonómica, como ya se ha indicado hace unos instantes, «a la emanación de los reglamentos internos de organización de los servicios necesarios» —STC 117/2017, FJ 4—), y así se ha pronunciado, efectivamente, el Tribunal Constitucional en relación con diversas actuaciones de naturaleza claramente ejecutiva:

A) El control metrológico

a) La base normativa

El art. 7.1 de la vieja Ley de Metrología de 1985 establecía, en lo que aquí interesa, que

«los instrumentos, aparatos, medios y sistemas de medida que sirvan para pesar, medir o contar, no podrán ser fabricados, importados, comercializados o empleados mientras no hayan superado el control metrológico establecido en la presente Ley y en las disposiciones que se dicten para la aplicación de la misma». Se entiende por **control metrológico del Estado** el «conjunto de actividades que contribuyen a garantizar la certeza y corrección del resultado de las mediciones, regulando las características que deben tener los instrumentos, medios, materiales de referencia, sistemas de medida y programas informáticos relacionados con la medición, los procedimientos adecuados para su utilización, mantenimiento, evaluación y verificación, así como la tipología y obligaciones de los agentes intervinientes» [véase, en la actualidad, el art. 2 h) del RD 244/2016].

Partiendo de esta forma de entender el control metrológico del Estado, la Ley de Metrología establecía en 1985 que el mismo podía constar de **cinco fases**: a) la aprobación de modelo; b) la verificación primitiva; c) la verificación después de reparación o modificación; d) la verificación periódica; y e) la vigilancia e inspección (art. 7.2).

La Ley de Metrología de 1985 reservaba al Estado la realización de las dos primeras actuaciones (esto es, la aprobación de modelo y la verificación primitiva), relegando la actuación autonómica a las tres restantes fases (es decir, a la verificación después de reparación o modificación; a la verificación periódica; y a la vigilancia e inspección) —*ex art.* 7.4—.

b) El control metrológico del Estado

Una vez expuesta, de manera ciertamente somera, la regulación del control metrológico del Estado efectuada por la Ley de Metrología de 1985, la STC 100/1991 concluye que **todas las fases de control metrológico** (incluidas las dos primeras, esto es, la aprobación de modelo y la verificación primitiva)

son actividades ejecutivas cuya realización debe corresponder, según el reparto constitucional de competencias, **a las Comunidades Autónomas** que en aquel momento habían asumido competencias sobre pesas y medidas (hoy a todas). Y es que, según el Tribunal Constitucional, la descripción de las actividades de aprobación de modelo y de verificación primitiva «hace evidente que nos encontramos ante unas funciones o actividades típicamente ejecutivas, pues no hay en ellas innovación normativa alguna y, aunque ciertamente —como alega el Abogado del Estado— no se trate de una aprobación o verificación automática, supone simplemente la comprobación de que bien los modelos o los instrumentos fabricados, según esos modelos, cumplen las características técnicas fijadas por la Administración del Estado, en las normas reglamentarias correspondientes. La aplicación de estas normas constituye, por tanto, un acto de ejecución que, como tal, corresponde a las Comunidades Autónomas con competencia en esta materia y, concretamente, en el caso ahora enjuiciado a la Comunidad Autónoma de Cataluña. No hay razón alguna, desde el punto de vista de su ejecución, para la distinción que resulta del núm. 4 del art. 7 de la Ley impugnada entre el control metrológico previsto en los aps. a) y b) del núm. 2 de dicho artículo y el comprendido en los aps. c), d) y e) del mismo número del art. 7. Todos estos controles por ser actos de ejecución podrán ser realizados por las Comunidades Autónomas con competencia sobre esta materia con sujeción a las normas reglamentarias correspondientes o, como dice el núm. 4 del art. 7, «de acuerdo con las directrices técnicas y de coordinación señaladas por la Administración del Estado»» (FJ 3 *in fine*). Esta misma doctrina aparece reproducida en la STC 236/1991: «no existe, desde la perspectiva del orden constitucional de distribución de competencias, razón alguna que permita distinguir distintas fases dentro de la actividad de control metrológico con el fin de excluir a las Comunidades Autónomas con competencias de la realiza-

ción de alguna de ellas; por el contrario, todos estos controles, en cuanto actos de ejecución, podrán ser realizados por las mismas con sujeción a las normas reglamentarias correspondientes que dicte el Estado. La unificación de la actividad de control metrológico debe garantizarse, conviene insistir, con una legislación estatal clara, uniforme y tan detallada como se desee, pero no alterando los criterios de deslinde competencial recogidos en el art. 149.1.12 de la Constitución y en los arts. 12.5 del Estatuto del País Vasco, 11.5 del Estatuto de Cataluña y 17.1 del Estatuto de Andalucía» (FJ 3 *in fine*).

c) El control metrológico CEE

El **Control Metrológico CEE** fue introducido en nuestro país por el hoy expresamente derogado Real Decreto Legislativo 1296/1986, de 28 de junio, habiendo sido regulado desde entonces por esta misma norma legal y, sobre todo, por el RD 597/1988, de 10 de junio (modificado por el RD 1111/2007, de 24 de agosto). Pues bien, el control metrológico del Estado y el control metrológico CEE tienen la misma naturaleza ejecutiva en todas sus fases (incluidas la aprobación de modelo CEE y la verificación primitiva CEE, ordenadas jurídicamente en los Títulos II y III del RD 597/1988, de 10 de junio, por el que se regula el Control Metrológico CEE), por lo que, aplicando la doctrina constitucional según la cual «la ejecución del Derecho comunitario corresponde a quien materialmente ostente la competencia, según las reglas de Derecho interno, puesto que no existe una competencia específica para la ejecución del Derecho comunitario», la ejecución del Derecho comunitario en materia de pesas y medidas «se efectuará por las mismas Administraciones que tienen la competencia para realizar análogas o similares actuaciones en el ordenamiento interno, la cual corresponde, si se trata de control metrológico, a las CC. AA. de Cataluña y País Vasco en el ámbito de sus respectivos territorios» (STC 236/1991, FJ 9 *in fine*).

- d) La habilitación de laboratorios de verificación metrológica oficialmente autorizados

Dentro del sistema de la vieja Ley de Metrología de 1985, el hoy derogado RD 1617/1985, de 11 de septiembre, reguló el procedimiento para la habilitación de laboratorios de verificación metrológica oficialmente autorizados. Pues bien, la STC 236/1991 aceptó la tesis de las Comunidades Autónomas promotoras de los diferentes conflictos positivos de competencias contra esta norma reglamentaria gubernamental de que no podían atribuirse a un órgano estatal, como el Centro Español de Metrología, «todas las potestades de ejecución, excluyendo a las Comunidades Autónomas competentes, en este procedimiento encaminado a la concesión de autorización a ciertos laboratorios para efectuar la verificación primitiva de instrumentos» (FJ 5). Y es que dicha autorización, razona el Tribunal Constitucional, no es otra cosa que «una fase más de la actividad de control metrológico, y que cae, por ello, en el seno de las competencias autonómicas de ejecución», por lo que, consecuentemente, «no puede excluirse a las Comunidades Autónomas con competencias de una simple labor instrumental y previa a dicha verificación primitiva, cual es la habilitación de laboratorios» (FJ 5).

- e) El reconocimiento mutuo en todo el Estado de los controles metrológicos válidamente efectuados en el ámbito territorial de una Administración con competencias ejecutivas en metrología

El Tribunal Constitucional sancionó ya a finales del siglo pasado la validez del ap. 5 del art. 7 de la vieja Ley de Metrología de 1985 en la medida en que dicho apartado «se limita a decir que **se reconoce validez en todo el territorio del Estado a los controles metrológicos** que, en aplicación de la misma, efectúen los órganos de la Administración del Estado o, en su caso, los de las Comunidades

Autónomas. No existe aquí, por tanto, exclusión alguna de las facultades autonómicas de ejecución, sino un razonable reconocimiento de la eficacia extraterritorial o supracomunitaria de la actividad de control efectuada por las Administraciones autonómicas» (STC 236/1991, FJ 5 *in fine*).

La STC 117/2017 ha tenido que volver a enfrentarse más de tres lustros después a esta antigua cuestión de la eficacia supraterritorial de las actuaciones de las entidades designadas a nivel autonómico para efectuar actividades de evaluación de la conformidad o de verificación en el mundo de la metrología, que hace posible que «las certificaciones y documentos reglamentarios de control metrológico» emitidos por estas entidades en cada Comunidad Autónoma «tengan validez y eficacia en cualquier parte del territorio» del Estado. En efecto, a resultas de la impugnación por el Ejecutivo andaluz de la regulación del principio de **reconocimiento mutuo de los controles metrológicos dentro de nuestro país** contenida en el inciso segundo del art. 19.3 de la vigente Ley de Metrología de 2014 («Los organismos designados —dice literalmente este precepto— podrán actuar en todo el territorio nacional y sus certificados y otros documentos reglamentarios para el control metrológico del Estado tendrán validez y eficacia en cualquier lugar del mismo»), el Tribunal Constitucional recuerda su doctrina sobre **«la constitucionalidad de la eficacia extraterritorial de las actuaciones ejecutivas autonómicas en materia de control metrológico»**, sintetizada en el propio año 2017 con ocasión de la resolución de un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Cataluña respecto de diversos preceptos de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado:

«[E]ste Tribunal se ha referido en alguna ocasión al razonable reconocimiento de la eficacia extraterritorial o supracomunitaria de determinadas acciones efectuadas por las Administraciones autonómicas cuando se tra-

ta de supuestos de actuación ejecutiva autonómica que aplicaban un estándar equivalente al recogido en una norma estatal.

Así aconteció, por ejemplo, en las SSTC 100/1991 de 13 de mayo, o 236/1991, de 12 de diciembre, en la que este Tribunal consideró plenamente constitucional el art. 7.5 de la Ley de Metrología [de 1985], que reconocía validez en todo el territorio del Estado a los controles metrológicos que, en aplicación de la misma, efectuasen los órganos de la Administración del Estado o, en su caso, los de las Comunidades Autónomas. Para este Tribunal «no existe aquí (...) exclusión alguna de las facultades autonómicas de ejecución, sino un razonable reconocimiento de la eficacia extraterritorial o supracomunitaria de la actividad de control efectuada por las Administraciones autonómicas» (STC 236/1991, de 12 de diciembre, FJ 5). En estos supuestos, siendo las normas a aplicar comunes, pues la legislación sobre pesas y medidas es una competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.12 CE), este Tribunal ha admitido que los actos autonómicos que se limitan a aplicar, además con carácter reglado, tales normas puedan surtir efectos en todo el Estado. (...)

En la medida en que exista una normativa de la Unión Europea armonizada o una legislación estatal común, o exista una pluralidad de legislaciones autonómicas que, no obstante sus posibles diferencias técnicas o metodológicas, fijen un estándar que pueda ser considerado equivalente, el Estado podrá reconocer a las decisiones autonómicas efectos extraterritoriales a través de la imposición del reconocimiento de la decisión adoptada en una determinada Comunidad Autónoma en el resto» [STC 79/2017, FJ 12 a)].

Sobre la base de esta doctrina, **la STC 117/2017 ha declarado expresamente la constitucionalidad de la previsión del reconocimiento mutuo en el conjunto del Estado de los controles metrológicos efectuados en el ámbito territorial de las distintas Comunidades Autónomas contenida en el inciso segundo del art. 19.3 de la actual Ley de Metrología de 2014:**

«Este explícito y reiterado reconocimiento en la doctrina constitucional, de la eficacia extraterritorial de las decisiones adoptadas en materia de control metrológico en una Comunidad Autónoma, en razón de su carácter de actuaciones ejecutivas que se limitan a aplicar con carácter reglado una legislación estatal común, permite rechazar la impugnación dirigida contra el precepto que se analiza. El art. 19.3, segundo inciso, viene a hacer efectivo el principio de unidad de mercado, recogido en el art. 139 CE, definiendo las condiciones comunes de acceso y de ejercicio por los organismos de control, sin alterar el contenido material de las competencias atribuidas a las Comunidades Autónomas; y no infringe el principio de seguridad jurídica del art. 9.3 CE, en cuanto se limita a contemplar unos requisitos comunes para el ejercicio del control metrológico en todo el territorio, sin que ello suponga —como afirma el escrito de demanda— la aplicación de diecisiete normativas diferentes, dado que la normativa es única, y corresponde establecerla al Estado» (STC 117/2017, FJ 5).

B) La potestad sancionadora en materia de metrología

La **capacidad de imponer sanciones** en el ámbito de las pesas y medidas es una **competencia de naturaleza ejecutiva**, por ello «la atribución a los órganos centrales del Es-

tado [en concreto, al Consejo de Ministros y al Ministro de la Presidencia, según las cuantías previstas en el entonces vigente art. 13.6 de la vieja Ley de Metrología de 1985] de la facultad de imponer multas en esta materia [de la metrología] no se compadece con una doctrina jurisprudencial reiterada en diversas resoluciones de este Tribunal que califica indiscutiblemente como acto de ejecución la imposición de sanciones con arreglo a la normativa legal o reglamentaria que las regule o establezca» (STC 100/1991, FJ 4). O, expresado en otros términos, «ostentando la Comunidad Autónoma catalana competencias de ejecución en metrología, debe reconocerse a sus órganos autonómicos la facultad de imponer sanciones a las infracciones cometidas en esta materia, aplicando la normativa estatal, con rango legal o, en su caso, reglamentario, que se dicte» (STC 100/1991, FJ 4 *in fine*).

C) El Registro de Control Metrológico

El art. 8.1 de la vieja Ley de Metrología de 1985 (desarrollado originariamente por el RD 1618/1985, de 11 de septiembre) obligaba, según la doctrina constitucional, a las personas o entidades que se propusiesen fabricar, importar, comercializar, reparar o ceder en arrendamiento los instrumentos, aparatos,

medios y sistemas de medida a que, previamente, solicitasen y obtuviesen su **inscripción en el Registro de Control Metrológico** «en los supuestos y condiciones que reglamentariamente se determinen», teniendo dicho tipo de registros la finalidad de «dar publicidad a los hechos y actos que afectan a la materia objeto del mismo y, a la par, proporcionar un título de legitimación a los inscritos mediante la documentación acreditativa de la inscripción» (STC 236/1991, FJ 6).

Pues bien, en relación con este registro es necesario distinguir entre las funciones de regulación del mismo (tareas normativas), y las tareas destinadas a su «llevarza» o gestión (tareas ejecutivas, entre las que deben considerarse incluidas las de recibir, comprobar y conceder o denegar la inscripción en el registro único, así como los actos de ratificación, cancelación o revocación que en su caso proceda adoptar). Partiendo de esta base, «corresponde al Estado establecer y ordenar el Registro de Control Metrológico, pudiendo configurarlo como registro único de alcance nacional, pero debe hacerlo de manera tal que las CC. AA., con competencias de ejecución en la materia, puedan ejercitarlas, sin que la regulación estatal del hecho registral y de sus efectos jurídicos la impida o dificulte, ni la ejecución autonómica altere o no respete esta regulación» (FJ 6).

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ GARCÍA, V., *La normalización industrial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

— *Industria*, Iustel, Madrid, 2010.

GÁMEZ MEJÍAS, M. M., «Origen, evolución y futuro de la determinación normativa de la hora legal en España y la Unión Europea», *Revista de Administración Pública*, núm. 177, 2008.

IZQUIERDO CARRASCO, M., *Legislación de metrología*, Centro Español de Metrología, 2008.

— «Estadística, Pesas y Medidas, Hora Oficial y Servicio Meteorológico», en Cano Campo, T. (Coord.), *Los sectores regulados* (Tomo VIII, Volumen II, de Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo), Iustel, 2009.

MUÑOZ MACHADO, S., *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, Tomo I, 2.^a ed., Iustel, Madrid, 2007.

- Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General (tomo XIV: La actividad regulatoria de la Administración), 4.^a ed., BOE, Madrid, 2015.

ARTÍCULO 149.1.13.^a

13.^a Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica.

Sumario: I. Introducción. II. La planificación general de la economía: estudio del art. 149.1.13.^a CE. 1. La problemática de los títulos competenciales horizontales. 2. El contenido del art. 149.1.13.^a CE. A) Significado de las «bases» de la ordenación económica. B) Alcance del término «coordinación» como título competencial. III. La competencia para el fomento del desarrollo económico de las Comunidades Autónomas: estudio del art. 148.1.13.^a CE.

JAVIER GUILLÉN CARAMÉS

CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO
UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS

I. INTRODUCCIÓN

El examen del listado de materias comprendidas en los arts. 148.1 y 149.1 de la CE permite comprobar que una importante parte de las mismas se encuentran referidas a asuntos de indudable naturaleza y repercusión económica. En este sentido, entre las reglas de distribución de competencias en las materias de índole económica puede distinguirse entre aquellas que están perfectamente delimitadas y que hacen referencia a sectores concretos de la actividad económica, como pueden ser industria, transportes, o infraestructuras, respecto de otras que sientan principios generales de carácter transversal más omnicomprendivos, mediante los cuales se van a establecer reglas comunes a todos esos sectores o se fija una disciplina general para la actuación de los poderes públicos en la ordenación de la economía (MUÑOZ MACHADO, 2007, 647).

En el presente estudio me voy a centrar en el examen de esos principios generales que condicionan o delimitan la actuación de los poderes públicos en el ámbito económico, desde esta perspectiva general.

II. LA PLANIFICACIÓN GENERAL DE LA ECONOMÍA: ESTUDIO DEL ART. 149.1.13.^a CE

El art. 149.1.13.^a de nuestra CE habilita al Estado para establecer las «bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica». Este precepto es fiel reflejo de **la preocupación que tenía el constituyente por tratar de evitar una posible fragmentación del mercado**, debido en gran parte a la asunción de competencias de evidente naturaleza económica por parte de las Comunidades Autónomas. Esto significó la previsión de un título competencial expreso que atribuyera al Estado la potestad de establecer fórmulas e instrumentos de actuación conjunta con las Comunidades Autónomas de cara a hacer efectiva la unidad de mercado. En este sentido el TC ha señalado de forma reiterada que el art. 149.1.13.^a CE atribuye al Estado «una competencia para la ordenación general de la economía que abarca (...) aquellas normas y actuaciones orientadas al logro de garantizar la unidad de mercado, pero que también incluye la definición de las líneas de actuación tendentes a alcan-

zar objetivos de política económica global o sectorial, así como la adopción de medidas necesarias para garantizar la realización de los mismos» (SSTC 79/2017, de 22 de junio; 141/2014, de 11 de septiembre, y 186/1988, de 17 de octubre).

El problema que puede surgir respecto un título competencial de esta naturaleza radica en la amplitud que pueda dársele por el Estado, y es que nos encontramos ante un precepto cuyos efectos podrían llegar a desplegarse sobre todo tipo de actuaciones de índole económica, por lo que resulta necesario tratar de fijar sus contornos de manera clara y precisa, para que no se produzca una invasión de determinadas materias que han sido asumidas por las Comunidades Autónomas en sus respectivos Estatutos de Autonomía.

1. La problemática de los títulos competenciales horizontales

Como resulta evidente, el título competencial contenido en el art. 149.1.13.^a de la CE, esto es, la planificación de la economía, es **una materia de las denominadas horizontales debido a que se entrecruzan con otras materias**, lo que ha conllevado que el TC realice una interpretación restrictiva de los mismos con la finalidad de no vaciar otros títulos competenciales que se puedan ver afectados por este. En este sentido, es clara la STC 125/1984, en la que se vierten las siguientes consideraciones:

«El art. 149.1.13.^a de la Constitución no puede ser aplicable en este caso, pues ni debe ser interpretado de forma tal que vacíe toda competencia comunitaria dotada de una cierta dimensión económica —lo que equivaldría a vaciar casi todo el bloque de competencias asumidas por las Comunidades—, ni la competencia contenida en el Real Decreto 2288/1983 puede en modo alguno tener carácter básico, ya que se trata de una medida de escasa

entidad económica y de alcance sumamente reducido incluso entendida como mecanismo de promoción turística. No entra en juego, pues, aquí el 149.1.13.^a de la CE porque el Real Decreto impugnado no contiene medidas o normas básicas ni, como es obvio, coordina la planificación económica.»

En parecidos términos restrictivos se pronuncia en la STC 45/2001, empleando en este asunto la doctrina de la preferencia del título especial frente al general:

«este Tribunal ha declarado también que, en supuestos de concurrencia de unas competencias autonómicas específicas, en materia de “ganadería”, y una genérica competencia estatal, en materia de “ordenación general de la economía”, primar la aplicación de esta última, aun cuando no se advierta una directa y significativa incidencia sobre la actividad económica general de la competencia objeto de controversia, sería tanto como vaciar de contenido el título competencial más específico (SSTC 112/1995, de 6 de julio; 21/1999, de 25 de febrero; y 128/1999, de 1 de julio, entre otras).»

Sin embargo, lo que resulta evidente es que **este título competencial tiene una indudable vis expansiva**, al atribuir al Estado la posibilidad de aprobar normas de naturaleza económica sobre diversos sectores sobre los que las Comunidades Autónomas han asumido competencias, apreciándose una cierta subordinación de la regulación sectorial a las normas emanadas de la competencia estatal derivada del art. 149.1.13.^a de la CE en ámbitos como la protección de los consumidores (STC 15/1989), la vivienda (STC 152/1988) o el comercio interior (STC 225/1993) (FERNÁNDEZ FARRERES, 2005, 182).

Otra sentencia ilustrativa de la horizontalidad que despliega este título competencial es la STC 75/1989, sobre diversas órdenes del Esta-

do sobre subvenciones para el turismo rural y reforma de establecimientos hoteleros de explotación familiar, campings, estaciones termales, etc., en la que el TC recondujo la regulación, que no la ejecución, de estas ayudas a la competencia estatal del art. 149.1.13.^a Así, en su FJ 4 se dice:

«[...] puede estimarse que el Estado ha definido las actuaciones protegibles, que constituyen el núcleo de las medidas consideradas y la forma de protección a través del ordenamiento de subvenciones, así como en el nivel relativo de esa ayuda en relación con el coste de la correspondiente inversión, y el volumen de recursos estatales que se aportan para estas ayudas. La regulación estatal de estos aspectos no invade por sí misma “competencia autonómica alguna”, pues se halla legitimada por lo dispuesto en el art. 149.1.13.^a de la Constitución (STC 152/1988, de 20 de julio).

Por otro lado, las ayudas estatales previstas se refieren a programas singularizados que presentan la suficiente importancia y autonomía dentro del turismo como para estimar que el condicionamiento específico de la subvención a los mismos responde a la finalidad de garantizar un objetivo de política económica, como es la de potenciación de actividades turísticas especiales que complementan la oferta tradicional y que permiten corregir además la excesiva estacionalidad de nuestro turismo. Como la representación del Estado alega, se trata de una promoción de actividades turísticas que ni se configura como paralela a la establecida por la Comunidad Autónoma, evitando así el riesgo de actuaciones estatales separadas y paralelas a las de la Comunidad Autónoma gallega, ni tampoco impide, por su excesiva concreción, que la Comunidad Autónoma pueda desarrollar en el sector

turístico una política propia “orientada a la satisfacción de sus intereses peculiares, dentro de las orientaciones de programación y coordinación que el Estado disponga para el sector como componentes del sistema económico general” (STC 101/1988, de 27 de octubre).

La previsión de estas subvenciones, definir las actuaciones protegibles, el nivel de protección y la aportación de recursos estatales ha de estimarse que entra dentro de las competencias que al Estado concede el art. 149.1.13.^a de la Constitución, pues le permite la realización de las correspondientes actuaciones que garantizan la consecución de los objetivos de la política económica nacional en el sector del turismo y ha de considerarse como un elemento indispensable “para alcanzar los fines de política económica en general propuestos” (STC 152/1988, de 20 de julio). Por consiguiente, la mera previsión de estas subvenciones y la regulación genérica de sus condiciones al entrar dentro de la competencia del Estado de la ordenación general de la economía, no ha invadido las competencias de la Comunidad Autónoma, quién no podría reivindicar para sí misma esa regulación de alcance nacional.»

Por tanto, la competencia de carácter horizontal reservada al Estado por el art. 149.1.13.^a de la CE ha de emplearse con cierta cautela y cuidado, con la finalidad de evitar el vaciamiento de diversas competencias autonómicas que tienen una incidencia en el ámbito económico.

2. El contenido del art. 149.1.13.^a CE

El art. 149.1.13.^a de la CE encierra en su contenido una doble dimensión (ALBERTÍ ROVIRA, 1993, 171): por un lado, **una dimensión ne-**

gativa, en el sentido de que limita la competencia de las Comunidades Autónomas en materia económica, y, por otro, una dimensión positiva, que habilita al Estado a implementar determinadas actuaciones. En términos similares se ha expresado el TC en la STC 186/1988, que dice lo siguiente:

«La competencia estatal en cuanto a la ordenación general de la economía responde al principio de unidad económica y abarca la definición de las líneas de actuación tendentes a alcanzar los objetivos de política económica global o sectorial fijados por la propia Constitución, así como la adopción de las medidas precisas para garantizar la realización de los mismos.

La necesaria coherencia de la política económica exige decisiones unitarias que aseguren un tratamiento uniforme de determinados problemas en orden a la consecución de dichos objetivos y evite que, dada la estrecha interdependencia de las actuaciones llevadas a cabo en las distintas partes del territorio se produzcan resultados disfuncionales y disgregadores (FJ 2).»

La articulación del art. 149.1.13.^a como límite a las actuaciones autonómicas con evidente repercusión e incidencia en la economía, como puede ser la protección de los consumidores, ha sido **expresamente prevista en los Estatutos de Autonomía**, que otorgan competencias en esta materia. Con carácter general, en el ámbito de la protección de los consumidores los Estatutos de Autonomía han recogido este límite señalando que tienen competencia exclusiva en consumo «de acuerdo con las bases y la ordenación de la actividad económica general [...], en los términos de lo dispuesto en el núm. 13 del ap. 1 del art. 149 de la Constitución», por lo que deberán sujetar sus múltiples intervenciones en este ámbito a las bases y coordinación de la economía que el Estado pueda establecer.

Esta configuración como límite a las competencias autonómicas, del contenido del art. 149.1.13.^a de la CE, exige **una interpretación flexible** del mismo, especialmente en lo concerniente a cómo debe entenderse la expresión «ordenación general de la economía». Una lectura excesivamente amplia de este precepto por el Estado podría constreñir al mínimo las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas, lo que ha sido vedado por el TC, que, en su STC 29/1986, manifestó que la actuación del Estado en base al art. 149.1.13.^a CE «no puede llegar, sin embargo, a un vaciamiento de las competencias asumidas por la Comunidad en materia de planificación, de donde se deduce la necesidad de articular la competencia del Estado y de la Comunidad». Tal interpretación realizada por el Alto Tribunal permite afirmar que una correcta interpretación de este precepto deberá estar basada en torno a dos cuestiones fundamentales: en primer lugar, la competencia del Estado para establecer las bases y la coordinación de la ordenación general de la economía debe tener en cuenta las competencias sectoriales que hayan asumido las Comunidades Autónomas; y, en segundo lugar, cuando el art. 149.1.13.^a emplea el término «general», este debe ceñirse para aquella actuación del Estado que deba tener una importancia vital para el conjunto de la economía española, solo en estos casos deberá el Estado acudir a este título competencial para intervenir en el sector económico con carácter general.

A) *Significado de las «bases» de la ordenación económica*

Por lo que se refiere a la competencia estatal para aprobar las bases de la ordenación económica, la jurisprudencia constitucional ha establecido que el común denominador normativo, que habilita al Estado a establecer lo básico en materia de planificación económica, se proyecta sobre **la regulación de la estructura, organización interna y funciones de los sujetos económicos, así como**

la actividad de los mismos (SSTC 1/1982, 91/1984 y 48/1988).

Igualmente, y atendiendo a la peculiar naturaleza de la materia económica, el TC ha señalado que **las bases no tienen que establecerse únicamente mediante normas de rango legal**, sino que también se aceptan medidas de carácter reglamentario, así como otras de naturaleza estrictamente ejecutiva (SSTC 48/1984 y 197/1996). En este sentido lo ha expresado el TC, que en su STC 208/1999, respecto a la materia defensa de la competencia, estableció que:

«Parece, pues, innecesario destacar el carácter básico que, desde la competencia estatal *ex art. 149.1.13.ª*, reviste cuanto a la defensa de la competencia, pues nos hallamos ante un elemento definitorio del mercado. De modo que no solo la formación, sino todas las actividades ejecutivas que determinen la configuración real del mercado único de ámbito nacional habrán de atribuirse al Estado, al que corresponderán, por tanto, las actuaciones ejecutivas en relación con aquellas prácticas que puedan alterar la libre competencia en un ámbito supracomunitario o en el conjunto del mercado nacional, aunque tales actos ejecutivos hayan de realizarse en el territorio de cualquiera de las Comunidades Autónomas recurrentes.»

Hechas estas precisiones iniciales, hay que destacar respecto a las bases de la planificación general de la economía su carácter homogeneizador de los principios y objetivos básicos de las acciones económicas que puedan ser adoptadas por los diferentes entes territoriales. El carácter básico responde a la exigencia de asegurar los fines de unidad normativa mínima, tal y como advierte el TC en su STC 147/1991:

«La definición de las bases, en el ámbito de la legislación compartida, tie-

ne por objeto crear un marco normativo unitario, de aplicación a todo el territorio nacional, dentro del cual las Comunidades Autónomas dispongan de un margen de actuación que les permita, mediante la competencia de desarrollo legislativo, establecer los ordenamientos complementarios que satisfagan sus peculiares intereses; por ello, en principio debe entenderse que excede de lo básico toda aquella ordenación que, por minuciosidad y detalle, no deja espacio alguno a la competencia autonómica de desarrollo legislativo, produciéndose en tal caso, por regla general, un resultado de vulneración competencial que priva a lo presentado como básico de su condición de tal.»

La extensión de lo que puede considerarse básico, cuando se trata de cuestiones de naturaleza económica, ha alcanzado un alto grado de reconocimiento por parte del TC. Así lo expresa en su STC 135/1992:

«Las bases, por su propia esencia, tienen vocación de estabilidad, pero en ningún caso son inamovibles ni puede predicarse de ellas la petrificación, incompatible no solo con el talante evolutivo del Derecho, sino con el propio dinamismo del sector de la economía en el cual se insertan. Es evidente sin mayor razonamiento que la flexibilidad de la ordenación y su capacidad de adaptarse a las circunstancias cambiantes y a la labilidad del sector propician una mayor expectativa de perdurabilidad en una relación directamente proporcional a aquellas características.»

De este modo, puede afirmarse que las medidas de planificación económica abordadas por el Estado tendrán carácter básico cuando resulten verdaderamente esenciales para llevar a cabo la política económica en el marco de la unidad del mercado que la Constitución

proclama (TENA PLAZUELO, 1997, 264). Expresado en términos objetivos, la actuación básica del Estado debe tener una «incidencia directa y significativa en la actividad económica general» (STC 76/1991) para que resulte acorde con el art. 149.1.13.^a de la CE.

B) Alcance del término «coordinación» como título competencial

El estudio del concepto de coordinación como título competencial, dentro del marco de la ordenación general de la economía, reviste una serie de rasgos configuradores que permiten dotarlo de un contenido y sustantividad propios, que nos va a permitir su cognoscibilidad frente a la otra forma típica en la que se articulan las relaciones entre Administraciones territoriales, esto es, la cooperación, sin perjuicio, claro está, del denominado deber general de colaboración que vincula a todas ellas, y que, como ha destacado el TC en numerosas ocasiones, se trata de un deber «que no es menester justificar en preceptos concretos, pues se encuentra implícito en la propia esencia de la forma de organización territorial del Estado que se implanta en la Constitución» (STC 18/1982).

En no pocas ocasiones la diferencia conceptual entre estos términos es de difícil aprehensión, como ocurre cuando entran en juego materias de indudable naturaleza económica, como por ejemplo la «defensa de la competencia», por lo que será necesario, para poder distinguir la coordinación de otros concepto afines, acudir al examen del origen y naturaleza de las mismas, que se encuentra precisamente en el grado de asunción competencial que sobre una materia con incidencia económica tienen atribuida los entes territoriales. Así, con carácter general, puede señalarse que la potestad de coordinación solo podrá desarrollarse por aquel ente territorial que la tenga atribuida sobre el resto, siendo la fórmula de la cooperación la empleada normalmente cuando ninguno de los entes que se vayan a interrelacionar sean titulares de aquella.

De acuerdo a la ya reiterada doctrina del TC que tuvo como punto de partida del estudio del concepto de coordinación como título competencial la conocida STC 32/1983, de 28 de abril, esta «persigue la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto o sistema, evitando contradicciones y reduciendo disfunciones que, de subsistir, impedirían o dificultarían, respectivamente, la realidad misma del sistema». De esta afirmación se deduce, como *conditio sine qua non* de la existencia previa de la coordinación, que hay algo que debe ser coordinado y que, además, el ejercicio de esta actividad debe ser atribuido a una entidad determinada, que garantice a través de su ejercicio la unidad del orden económico.

La CE atribuye expresamente al Estado la competencia de coordinación sobre las Comunidades Autónomas en el ámbito económico a través del art. 149.1.13.^a, si bien no es la única cláusula comprendida dentro del art. 149.1 de la CE que otorga este tipo de competencia, ya que también se encuentra en la cláusula 15.^a respecto de la «investigación científica y técnica» y en la 16.^a respecto de la «sanidad», si bien debe advertirse en relación con estos dos últimos títulos competenciales que el término «coordinación» lleva aparejado el calificativo de «general», a diferencia de lo que ocurre en la cláusula 13.^a Este matiz o diferencia ha hecho que la doctrina se plantee la posibilidad de **un tratamiento diferente y específico de la competencia estatal de coordinación cuando esta se proyecta sobre el ámbito económico** respecto del de la sanidad y la investigación científica y técnica, si bien del examen de la jurisprudencia del TC sobre el art. 149.1.13.^a puede decirse que no se aprecia un distinto enfoque del título competencia coordinación de la planificación general de la economía respecto a los otros dos (SSTC 144/1985, 15/1989, 54/1990, 90/1992 y 208/1999).

Con carácter general, la doctrina constitucional en torno a la coordinación se sistematiza en la STC 45/1991, que hace respecto de la

competencia estatal de coordinación las siguientes precisiones:

«A) Persigue la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto o sistema, evitando contradicciones o reduciendo disfunciones que, de subsistir, impedirían o dificultarían, respectivamente, la realidad misma del sistema (STC 32/1983, FJ 2).

B) La competencia estatal de coordinación presupone, lógicamente, la existencia de competencias autonómicas que deben ser coordinadas, competencia que el Estado debe respetar, evitando que la coordinación llegue «a tal grado de desarrollo» que deje vacías de contenido las correspondientes competencias de las Comunidades Autónomas (STC 32/1983, FJ 2).

C) Dicha coordinación debe ser entendida como «la fijación de medios y sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades estatales y comunitarias en el ejercicio de sus respectivas competencias, de tal modo que se logre la integración de actos parciales en la globalidad del sistema» (STC 32/1983, FJ 2, que luego reproducen varias sentencias posteriores y, entre ellas, significativamente la 144/1985, FJ 4, así como más recientemente la STC 79/2017, de 22 de junio).

D) Sobre el alcance que puede otorgarse a esos medios y sistemas de relación, se ha sostenido que la integración de las partes en un conjunto unitario, perseguida por la actividad de coordinación, exige la adopción de las «medidas necesarias y suficientes» para lograr tal integración (STC 111/1984, FJ 6). Y así en la mencionada STC 144/1985 se concluyó que los ac-

tos gubernamentales de aprobación de declaraciones de zonas de agricultura de montaña son actos de coordinación, pues, de un lado, mediante tales aprobaciones se integran actos anteriores de fijación de los territorios, realizados por diversos órganos y sujetos y, de otro, tal aprobación se produce «al final de un procedimiento en el que pueden haber intervenido o participado las Comunidades Autónomas» (FJ 4). Debe reconocerse, pues, la posibilidad de que el Estado adopte medidas de coordinación tras la correspondientes intervención autonómica.

E) Del mismo modo, tampoco cabe negar, con carácter general, el recurso a medidas estatales de coordinación preventiva que establezcan sistemas de relación entre las diversas Administraciones. Así, en la STC 133/1990, FJ 14, en relación con el 6, se reconoció la facultad del Gobierno de la Nación para regular la composición de un órgano mixto entre Estado y Comunidades Autónomas, denominado Comisión Nacional de Protección Civil. En otras oportunidades, ciertas medidas de coordinación preventiva, como son la fijación de unas normas básicas y comunes a los diversos planes o intervenciones autonómicas, aparecen claramente vinculadas a la «previsión de unas directrices comunes» que hagan posible una actuación conjunta de los diversos servicios y Administraciones implicadas (STC 133/1990, FJ 9).»

Debe señalarse, no obstante, que **la competencia de coordinación es autónoma de la competencia que tiene el Estado para aprobar las bases de la planificación general de la economía**, como ha dicho el TC en su STC 32/1983: «es una competencia distinta a la de la fijación de las bases, como se desprende del hecho de que en el art. 149.1 no siempre que se habla de bases se habla

también de coordinación general, si bien esta, cuando se incluye, aparece salvo en una ocasión (art. 149.1.15.^a) unida a la competencia sobre las bases (art. 149.1.13.^a y 149.1.16.^a)». Han sostenido esta misma opinión GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2006, 326) afirmando, igualmente, que la potestad de coordinación es un poder específico del Estado para articular competencias propias y de las Comunidades Autónomas en las materias de que se trata, extrayendo como consecuencia fundamental de lo dicho que lo que intentan arbitrar el poder estatal de coordinación es, pues, algo distinto de la fijación de unas bases normativas, cuando la Constitución ha querido tan claramente distinguirlas, incluyendo, de este modo, medidas de articulación del ejercicio conjunto de las competencias a coordinar.

Finalmente, a raíz de lo expuesto y como resumen, debe añadirse que la competencia estatal de coordinación *ex art.* 149.1.13.^a **presupone la existencia de competencias autonómicas que no deben ser vaciadas de contenido**, pues busca la integración de una diversidad de competencias y Administraciones implicadas en un sistema o conjunto unitario y operativo, desprovisto de contradicciones y disfunciones, siendo preciso para ello fijar medidas suficientes y mecanismos de relación, ya sean de carácter normativo (como la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en defensa de la competencia) como no normativo, que permitan la información recíproca y una acción conjunta, así como, según la naturaleza de la actividad, pensar tanto en técnicas autorizatorias, o de coordinación *a posteriori*, como preventivas u homogeneizadoras. De este modo, como afirma el TC en su STC 79/2017, de 2 de junio, al resolver el recurso de inconstitucionalidad interpuesto frente a la Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado, «el establecimiento de un sistema de intercambio electrónico de información y, más concretamente, la obligación impuesta a las autoridades competentes por el art. 14.2 de la Ley 20/2013, de poner a disposi-

ción del resto de autoridades determinada información en aquellos procedimientos de elaboración de normas que afecten de manera relevante a la unidad de mercado, supone la fijación de medios y sistemas de relación que hacen posible la información recíproca con la finalidad de garantizar el mantenimiento de la unidad de mercado, y no suponen, en modo alguno, la sustitución de la Comunidad Autónoma en el ejercicio de sus competencias (...) Resulta constitucionalmente admisible que el Estado, al ejercer una competencia horizontal como la reconocida en el art. 149.1.13.^a CE, pueda condicionar el ejercicio de las competencias autonómicas siempre que ello se haga sin limitar más de lo necesario el efectivo ejercicio de la competencia autonómica».

III. LA COMPETENCIA PARA EL FOMENTO DEL DESARROLLO ECONÓMICO DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS: ESTUDIO DEL ART. 148.1.13.^a CE

Una vez examinada la competencia básica y de coordinación que ostenta el Estado sobre la ordenación general de la economía, resulta pertinente detenernos en el correlativo título competencial previsto en el art. 148.1.13.^a de la CE que legitima a las Comunidades Autónomas para poder asumir en sus Estatutos la competencia exclusiva sobre el «fomento del desarrollo económico de la Comunidad Autónoma dentro de los objetivos marcados por la política económica nacional».

Como puede observarse de una lectura rápida de dicho precepto, dos son las notas fundamentales que integran su contenido: por un lado, la horizontalidad del mismo, que permitirá a las Comunidades Autónomas realizar diversas actuaciones de fomento de su economía, y, de otro, el límite que tiene este título competencial, que precisamente se encuentra en la ordenación general de la economía, que corresponde, como ya hemos examinado, al Estado. Hay que considerar, por tanto, el alcance que puede desprenderse de este com-

plejo título competencial, en relación con otros que puedan tener las Comunidades Autónomas y con los correspondientes del Estado. Ello nos lleva, con carácter previo, ante la calificación general que pueda ostentar la actividad económica de las Comunidades Autónomas, como algo con sustantividad propia o como simple reflejo de la actividad estatal. En este sentido, hay que señalar que **la pluralidad de instrumentos puestos al servicio de la finalidad general del fomento acabará definiendo la propia capacidad de actuación de los poderes autonómicos en materia económica.**

Así parece haberlo interpretado la jurisprudencia constitucional, que ha establecido en su STC 96/1984, que resolvía el conflicto positivo de competencia promovido por el Estado frente al Gobierno del País Vasco, concretamente frente a la Orden de la Consejería de Economía y Hacienda de 19 de enero de 1983, por la que se autorizaba el folleto de una emisión de obligaciones y su fecha de lanzamiento. En su FJ 3.º señala en primer lugar que «la CE, al disponer en su art. 148, núm. 1, las competencias que podrán asumir en un principio las Comunidades Autónomas [...] se refiere en su párr. 13 al «fomento del desarrollo económico de la Comunidad Autónoma dentro de los objetivos marcados por la política nacional», y, también al servicio de esa unidad del orden económico, se atribuyen por la CE al Estado diversas competencias en materias económicas»; para acto seguido ligar el art. 148.1.13.ª con el título estatutario del País Vasco en virtud del cual asume expresamente dicha competencia la citada Comunidad Autónoma. El problema que se suscita entonces es el de **cómo cohonestar la competencia general autonómica sobre el fomento económico con la competencia estatal de establecer las bases y la coordinación de la planificación económica.** El TC cuando entra a examinar entonces el alcance de la competencia autonómica derivada del art. 148.1.13.ª trata de vincularla a algún otro título competencial de naturaleza económica más específico para poder dar contenido al

mismo. De esta forma en la sentencia que citamos el TC conecta la promoción y fomento de la economía autonómica con la materia «instituciones de crédito corporativo, público y territorial y Cajas de Ahorro» que a su vez se encuadran dentro de las bases que tiene el Estado sobre ordenación del crédito y la ordenación general de la economía para poder delimitar el alcance de la competencia autonómica, disponiendo lo siguiente:

«Este mismo principio de vinculación del ejercicio de las competencias de la Comunidad Autónoma a una política económica y, concretamente, monetaria y crediticia común, no tiene por qué limitarse al ámbito del «crédito corporativo, público y territorial» o de la «deuda pública» a que se refieren, respectivamente, el art. 10, núms. 26 y 45 del EAPV, sino que debe estar presente, según se desprende de lo dicho hasta ahora, en toda la actividad autonómica de ordenación del crédito. No es óbice para ello el que el art. 11, núm. 2.a), del EAPV no se refiera expresamente a tal límite de las competencias de la Comunidad en materia de crédito; pues la propia redacción de dicho precepto, al hacer referencia expresa a que el desarrollo legislativo y la ejecución de las «bases» habrán de tener lugar «en los términos que las mismas señalen», lo que hacen es subrayar en este caso la especial vinculación de las competencias normativas y de ejecución de la Comunidad Autónoma en materia de crédito a una política crediticia común que habrá de formular el Estado mediante dichas «bases».»

En líneas generales puede afirmarse que **las posibilidades de este título competencial del art. 148.1.13.ª, así como sus variantes estatutarias, han sido muy limitadas,** debido en gran parte a la imposibilidad de atribuir a las Comunidades Autónomas más poderes en materias económicas que los que se encuentran precisados por el ordenamiento

constitucional. Igualmente, otro motivo del limitado alcance de esta cláusula se encuentra en que la misma debe desplegarse conforme a una serie de reglas que implican el reconoci-

miento de otro sujeto actuante, esto es, el Estado, que tiene intensos poderes otorgados por la CE en materias de naturaleza económica con el fin de mantener la unidad de mercado.

BIBLIOGRAFÍA

AA. VV., *Estudios sobre la Ley de garantía de la unidad de mercado* (GUILLÉN CARAMÉS, J. y CUERDO MIR, M., Dirs.), Aranzadi-Thomson Reuters, 2017.

ALBERTÍ ROVIRA, E., «Principio de unidad económica y reparto competencial», *RVAP*, núm. 36 (II), 1993.

COSCULLUELA MONTANER, L., «La determinación constitucional de las competencias de las Comunidades Autónomas», *RAP*, núm. 89, 1979.

FERNÁNDEZ FARRERES, G., *La contribución del Tribunal Constitucional al Estado autonómico*, Iustel, Madrid, 2005.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Estudios sobre autonomías territoriales*, Civitas, Madrid, 1985.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, I, Thomson-Civitas, Madrid, 2006.

GUILLÉN CARAMÉS, J., *Libre competencia y Estado autonómico*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., «Supletoriedad del Derecho nacional y principio de unidad de mercado», *Derecho de los Negocios*, núm. 87, 1997.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., *Derecho Administrativo Económico*, I, La Ley, Madrid, 1991.

- «La ordenación jurídico-administrativa del sistema económico en los últimos 50 años», *RAP*, núm. 150, 1999.
- «Planificación económica», *Diccionario Civitas*, Madrid, 1997.

MUÑOZ MACHADO, S., *Derecho público de las Comunidades Autónomas*, I, 2.^a ed., Iustel, Madrid, 2007.

PULIDO QUECEDO, M., «La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de competencias económicas», *RVAP*, núm. 18, 1987.

REBOLLO PUIG, M., «El Estado autonómico tras la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado y sus principios de necesidad y eficacia nacional», *RAAP*, núm. 21, 2015.

TORNOS MAS, J., «La intervención de las Comunidades Autónomas en la economía», *REDA*, núm. 21, 1979.

TENA PLAZUELO, V., *La unidad de mercado en el Estado autonómico*, Colección Tesis y Praxis, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997.

ARTÍCULO 149.1.14.^a

14.^a Hacienda general y Deuda del Estado.

Sumario: I. Introducción. II. Relaciones entre Hacienda estatal y Haciendas autonómicas y locales. 1. Hacienda general y hacienda autonómica. 2. Hacienda general y hacienda local. III. Competencia sobre juegos y loterías. IV. Competencia sobre las cuentas de consignación judicial. V. Asociaciones de utilidad pública y beneficios fiscales.

CARLOS ORTEGA CARBALLO

LETRADO DEL TRIBUNAL DE CUENTAS
EXLETRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. INTRODUCCIÓN

Para analizar la jurisprudencia constitucional sobre el art. 149.1.14.^a CE, que establece la competencia exclusiva del Estado sobre «Hacienda general y deuda pública», es necesario, como con la mayoría de los títulos competenciales del citado precepto, realizar alguna advertencia previa sobre su alcance, límites y contenido. Inicialmente, el concepto «Hacienda general», recogido en la Constitución como competencia exclusiva del Estado, ha sido interpretado de diversas maneras; una primera línea doctrinal ha definido dicha expresión como sinónima de «Hacienda del Estado»; sin embargo, también se ha definido como «Hacienda total», incluyendo las Haciendas autonómicas y las de las Corporaciones locales; además se han realizado intentos de definir la Hacienda general desde diferentes puntos de vista: subjetivo (Administración Pública titular de los derechos y obligaciones de contenido económico), funcional (conjunto de procedimientos específicos para hacer efectivos los derechos y obligaciones de la Hacienda) y material (concretos derechos y obligaciones económicos de los que es titular un ente). Todos estos intentos de concreción no han tenido demasiado éxito, ni en la doc-

trina ni en la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional, como analizaremos enseguida.

La difusa delimitación de la competencia sobre Hacienda general se pone de manifiesto también en la actividad del propio legislador; en la actual Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, se puede leer en su Exposición de Motivos que, en atención a la jurisprudencia constitucional, se dicta al amparo, entre otros, del punto 14, del art. 149.1 CE, «en cuanto establece los conceptos, principios y normas básicas del sistema tributario en el marco de la Hacienda General».

Por su parte, la jurisprudencia constitucional sobre la competencia exclusiva del Estado sobre **Deuda pública** ha sido escasa, sin pronunciamientos recientes; únicamente cabría citar la STC 11/1984, de 2 de febrero, en la que se afirmó que la competencia de cualquier Comunidad Autónoma en materia de emisión de deuda pública debe ser enmarcada en los principios básicos del orden económico constitutivos o resultantes de la denominada «Constitución económica» y especialmente, por lo que se refiere al ámbito de la actividad financiera pública, deben ajustarse al princi-

pio de coordinación de las Haciendas de las Comunidades Autónomas con la Hacienda estatal, enunciado en el art. 156.1 de la CE.

II. RELACIONES ENTRE LA HACIENDA ESTATAL Y LAS HACIENDAS AUTONÓMICAS Y LOCALES

Antes de entrar a las relaciones entre la hacienda general y las autonómicas y locales, debe advertirse que, como ha afirmado el Tribunal en la STC 19/2012, FJ 3, el art. 149.1.14.^a CE confiere al Estado la competencia exclusiva para dictar un conjunto de normas en materia de «hacienda general» que proporcionen el **marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento del sistema tributario**, lo que debe hacerse desde una concepción del conjunto de tributos como «sistema» como reclama el art. 31.1 CE. Además, ha explicado el Tribunal que la conexión entre los arts. 133.1, 149.1.14.^a y 157.3 CE determina que el Estado sea competente para regular no solo sus propios tributos, sino también el marco general de todo el sistema tributario y la delimitación de las competencias financieras de las Comunidades Autónomas respecto de las del propio Estado (STC 192/2000, de 13 de julio, FJ 6; se reitera en las SSTC 16/2003, FJ 11; 72/2003, FJ 5).

1. Hacienda general y hacienda autonómica

Debe de inicio ser aclarado que, si bien el título «Hacienda General» no impide que las Comunidades Autónomas tengan también constitucionalmente reconocida su propia Hacienda —pues «la organización de su Hacienda es no tanto una competencia que se reconoce a las Comunidades Autónomas, cuanto una exigencia previa o paralela a la propia organización autónoma» (entre otras, SSTC 14/1986, FJ 2; 29/1986, FJ 5, y 192/2000, FJ 6)—, no obstante, como ha afirmado recientemente el Tribunal en la STC 128/2016, en relación a la creación de posibles «estruc-

turas de Estado», dichas competencias sobre su Hacienda serán siempre las asumidas en el propio Estatuto de Autonomía, de manera que «una Comunidad Autónoma no puede asumir más potestades, competencias en sentido propio o funciones, sobre las ya recogidas en su Estatuto en vigor, si no es mediante modificaciones normativas que quedan extramuros de su capacidad de decisión».

La conexión existente entre los arts. 133.1, 149.1.14.^a y 157.3 CE supone la competencia del Estado para «la delimitación de las competencias financieras de las Comunidades Autónomas respecto de las del propio Estado» (STC 31/2010, FJ 130), especificando que la competencia de aquel se desenvuelve, con la coordinación del propio Estado, en un marco de cooperación entre este y las Comunidades Autónomas (SSTC 31/2010, FJ 135; 134/2011, de 20 de julio, FJ 8). Concretamente, y sin perjuicio de otros foros, el Estado ejerce funciones de cooperación y coordinación *ex* art. 149.1.14.^a CE, en el seno del Consejo de Política Fiscal y Financiera (STC 204/2011, FJ 7). Es competencia exclusiva del Estado, en ejercicio de la que le atribuye al efecto el art. 149.1.14.^a CE, no solo el señalamiento de los criterios para el reparto de la participación que se les conceda a las Comunidades Autónomas en los ingresos estatales, sino también la concreción por ley de esa participación (SSTC 13/2007, FJ 6; 58/2007, FJ 4). Asimismo, **corresponde al Estado decidir si procede dotar, en su caso, y en qué cuantía, estas participaciones en ingresos del Estado**, «atendiendo a la totalidad de los instrumentos para la financiación de las Comunidades Autónomas, a las necesidades de cada una de estas y a las posibilidades reales del sistema financiero del Estado», si bien su actuación debe resultar presidida por el principio de lealtad constitucional que «obliga a todos», y que impone que el Gobierno deba «extremar el celo» por llegar a acuerdos con las Comunidades Autónomas [SSTC 13/2007, FJ 11; 58/2007, FJ 5; y 217/2014, FJ 6.b)].

2. Hacienda general y hacienda local

Por lo que se refiere a las haciendas locales, la competencia es compartida entre el Estado y las CC. AA. que la hayan asumido mediante sus Estatutos de Autonomía, en virtud del esquema bases-desarrollo del 149.1.18.^a De esta manera, «solo de manera puntual» podrá el Estado regular con carácter exclusivo el régimen de las haciendas locales haciendo prevalecer el título del 149.1.14.^a CE. Así será cuando se trate de la regulación de instituciones comunes a las distintas Haciendas, medidas de coordinación entre la Hacienda estatal y las Haciendas de las corporaciones locales, o cuando la finalidad de la norma estatal sea la salvaguarda de la suficiencia financiera de las Haciendas locales garantizada por el art. 142 CE, en cuanto presupuesto indispensable para el ejercicio de la autonomía local constitucionalmente reconocido en los arts. 137, 140 y 141 CE [SSTC 233/1999, FJ 4.b); reiterada esta idea, entre otras, en la STC 184/2011, FJ 4].

En cuanto al concreto alcance de las competencias estatales en materia de haciendas locales, el Tribunal ha reiterado que los dos títulos competenciales del Estado que operan fundamentalmente en relación con la financiación de las entidades locales son los referidos a Hacienda general (art. 149.1.14.^a CE) y a las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas (art. 149.1.18.^a CE). Específicamente por lo que se refiere a la competencia estatal incardinada en el art. 149.1.14.^a CE, esta abarca medidas dirigidas a la financiación de las entidades locales, siempre que tengan por objeto la relación entre la hacienda estatal y las haciendas locales, cuya suficiencia financiera corresponde asegurar al Estado. Ahora bien, pese al carácter exclusivo de la competencia del Estado en cuanto a la hacienda general, en la medida en que en materia de Administración local coinciden competencias estatales y autonómicas, en el ejercicio de aquella el Estado deberá atenerse al reparto competencial correspondiente (SSTC 179/1985, de 19 de

diciembre, FJ 1; 31/2010, FJ 139). Concretamente, **la tutela financiera que pueda corresponder a las Comunidades Autónomas sobre las entidades locales, en virtud de sus Estatutos de Autonomía, no ampara sin más la regulación de la actividad económico-financiera de los entes locales, sino la ejecución o aplicación de esa regulación mediante**, por ejemplo, autorizaciones, inspecciones o actos de fiscalización. De esta manera, aunque corresponde al Estado la regulación de los criterios de distribución de la participación de los entes locales en los tributos estatales (art. 149.1.14.^a CE), su aplicación (determinando las cantidades y realizando efectivamente el reparto) constituye una tarea ejecutiva de las Comunidades Autónomas [STC 111/2016, FJ 5.b), con cita de la STC 171/1996, de 30 de octubre, FJ 5); STC 180/2016].

A partir de dicha doctrina se ha descartado que el Estado ejerza la competencia sobre «hacienda general» contemplada en el art. 149.1.14.^a CE, cuando su regulación no tenga como objeto o finalidad principal ni la regulación de instituciones comunes de la hacienda local, ni la salvaguarda de la suficiencia financiera de las entidades locales (STC 150/2012, FJ 4). Así, ha considerado el Tribunal que «ciertamente, a través de las ayudas previstas, el Estado financia a los Ayuntamientos para que realicen programas que faciliten la inclusión social, prevengan situaciones de riesgo y promuevan la convivencia. Pero esta transferencia de recursos de la hacienda estatal a las locales persigue no tanto la financiación de las entidades locales como la integración social de la población inmigrante» [con cita de muchas anteriores, SSTC 26/2013, FJ 5.b), y 78/2014, FJ 5.b)].

Por otro lado, una vez establecido, a partir de la STC 130/2013, que el art. 149.1.14.^a CE no se refiere solo al sistema de ingresos públicos, sino que ampara normas estatales relativas a la hacienda pública desde la perspectiva del gasto [SSTC 130/2013, de 4 de junio, FJ 5, 135/2013, de 5 de junio, FJ 3.b)],

en el caso de la Administración local debe tenerse en cuenta que «no resulta fácil deslindar las normas de simple régimen jurídico de las Administraciones públicas que el Estado puede establecer *ex art.* 149.1.18 CE de las normas comunes sobre el gasto público subvencional que el Estado puede dictar al amparo del art. 149.1.14.^a CE, por lo que para proceder a una calificación competencial correcta deberá estarse tanto al sentido o finalidad de los títulos competenciales en juego, como al carácter, sentido y finalidad de los preceptos impugnados», a estos efectos, afirma el Tribunal en la STC 41/2016 que **1 cuando se esté abordando la regulación de los derechos y obligaciones de contenido económico de las Administraciones públicas o cuando el objeto de la regulación sea la protección o preservación de los recursos públicos que integran las haciendas, nos encontraremos ante preceptos que tienen su anclaje en el art. 149.1.14.^a CE»** [STC 41/2016, FJ 3.b), con cita de las SSTC 130/2013, FJ 5, y 135/2013, FJ 3.c)].

De esta manera las medidas orientadas a la finalidad del gasto local (a su contención o control incluso) se enmarcan también en la competencia exclusiva estatal en materia de hacienda general *ex art.* 149.1.14.^a CE, en la vertiente del gasto público, conforme a la cual al Estado le corresponde, «no solo la regulación del régimen jurídico de la ordenación de los gastos de la Administración del Estado, sino también el establecimiento de las normas y principios comunes de la actividad financiera de las distintas haciendas que tiendan a asegurar los principios constitucionales que deben regir el gasto público, entre los que se encuentra el principio de eficiencia y economía (art. 31.2 CE)» (SSTC 41/2016, FJ 12, y 130/2013, FJ 9). En concreto, el mismo título competencial habilita al Estado para configurar un régimen de controles internos de la actividad local destinado a proteger la integridad de los caudales públicos así como la legalidad, eficacia y eficiencia en su gestión [STC 111/2016, FJ 5.b)].

Por otra parte, **la fijación de los criterios de distribución de los recursos que nutren las Haciendas locales constituye un elemento básico de la Hacienda general**, de manera que en su distribución entre las Haciendas locales, las Comunidades Autónomas deberán respetar y ajustarse a los criterios de reparto establecidos por el Estado (STC 171/1996, de 30 de octubre, FJ 5; con cita de SSTC 96/1990, FJ 7; 237/1992, FJ 6; y 331/1993, FF. JJ. 2 y 3). Ahora bien, con ello no se impide a las Comunidades Autónomas actuar como cauce de distribución de estos ingresos, ya que no constituye un elemento básico de la Hacienda General, que se instrumente ese reparto a través de un Fondo de Cooperación Local, siempre que al efectuarlo se respeten los criterios de distribución previamente establecidos por el Estado en el ejercicio de una competencia que constitucionalmente le corresponde [SSTC 331/1993, de 12 de noviembre, FJ 3.a), y 31/2010, FJ 141].

La anterior doctrina se precisa en la STC 120/2012 en relación con el endeudamiento local, confirmándose este entendimiento extensivo de la competencia básica del Estado en materia de ordenación del control del crédito; competencia que concretamente puede incluir actos de pura ejecución, lo que pone de manifiesto la conexión, en el ámbito local, de los títulos competenciales del Estado establecidos en el art. 149.1.11.^a y 13.^a CE, y muy especialmente del primero de ellos, con el más genérico de «Hacienda general», contemplado en el art. 149.1.14.^a CE. Precisamente, en la STC 233/1999, donde ya se apuntó que la eventual concurrencia de una competencia básica y de una competencia exclusiva del Estado en materia local no podía «ser descartada de antemano» (FJ 5), el Tribunal tuvo la oportunidad de precisar —a partir de lo afirmado en su momento por la STC 179/1985 (FJ 1)— que dicho título competencial, de naturaleza exclusiva, prevalecerá sobre otros y, señaladamente, sobre el establecido en el art. 149.1.18.^a CE, «en aquellos casos en los que la normativa estatal tenga por objeto la regula-

ción de instituciones comunes a las distintas Haciendas o de medidas de coordinación entre la Hacienda estatal y las Haciendas de las Corporaciones Locales, o también cuando su finalidad sea la salvaguarda de la suficiencia financiera de las Haciendas locales garantizada por el art. 142 CE, en cuanto presupuesto indispensable para el ejercicio de la autonomía local constitucionalmente reconocido en los arts. 137, 140 y 141 CE» [STC 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 4.b)]. Por ello ha considerado el Tribunal que «la autorización del Estado sobre aquellas operaciones de endeudamiento de los entes locales que puedan incidir en la política crediticia o comprometer el equilibrio económico se encuentran dentro de las medidas de coordinación entre las respectivas haciendas —estatal y local— y, por tanto, dentro de la competencia estatal sobre «hacienda general» reconocida en el art. 149.1.14.^a CE» (STC 120/2012, FJ 5).

Por último, ha destacado el Tribunal en la STC 152/2016, FJ 7, que, sin perjuicio de la contribución que las Comunidades Autónomas puedan tener en la financiación de las haciendas locales, **deberá el Estado hacer efectivo el principio de suficiencia financiera de las haciendas locales**, a través de la actividad legislativa y en el marco de las disponibilidades presupuestarias. Además, **la participación de las Entidades locales en los tributos del Estado corresponde establecerla al Estado**, dado que dicha participación es una garantía de su autonomía, y dado que es al legislador estatal a quien incumbe dar efectividad a los principios de suficiencia de las Haciendas Locales (art. 142 CE) y de solidaridad y equilibrio territorial [art. 138 CE; STC 331/1993, FJ 2.b)]. De esta manera, se encuadrarán en el título del 149.1.14.^a (y no en el 149.1.18.^a) las ayudas de carácter económico a los entes locales que, como los procedentes del sistema tributario local y las participaciones en los tributos estatales, deben encuadrarse en la materia «hacienda general» (art. 149.1.14.^a CE), donde el Estado tiene una competencia normativa completa (SSTC 41/2016, FJ 6; 233/1999, FJ 4.b)].

Según resulta de los arts. 31.3 y 133.1 y 2 CE, **la creación de los tributos locales ha de operarse a través del legislador estatal**, cuya intervención reclaman los aps. 1 y 2 del art. 133 de la Constitución, potestad normativa que tiene su anclaje constitucional en la competencia exclusiva sobre Hacienda General (art. 149.1.14.^a CE), debiendo entenderse vedada, por ello, la intervención de las Comunidades Autónomas en este concreto ámbito normativo (SSTC 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 22; 31/2010, de 28 de junio, FJ 140),

III. COMPETENCIA SOBRE JUEGOS Y LOTERÍAS

La competencia sobre juegos y loterías no ha dado lugar a demasiados pronunciamientos. En la STC 163/1994, de 26 de mayo, el Tribunal, al resolver el conflicto positivo de competencia, promovido por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, en relación con el art. 2 del Real Decreto 904/1985, de 11 de junio, por el que se constituye el Organismo Nacional de Loterías y Apuestas del Estado (ONLAE), reafirmó la competencia del Estado sobre las Loterías y no solo sobre la modalidad denominada Lotería Nacional. Recuerda el Tribunal que desde el siglo XVIII, en que se introdujo el juego de lotería, fue configurándose como una institución definida globalmente por aquel singular nombre y su carácter de juego de suerte reservada su explotación a la Hacienda con el único fin de producir ingresos no tributarios, regalía de la Corona primero y **monopolio fiscal** más tarde (el Real Decreto de 30 de septiembre de 1763 establece que sus ganancias se pondrán en la Tesorería General).

La exclusividad del juego en manos de la Hacienda determina la prohibición de la venta de billetes de loterías extranjeras, pasa luego a la supresión de las rifas, incluso las de establecimientos públicos a particulares, sometiendo más tarde a unas y otras a licencia de la propia Administración. Está calificada como monopolio fiscal productora de ingresos para la Ha-

cienda general; la Instrucción de Loterías de 23 de marzo de 1956 la califica como «un recurso ordinario del presupuesto de ingresos y un Monopolio del Estado» (art. 1), así como «un servicio explotado por la Administración» (art. 2). Y como tal recurso ordinario del presupuesto de ingresos y monopolio del Estado es competencia de este en virtud del título de Hacienda general que no se circunscribe obviamente a los ingresos meramente tributarios, sino también a estos otros ingresos por renta o derechos de monopolio ejercido exclusivamente para producirlos. Título que no puede quedar limitado a la específica denominación de Lotería Nacional como una de las modalidades de la Lotería, sino a todo lo que esta significa como monopolio históricamente definido institucionalmente.

Advierte el Tribunal que, si la aprobación de los Estatutos de Autonomía atribuyendo a determinadas Comunidades Autónomas competencia exclusiva en materia de juegos y apuestas ha supuesto una alteración del ámbito funcional de la Lotería Nacional al confiarse a aquellas la potestad de organización y gestión de los juegos (incluso Lotería) en su propio territorio, ello no puede llevar al extremo de desapoderar al Estado de una competencia que atribuye a la Hacienda general el art. 149.1.14.ª CE.

IV. COMPETENCIA SOBRE LAS CUENTAS DE CONSIGNACIÓN JUDICIAL

Destacable resulta la STC 50/2006, de 16 de febrero, que resolvió el conflicto positivo de competencia planteado por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña contra el Ministerio de Justicia, sobre la licitación y adjudicación de la contratación del servicio de apertura y gestión de las cuentas de depósitos y consignaciones que precisan mantener los órganos judiciales.

El fondo de la cuestión debatida se ceñía a la controversia competencial, exclusivamente, respecto del ámbito de las facultades de aper-

tura de las cuentas bancarias derivadas de la regulación contenida, esencialmente, en el Real Decreto 34/1988 y el ingreso de los intereses derivados de las mismas. Así, todas las partes personadas coincidían en las competencias discutidas: de un lado, la de designar la entidad bancaria en la que han de abrirse las cuentas de pagos, consignaciones y depósitos judiciales y establecer el régimen jurídico para su gestión; de otro, la de ingresar los intereses derivados de esas cuentas.

La Sentencia recuerda que **las cuentas de depósitos y consignaciones judiciales están destinadas al ingreso del dinero y los efectos monetarios que reciban u ocupen los órganos judiciales en el ejercicio de sus competencias**. Su regulación, recogida especialmente en el Real Decreto 34/1988, de 21 de enero, crea un sistema sometido a determinadas garantías, que permite que las cantidades ingresadas puedan permanecer largo tiempo depositadas en las entidades bancarias designadas, suprimiendo la regla general que establecía su inmediato envío al Banco de España.

La determinación de una u otra entidad para abrir en ella las cuentas bancarias no es una mera actuación ejecutiva destinada a asegurar el buen funcionamiento del servicio público de Administración de Justicia. Bien al contrario, afirma el Tribunal, al establecer las condiciones en las que se desarrolla la licitación de tales cuentas bancarias, se concreta y establece todo un haz de obligaciones de las entidades de crédito que resulten adjudicatarias de las mismas. Hay que distinguir, pues, entre el contrato de la Administración con la entidad bancaria para la prestación del servicio de apertura y gestión de las cuentas, y la apertura de cada cuenta por parte del Secretario Judicial correspondiente. De ese modo, la competencia para sacar a licitación el servicio de cuentas de consignaciones y depósitos que precisan mantener los órganos judiciales no debe estar en contradicción con la de disponer sobre los rendimientos que produzcan. Así, será la Administración compe-

tente para disponer de los intereses derivados de las cuentas judiciales, de acuerdo con el reparto que establece la Constitución, la única que pueda decidir acerca de las condiciones en las que las entidades prestan el servicio bancario de cuentas, estructuradas legalmente en torno a su rentabilidad.

A propósito de la competencia para disponer sobre los rendimientos de las cuentas judiciales, el Abogado del Estado invocaba la competencia estatal en materia de Hacienda general (art. 149.1.14.^a CE); a su juicio, el ingreso patrimonial discutido no puede ser una fuente de la Hacienda autonómica, categoría que, de acuerdo con la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA), constituye una lista cerrada y tasada. Efectivamente, afirma la sentencia, los intereses generados por las cuentas bancarias son rendimientos desvinculados de la capacidad normativa de las Comunidades Autónomas relativa a la previsión de los medios materiales necesarios para el desarrollo de la función judicial.

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas se vincula al desarrollo de las competencias que, de acuerdo con la Constitución, les atribuyen sus Estatutos de autonomía y las leyes, especialmente la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas, en el sentido de que cualquier transferencia de recursos de una Administración a otra debe encontrar expresa habilitación en el bloque de la constitucionalidad.

Continúa el Tribunal afirmando que **la atribución a las Comunidades Autónomas de los intereses de las cuentas judiciales que hasta ahora venía ingresando la Hacienda general del Estado no encuentra habilitación alguna en el art. 4 LOFCA ni en ningún otro precepto del bloque de la constitucionalidad.** Es más, en rigor, estos ingresos han de considerarse fuente de la Hacienda estatal, pues, aunque dicha categoría no puede entenderse circunscrita a los ingresos tributarios, sí que requiere que sea posi-

ble la calificación de los ingresos como derechos económicos de la Hacienda pública en cuanto que los organiza, genera y gestiona el Estado, lo que sucede en esta ocasión, en que el origen del rendimiento económico son unas cantidades depositadas para asegurar el buen funcionamiento de la Administración de Justicia o como consecuencia de la aplicación de normas procesales, penales o de otro tipo, de estricta titularidad estatal, resultando, pues, de aplicación el art. 149.1.14.^a CE.

Corresponde, por tanto, a la Administración del Estado disponer de los rendimientos que produzcan las cuentas a disposición de los órganos judiciales. Necesariamente ha de atribuírsele también la competencia para designar, mediante los oportunos procedimientos y previa aprobación de las condiciones administrativas que rijan los contratos a realizar, las entidades bancarias en que han de abrirse.

Es evidente, concluye el Tribunal, que la designación de las entidades de crédito en las que se han de abrir las cuentas de referencia forma parte de las facultades de gestión y regulación de unas cantidades generadas en virtud de distintos títulos competenciales estatales, como son la Administración de Justicia (art. 149.1.5.^a CE) o la legislación penal y procesal (art. 149.1.6.^a CE), y que constituyen ingresos de la Hacienda estatal, por lo que corresponde al Estado en virtud del art. 149.1.14.^a CE. La incidencia de la competencia estatal sobre Hacienda general sobre la regulación de las condiciones en que han de abrirse y funcionar las cuentas judiciales es tal que impide atribuir dicha facultad a las Comunidades Autónoma.

V. ASOCIACIONES DE UTILIDAD PÚBLICA Y BENEFICIOS FISCALES

La STC 133/2006, de 27 de abril, al resolver el conflicto positivo de competencia promovido por el Gobierno de la Generalidad de Cataluña contra diversos artículos del Real Decreto 1740/2003, de 19 de diciembre, sobre procedi-

mientos relativos a asociaciones de utilidad pública, afirmó que es necesario conectar la competencia para declarar determinadas asociaciones «de utilidad pública» con los efectos que derivan de dicha declaración. De acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica del Derecho de Asociación, las asociaciones declaradas de utilidad pública gozan de la consideración de entidades sin fines lucrativos, pudiendo acogerse al régimen fiscal especial, que atañe particularmente al impuesto sobre sociedades y a los tributos locales. Sentado esto, concluye el Tribunal afirmando que **la posibilidad de disfrutar de los beneficios fiscales que versen sobre tributos de titularidad estatal o cuyo establecimiento corresponde al Estado representa la determinación del deber tributario de los beneficiarios y, en cuanto tal, resulta natural a su incardinación en el ámbito competencial del art. 149.1.14.ª CE.**

También sobre esta cuestión versó la STC 134/2006, de 27 de abril; el Tribunal, al resolver el conflicto positivo de competencia promovido por el Gobierno de la Generalidad de Cataluña contra diversos artículos del Real Decreto 1740/2003, de 19 de diciembre (en concreto sobre procedimientos relativos a asociaciones de utilidad pública, entre otros, se discutían los aps. 5 y 6 del art. 3, «procedimiento de declaración de utilidad pública de asociaciones»; y los aps. 2 y 3 del art. 5, «rendición anual de cuentas de las entidades declaradas de utilidad pública»), declaró que

nos hallamos ante el desarrollo reglamentario de las previsiones contenidas en el art. 34.1 de la Ley Orgánica del Derecho de Asociación, donde se identifican como obligaciones que deben satisfacer las asociaciones declaradas de utilidad pública por el Estado la rendición de las cuentas anuales y la presentación de una memoria de actividades ante el Registro administrativo en el que se hallen inscritas. Afirmando que toda vez que el cumplimiento de estas obligaciones de contenido informativo representa un requisito indispensable para que la entidad pueda ostentar la declaración de utilidad pública (art. 35.2 *in fine* LODA) y, en cuanto tal, disfrutar de las exenciones y beneficios fiscales y de los beneficios económicos establecidos por la legislación estatal que dicha declaración conlleva, se debe concluir, afirma el Tribunal, que el precepto reglamentario se encuadra sin mayores dificultades en la competencia conferida al Estado por el art. 149.1.14.ª CE. Competencia que ha sido el título habilitante para que el legislador estatal defina las obligaciones, algunos de cuyos aspectos formales se concretan en el art. 5 del Real Decreto 1740/2003. Por consiguiente, afirma que **la definición de los requisitos formales que deben satisfacer esas entidades en el cumplimiento de sus obligaciones de información, sobre cuyo carácter instrumental para el control de la concurrencia de los requisitos determinantes de la atribución de ese régimen especial no es preciso detenerse, se encuadra en el título competencial del art. 149.1.14.ª CE.**

BIBLIOGRAFÍA

BAREA TEJEIRO, J., «La Constitución y la Hacienda Pública», *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, núm. 81, Madrid, 2004.

HERRERA MOLINA, P. M., «Hacienda General y autonomía financiera», *Revista Española de Derecho Financiero*, octubre-diciembre 1987.

OLIVERA MASSÓ, P., «Los conceptos generales de Hacienda general, bases del régimen de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común», *Crónica Tributaria*, núm. 71, 1994, Instituto de Estudios Fiscales.

ARTÍCULO 149.1.15.^a

15.^a *Fomento y coordinación general de la investigación científica y técnica.*

Sumario: I. Introducción. El marco constitucional de la investigación. II. El reparto competencial entre Estado y Comunidades Autónomas sobre investigación. III. La Ley de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación de 2011. La investigación en los Estatutos de Autonomía.

ANTONIO EMBID IRUJO

CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO
UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA

I. INTRODUCCIÓN. EL MARCO CONSTITUCIONAL DE LA INVESTIGACIÓN

Hay que comenzar reconociendo que la CE 1978 tiene una sensibilidad especial sobre la investigación científica y técnica —en abierto contraste con nuestra poco ejemplarizante historia sobre esta cuestión— hasta el punto de que configura una obligación específica de los poderes públicos, mencionados en general, de que promuevan esa actividad en beneficio del interés general (art. 44.2). Igualmente se refiere a la libertad de investigación [art. 20.1.b)] como un derecho fundamental. En otro orden de cosas, dispone que el Estado tiene la competencia exclusiva sobre el fomento y coordinación general de la investigación científica y técnica (art. 149.1.15.^a CE), pero no por ello se olvida de ofrecer igualmente un título de intervención a las Comunidades Autónomas en este ámbito, disponiendo que puedan tener competencias, si así lo indican sus Estatutos de Autonomía, obviamente, en el fomento de la investigación (art. 148.1.17.^a CE). Se comprenderá que, con todo ello, la Constitución ofrece mimbres más que suficientes para que los distintos poderes públicos competentes puedan realizar una acción normativa en este ámbito, pero, sobre

todo, proceder a la organización administrativa de la investigación y a la creación de centros y sostenimiento del personal investigador con la consiguiente dotación de los medios económicos necesarios para todo ello.

Efectivamente este conjunto de preceptos constitucionales ha sido un marco específico y suficiente para que la transformación de la investigación en nuestro país haya sido radical, sin que esta palabra esté utilizada en este lugar de la manera frívola o sin la debida reflexión previa que es el signo de la apelación a lo radical en estos tiempos contemporáneos. Cuando se promulga la Constitución de 1978 solo el Consejo Superior de Investigaciones Científicas, creado por Ley de 24 de noviembre de 1939 y sucesor, en cierto sentido, de la recordada Junta de Ampliación de Estudios e Investigaciones Científicas (creada en 1907 como una muestra más de las concepciones regeneracionistas), constituía una organización capaz de generar trabajos de cierta calidad, estando, por lo general, las Universidades ausentes de una investigación científica de renombre, con capacidad de confrontación con la de países de nuestro entorno geográfico y cultural. En el plano puramente

universitario, por cierto, la Ley Orgánica de Reforma Universitaria dispuso en 1983 como función propia de la Universidad al servicio de la sociedad «la creación, desarrollo, transmisión y crítica de la ciencia, la técnica y de la cultura» (art. 1.2), lo que, unido a otras determinaciones del texto, podía permitir imaginar que se produciría un cambio sustancial en la orientación investigadora en la Universidad. Hoy la Ley Orgánica de Universidades de 2001, modificada en varias ocasiones posteriormente, sigue configurando como función de la Universidad al desarrollo de la sociedad «la creación, desarrollo, transmisión y crítica de la ciencia, de la técnica y de la cultura» [art. 1.2.a)] a lo que une «la difusión, la valorización y la transferencia del conocimiento al servicio de la cultura, de la calidad de la vida y del desarrollo económico» [art. 1.2.c)], para lo que apodera ampliamente a la autonomía universitaria y dota a las Universidades de medios económicos para la investigación que pueden tener sus orígenes en el Estado y en las CC. AA. y, con otros fundamentos normativos, en las instituciones europeas que tienen programas específicos de investigación. Los Estatutos de las Universidades y la misma actividad diaria de estas han configurado órganos propios (en algunos casos, hasta empresas o fundaciones, acudiendo a las puras formas de Derecho privado) para hacer más fácil o flexible la actividad investigadora de las Universidades, que hoy es en casi todas ellas una actividad de relevancia y, en muchas circunstancias, hasta goza de gran calidad.

Pero al margen de ello, existe también un aparato investigador que en el ámbito del Estado trasciende del CSIC y que ha visto florecer manifestaciones concretas en las CC. AA. distintas, en los dos casos, de las estructuras universitarias dedicadas a la investigación. Todo esto tiene sus orígenes últimos en la CE y los más próximos en decisiones normativas específicas (Ley Orgánica de Reforma Universitaria de 1983 y Ley 13/1986 inicialmente, y luego Ley Orgánica de Universidades de 2001 y Ley 14/2011, texto que luego mencionaré es-

pecíficamente) y, finalmente, en políticas administrativas que se inician al comienzo de la década de los noventa en el plano del Estado y que ya no han cesado, en modo alguno, hasta el momento, sino que, al contrario, conocen nuevos desarrollos.

El precepto que debo comentar según el encargo recibido plantea, antes que cualquier otra cuestión, un problema de entendimiento del mismo y de delimitación en relación a otro precepto constitucional, el art. 148.1.17.^a, que dispone que las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en materia de fomento de la investigación, si así lo disponen sus Estatutos de Autonomía. Voy a proceder inmediatamente al comentario correspondiente, para lo que me ayudaré de la escueta, pero significativa, jurisprudencia del TC producida sobre la materia.

II. EL REPARTO COMPETENCIAL ENTRE ESTADO Y COMUNIDADES AUTÓNOMAS SOBRE INVESTIGACIÓN

Los términos utilizados por el art. 149.1.15.^a CE y por el art. 148.1.17.^a CE son muy semejantes. En ambos casos aparece el «fomento» de la investigación como núcleo central de lo regulado, sumándosele, en el caso del Estado, la palabra «coordinación», coordinación general de la investigación científica y técnica. Al margen de la delimitación competencial entre Estado y CC. AA. sobre la materia, los preceptos mencionados presentan el reto para el intérprete, como la primera tarea que deberá asumir, de la determinación exacta de lo que con la palabra «fomento» haya querido decir el constituyente.

En este terreno hay que reconocer que el trabajo que en un momento determinado realizó el TC fue anticipado por un gran jurista en un libro sobresaliente por tantos motivos. Efectivamente, el prof. MUÑOZ MACHADO, en su *Derecho público de las Comunidades Autónomas*, publicado en 1982 y con segunda edición en

2007, por la que cito, págs. 835 y 836, deja establecido con estas palabras lo que más tarde, en 1992, dirá el TC. Las reproduzco:

«... debemos recordar que la expresión fomento no alude ni en el art. 148 ni en el 149 exclusivamente a una actividad pública de apoyo o estímulo a actividades desarrolladas por el sector privado, sino que comprende en general toda la política que los poderes públicos pueden desarrollar en relación con la investigación. Ciertamente serán siempre individuos los que la desarrollen, pero ello no significa que la Constitución esté pensando exclusivamente en el apoyo a la investigación privada. La expresión fomento tiene aquí también manifestaciones organizativas y serviciales, en el sentido de que permite al titular de la competencia mantener centros o sostener servicios, organizar, en definitiva, un aparato público dedicado al desarrollo de tareas investigadoras. En este sentido quizá la noción que mejor concuerda con el verdadero sentido de la expresión “fomento” sea la de *promoción* de la investigación, objetivo para el que se pueden arbitrar medios de apoyo al sector privado u organizar y sostener centros y servicios públicos en los cuales pueda desarrollarse la investigación. Lo que es importante subrayar, en todo caso, es que la voz “fomento” trata de comprender *toda* la actividad que los poderes públicos pueden desarrollar en relación con la investigación. En este sentido conecta dicha expresión con la misión que a los poderes confía el art. 44.2 de la Constitución: “los poderes públicos *promoverán* la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general” (las cursivas están en el original).

Unas palabras que van a marcar el desarrollo posterior de este título competencial hasta nuestros días y que cuentan en el entreacto

con la **STC 90/1992, de 11 de junio**, mediante la que se resuelven los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña y por el Parlamento de Cataluña contra algunos artículos de la Ley 13/1986, de 14 de abril, de Fomento y Coordinación General de la Investigación Científica y Técnica (la primera Ley postconstitucional en las materias tratadas en este comentario). Como bien fácilmente puede apreciarse, el título de la Ley recurrida reproduce el título competencial estatal presente en el art. 149.1.15.^a CE. La Sentencia desestimará los recursos interpuestos en toda su extensión, no procediendo no solo a anular ningún artículo, sino tampoco llevando a cabo la habitual labor —en muchas sentencias del TC al menos sucede así— de la interpretación de algún artículo de la forma adecuada a la Constitución. Todo en la Ley 13/1986 es para el TC adecuado a la CE.

En ese sentido lo que nos interesa no es confrontar preceptos concretos de la Ley 13/1986 con los recursos mencionados y sus razones jurídicas, sino, simplemente, reproducir la teoría general que establece el TC en relación a esta delimitación competencial entre Estado y CC. AA. a la que me refiero. Así, en relación a la competencia estatal establecida en el art. 149.1.15.^a CE el TC (FJ 2) dirá:

a) Que hay un pleno paralelismo entre lo indicado en este precepto y el art. 148.1.17.^a CE, lo que evidencia, para el TC, que «constitucionalmente la misma materia queda o puede quedar, en principio, a la plena disponibilidad de una pluralidad de Centros decisores, es decir, a la disponibilidad del Estado y a la de todas las Comunidades Autónomas».

b) Sobre el concepto de fomento se observará (recuérdense las anteriores palabras de MUÑOZ MACHADO) que «no resulta en absoluto convincente la tesis de que el fomento de la investigación científica y técnica, dado su contenido, circunscriba la competencia estatal —y, en su caso, la autonómica— al mero apoyo, estímulo o incentivo de las actividades

investigadoras privadas a través de la previsión y otorgamiento de ayudas económicas o de recompensas honoríficas y similares, excluyendo, como contrapuesta, aquellas otras acciones directas de intervención consistentes en la creación y dotación de centros y organismos públicos en los que se realicen actividades investigadoras, sino que la señalada expresión engloba a todas aquellas medidas encauzadas a la promoción y avance de la investigación, entre las que, sin duda, deben también incluirse las de carácter organizativo y servicial que permitan al titular de la competencia crear y mantener unidades y Centros dedicados al desarrollo y divulgación de las tareas investigadoras». Realce, pues, de las posibilidades de una acción pública investigadora que van a ser decisivas para la construcción de un sistema de investigación en España, tarea que fundamentalmente se abordó a comienzos de la década de los noventa.

c) La competencia de fomento de la investigación (la ejercite el Estado o las CC. AA.) comprende potestades tanto de orden normativo como de orden ejecutivo. En modo alguno puede entenderse que el Estado solo pudiera ejercitar competencias ejecutivas.

d) La competencia sobre el fomento de la investigación es proyectable sobre cualquier materia, sin que pueda realizarse un camino interpretativo consistente en decir que como sobre esa materia (por ejemplo, agricultura) la competencia exclusiva pertenece a las CC. AA., el Estado no podría ejercer competencias de investigación sobre la misma. Ello equivaldría a vaciar de contenido la competencia estatal de fomento de la investigación.

e) Finalmente se recuerda que el Estado tiene un «plus» de competencia en esta materia en relación a la que puedan tener las CC. AA., consistente en la «coordinación general» que se le atribuye. Sobre lo que se entienda por coordinación, el TC remite a su jurisprudencia anterior (muy notable desde la STC 32/1983 y, appunto, sustancialmente construida sobre la materia sanitaria) remitiéndose,

por proximidad, a la STC 45/1991, «debiéndose destacar, en este momento, que, según la misma, la competencia estatal de coordinación no puede llegar a tal grado de concreción y desarrollo que deje vacías de contenido a las correspondientes competencias de las Comunidades Autónomas, y que para hacer efectiva esa coordinación deben adoptarse las medidas necesarias y suficientes para lograr la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto o sistema, entre las cuales no es posible, por lo demás, descartar la existencia de medidas de coordinación preventiva».

Con este marco general, la Ley 13/1986 resultará, en todos sus términos, adecuada a la Constitución. Ha sido sustituida por la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, que se trata muy resumidamente en el siguiente epígrafe.

III. LA LEY DE LA CIENCIA, LA TECNOLOGÍA Y LA INNOVACIÓN DE 2011. LA INVESTIGACIÓN EN LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

En ese contexto de interpretación competencial es en el que se mueve la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, Ley que, a diferencia de su antecedente, la Ley 13/1986, no ha sido objeto de ninguna acción de inconstitucionalidad, lo que constituye una *rara avis* en el panorama de las leyes estatales que de alguna forma inciden en las competencias de las Comunidades Autónomas.

La Ley que se indica aparece en el momento álgido de la crisis económica iniciada en 2008, lo que probablemente ha sido la causa del escaso desarrollo que algunas de sus prescripciones han tenido y, desde luego, de los amplios recortes presupuestarios que han tenido las partidas dedicadas a ciencia e investigación y que en el momento de concluirse este trabajo (abril de 2018) aún no se han recuperado.

Eso ha afectado, por ejemplo, a una de las decisiones más relevantes de esta Ley 14/2011, como la de la creación de la Agencia Estatal de Investigación, órgano en el que se tenían muchas esperanzas y que se configuraba con una cierta independencia del aparato organizativo estatal. No será hasta el RD 1067/2015, de 27 de noviembre, por el que se crea la Agencia Estatal de Investigación y se aprueba su Estatuto, que se avance en la voluntad de la Ley (RD modificado luego por el RD 1/2017, de 13 de enero). Se da también la paradoja de que la Ley 14/2011 crea la Agencia Estatal de Investigación bajo el modelo de las Agencias Estatales para la mejora de los servicios públicos (según una Ley de 2006) y que luego se adoptará la decisión de suprimir estas Agencias (por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Sector Público), lo que deja a esta Agencia en una indefinición de naturaleza jurídica que algún día habrá de resolverse. Lo cierto es que su funcionamiento efectivo es más que dudoso, lo que afecta, sobre todo, a la autonomía e independencia con la que se configuró en la Ley 14/2011.

Por lo demás, casi todas las CC. AA. han aprobado sus Leyes de ciencia o de investigación e incluso en algunos casos las reformas de los EE. AA. operadas a partir de 2006 aportan algunas novedades a esta cuestión competencial que deben mencionarse en un libro de estas características.

Así, el EC 2006 se refiere a la competencia de investigación en su art. 158, a la que configura como competencia exclusiva (con el sentido de exclusiva a que se refiere el art. 110 del mismo EC), indicando, incluso, su contenido en el ap. 1.º (establecimiento de líneas propias de investigación y el seguimiento, el control y la evaluación de sus proyectos; organización, régimen de funcionamiento, control, seguimiento y acreditación de los centros y estructuras radicados en Cataluña; regulación y gestión de las becas y las ayudas convocadas y financiadas por la Generalitat; regulación y formación profesional del personal investigador y de

apoyo a la investigación y difusión de la ciencia y la transferencia de resultados). Igualmente se regula la competencia compartida sobre la coordinación de los centros y estructuras de investigación de Cataluña y la forma de fijar los criterios de colaboración entre el Estado y la Generalitat en materia de política de investigación, desarrollo e innovación y los sistemas de participación de la Generalitat en la fijación de las políticas que afecten a estas materias en el ámbito de la Unión Europea y en otros organismos e instituciones internacionales (ap. 3.º). Este ap. 3.º fue recurrido al TC, sin que la **STC 31/2010, de 28 de junio**, mediante la que se resolvió el recurso, le haya afectado. La STC citada desestima el recurso en relación a los distintos incisos del ap. 3.º Indica, así, en relación al primero de ellos que «ningún reparo suscita la invocación genérica a la colaboración entre el Estado y la Generalitat, que está implícita en nuestra organización territorial del Estado». Y en lo atinente al segundo, que se refiere a la participación autonómica en la fijación de las políticas que afectan a estas materias en el ámbito de la Unión Europea y en otros organismos e instituciones internacionales, se dice que «debemos insistir en que la participación constituye una modalidad cooperadora que no merece reproche constitucional alguno cuando se acomoda al carácter y los límites a los que nos referiremos también con más detalle al abordar los preceptos recurridos del Título V EAC... el precepto impugnado enuncia genéricamente tanto la colaboración como la participación autonómica en materia de investigación, desarrollo e innovación, sin imponer condicionamiento alguno al Estado, de modo que ha de ser precisamente el Estado el que regule, en su caso, el alcance y las modalidades técnicas de dicha participación. De acuerdo con lo indicado, ha de ser desestimada la impugnación del art. 158.3 EAC».

Por cierto que el art. 54 del Estatuto de Andalucía de 2007 tiene idéntico contenido que el EC, pero ninguno de sus apartados ha sido

recurrido (en realidad ningún precepto del EC ha sido recurrido al TC, fuera del relativo a la asunción de la parte andaluza de la cuenca del Guadalquivir, el art. 51, que lo ha sido por la Comunidad Autónoma de Extremadura, es decir, al margen del recurso general interpuesto contra el Estatuto de Cataluña, y que ha llevado, por cierto, a su de-

claración de inconstitucionalidad por la **STC 30/2011, de 16 de marzo**).

Con otra forma más simple —al modo tradicional de la primera fase de los EE. AA.— de configurar las competencias puede verse el art. 71.41.^a del Estatuto de Autonomía de Aragón de 2007.

BIBLIOGRAFÍA

CALONGE VELÁZQUEZ, A., *Administración e investigación*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.

CUETO PÉREZ, M., *Régimen jurídico de la investigación científica: la labor investigadora en la Universidad*, Cedecs, Barcelona, 2002.

EMBED IRUJO, A., «La autonomía universitaria y la autonomía de las Comunidades Autónomas», *RAP*, núm. 146, 1998.

EMBED IRUJO, A. y GURREA CASAMAYOR, F., *Legislación universitaria. Normativa general y autonómica*, 11.^a ed., Madrid, 2008.

EMBED TELLO, A. E., *La libertad de investigación científica. Una interpretación integrada de sus dimensiones subjetiva y objetiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, 303 págs.

MUÑOZ MACHADO, S., *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, vol. I, 2.^a ed., Iustel, Madrid, 2007.

PIÑAR MAÑAS, J. L., «El sistema institucional de investigación científica y la Universidad. Una aproximación al modelo español», *RAP*, núm. 118, 1989.

ARTÍCULO 149.1.16.^a

16.^a Sanidad exterior. Bases y coordinación general de la sanidad. Legislación sobre productos farmacéuticos.

Sumario: I. Introducción. II. Competencias estatales en sanidad. 1. La sanidad exterior. 2. Las bases de la sanidad. 3. La coordinación general de la sanidad. 4. La alta inspección sanitaria. III. Competencia estatal sobre productos farmacéuticos.

EDORTA COBREROS MENDAZONA

CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO
UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO

I. INTRODUCCIÓN

La atribución competencial al Estado recogida en este precepto constitucional debe analizarse según las dos materias (relacionadas, pero diferentes) objeto de regulación: la sanidad, por un lado, y los productos farmacéuticos, por otro.

II. COMPETENCIAS ESTATALES EN SANIDAD

Como se aprecia de inmediato, el propio texto constitucional reserva al Estado **toda** la materia «sanidad exterior» y **parte** de la materia «sanidad» interior (más concretamente, sus bases y la coordinación general). Ya veremos en seguida que la cuestión es un poco más compleja, pero este planteamiento sirve para iniciar la exposición.

1. La sanidad exterior

A la hora de distribuir la competencia en materia sanitaria, el constituyente ha resucitado una antigua (y consolidada, en su momento) distinción entre sanidad exterior e interior — que arranca de la importante Ley de 1855 y de sus previsiones contra las enfermedades in-

fecciosas que pudieran venir por vía marítima, sobre todo—, que hoy, sin embargo, claramente parece haber quedado obsoleta.

Al reservarse al Estado incluso la ejecución de las medidas sanitarias referidas a este ámbito, mientras que el resto de prestaciones sanitarias se materializan (y en el mismo territorio) por las Comunidades Autónomas a través de cada uno de sus sistemas sanitarios, resulta que tal extremo —al menos, el aspecto ejecutivo de la sanidad exterior— puede resultar incluso disfuncional en el sistema en su conjunto; razón por la que podría resultar conveniente el establecimiento, vía convencional, de que las concretas prestaciones, tanto preventivas como curativas, fuesen materializadas por los Servicios Autonómicos de Salud, que, al fin y al cabo, se integran en el Sistema Nacional de Salud. E incluso este podría ser uno de los supuestos para una posible ley de las previstas en el art. 150.2 CE.

Ahora bien, en cualquier caso debe quedar claro que, **hoy por hoy, es toda la actividad (tanto legislativa como ejecutiva) relativa a la sanidad exterior la que este precepto constitucional reserva al Estado.**

La concreción de esta competencia la tenemos, invariada desde 1986, en el art. 38 de la

Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, donde, tras afirmar que es competencia exclusiva del Estado tanto la sanidad exterior como las relaciones y acuerdos sanitarios internacionales, se precisa que «son actividades de sanidad exterior todas aquellas que se realicen en materia de vigilancia y control de los posibles riesgos para la salud derivados de la importación, exportación o tránsito de mercancías y del tráfico internacional de viajeros». Estas funciones estatales se desarrollaron reglamentariamente, de manera pormenorizada, ese mismo año por RD 1418/1986, de 13 de junio, de funciones del Ministerio de Sanidad y Consumo en materia de sanidad exterior (en vigor), sobre el que se pronunció el Tribunal Constitucional al dirimir un conflicto de competencias en relación con diversos preceptos del mismo, señalando que «la sanidad exterior tiene por objetivo la vigilancia, prevención y eliminación de riesgos para la salud con ocasión del tráfico internacional de personas, mercancías, animales y especies vegetales a través de determinados lugares del territorio nacional, como es el caso de los puertos, aeropuertos y puestos fronterizos autorizados. Y al servicio de este objetivo de protección de la salud se hallan distintas medidas preventivas, asistenciales y prestacionales (art. 45.1 y 2 CE) que los servicios sanitarios del Estado pueden adoptar respecto a personas y bienes —como expresa respecto de aquellas el art. 112 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, de derechos y libertades de los extranjeros en España—, en coordinación con los otros departamentos de la Administración. Con la particularidad de que tales medidas, por su finalidad de prevención y eliminación de riesgos para la salud en el territorio nacional, han de proyectarse no solo sobre personas y bienes a su entrada o salida de España, sino sobre las propias instalaciones y sobre su entorno inmediato en puertos, aeropuertos y puestos fronterizos afectos al tráfico internacional, para impedir la propagación de enfermedades por diferentes vectores, entre ellos los insectos y roedores, así como por residuos y aguas residuales» (STC 329/1994, de 15 de diciembre, FJ 2).

Con anterioridad, el Tribunal Constitucional —quizá con exceso, al no estar en juego la salud humana— ya había hecho aplicación de esta competencia en su STC 192/1990, de 29 de noviembre, FJ 3, para justificar una Orden del Ministerio de Agricultura que pretendía establecer un cordón sanitario frente a la frontera francesa, por existir en el país vecino una epidemia de varroasis (epizootia, causada por un ácaro, que afecta a las abejas).

Finalmente, deben tenerse en cuenta en este ámbito de actuaciones los condicionamientos que tal competencia estatal padece, tanto por los tratados internacionales ratificados por España como, sobre todo, por las consecuencias derivadas del Derecho de la Unión Europea, de tal manera que la acción de la Unión no solo complementa las políticas nacionales (especialmente en lo relativo a la vigilancia de las amenazas trascendentales para la salud pública), sino que, desde otra perspectiva, incluso será el propio ordenamiento supranacional el que decida si determinadas restricciones estatales impuestas por razones de salud pública son (o no) compatibles con la libertad de circulación y establecimiento de personas o con la libre circulación de mercancías.

2. Las bases de la sanidad

Este título competencial y lo que, por contraposición, permite que sea competencia autonómica, es el aspecto más relevante de este art. 149.1.16.^ª CE. En efecto, el diseño prefigurado es que **el Estado dicte las bases (y solo estas) de la sanidad (interior) y las Comunidades Autónomas puedan ocuparse del resto**, esto es, tanto del desarrollo normativo de aquellas como de la ejecución, en toda su amplitud, de las actuaciones en materia sanitaria. Además, **a partir de 1992, esta última posibilidad se materializó ya para todas las Comunidades Autónomas en todo el ámbito sanitario (incluido el de las prestaciones sanitarias derivadas del sistema de la Seguridad Social).**

Conviene, en todo caso, destacar algunos aspectos de esta decisión fundamental del constituyente en favor de un diseño que deja amplio margen en favor de la actuación de las Comunidades Autónomas.

En primer lugar, no puede dejar de subrayarse que nos encontramos ante **uno de los más importantes servicios prestados desde la Administración, como es el servicio sanitario público**. Y la opción organizativa prefijada ya en este precepto constitucional ha resultado un acierto para las prestaciones sanitarias y, en definitiva, para los ciudadanos, que son sus beneficiarios. Así, en perfecta sintonía con la previsión constitucional que ahora nos ocupa, la Ley General de Sanidad estableció el diseño —configurándolo como «norma básica en el sentido previsto en el art. 149.1.16.^a de la Constitución» (art. 2.1 LGS)— del sistema sanitario público a partir de una opción fundamental: hacer que recaiga el peso de la asistencia en el nivel autonómico, afectando con ello no solo al Estado sino también a la Administración Local (recuérdese, por ejemplo, que hasta entonces la asistencia psiquiátrica era competencia de las Diputaciones Provinciales), de tal manera que «en cada Comunidad Autónoma se constituirá un Servicio de Salud integrado por todos los centros, servicios y establecimientos de la propia Comunidad, Diputaciones, Ayuntamientos y cualesquiera otras Administraciones territoriales intracomunitarias, que estará gestionado, como se establece en los artículos siguientes, bajo la responsabilidad de la respectiva Comunidad Autónoma» (art. 50.1 LGS).

Pero es que, además, la ley ya adelantó (disposición adicional 6.^a, pese a su dicción literal) lo que años más tarde se generalizaría en todo el territorio —y que constituye otra opción organizativa de gran entidad—, como es que **los centros sanitarios de la Seguridad Social quedaran también integrados en el Servicio Autonómico de Salud**, cuando las Comunidades Autónomas tuvieran asumidas tales competencias (repárese en que, en aquellos momentos, tal cosa solo sucedía en algu-

nas de ellas, siendo las restantes **territorio Insalud**, como se conocían por referencia al organismo estatal que entonces estaba encargado de la gestión de las prestaciones sanitarias derivadas del Sistema de la Seguridad Social). Cumplida ya esta fase, como antes ha quedado dicho, el grueso de la prestación sanitaria pública queda establecido en el nivel autonómico, lo que —se insiste— ha constituido un acierto organizativo indudable.

Ahora bien, todo ello no puede funcionar como una serie de piezas inconexas, sino que, como muy pronto tuvo ocasión de advertir el Tribunal Constitucional (al tratar, precisamente, del reparto competencial), su conjunto debe conformar un «sistema». Así aparece ya en su temprana STC 32/1983, de 28 de abril, donde afirma que, de la interpretación sistemática de los arts. 43, 51, 149.1.1.^a y 139.2 CE «se infiere la **exigencia constitucional de que exista un sistema normativo de la Sanidad nacional**» (FJ 2, la cursiva está añadida).

Y en esta dirección fue la Ley General de Sanidad al establecer (también con carácter de norma básica), por un lado, que «todas las estructuras y servicios públicos al servicio de la salud integrarán el Sistema Nacional de Salud» (art. 44.1 LGS) y, por otro lado, que «el Sistema Nacional de Salud es el conjunto de los Servicios de Salud de la Administración del Estado y de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas» (art. 44.2 LGS), añadiendo que «el Sistema Nacional de Salud integra todas las funciones y prestaciones sanitarias que, de acuerdo con lo previsto en la presente Ley, son responsabilidad de los poderes públicos para el debido cumplimiento del derecho a la protección de la salud» (art. 45 LGS). Se trata, por tanto, de un «**sistema**», **tanto desde el aspecto orgánico como del funcional**; pero debe tenerse en cuenta que, en cuanto a los órganos integrados, se articula de manera equiordenada, esto es, que los sistemas autonómicos no están subordinados al Sistema Nacional, sino que son partes de un todo, si bien trabadas a partir de

la sujeción, por un lado, a las bases establecidas por el legislador estatal y, por otro lado, a la coordinación general, que también le corresponde al Estado (en los términos que veremos a continuación).

Una interpretación emblemática de este título competencial por parte del Tribunal Constitucional (en línea de continuidad con posiciones anteriores y, a su vez, continuada en otras posteriores) la podemos encontrar en los siguientes párrafos de su STC 98/2004, de 25 de mayo:

«Concretado este marco competencial es preciso aclarar, en primer lugar, que cuando el art. 149.1.16 CE se refiere a la competencia estatal para fijar las bases y realizar la coordinación general de la “sanidad”, este último vocablo hay que entenderlo referido a la “sanidad interior” por exclusión con el de “sanidad exterior” que previamente es utilizado en ese mismo apartado (STC 32/1983, de 28 de abril, FJ 2). En segundo término, y en relación al concepto de “bases”, nuestra doctrina constitucional ha venido sosteniendo que por tales han de entenderse los principios normativos generales que informan u ordenan una determinada materia, constituyendo, en definitiva, el marco o denominador común de necesaria vigencia en el territorio nacional. Lo básico es, de esta forma, lo esencial, lo nuclear, o lo imprescindible de una materia, en aras de una unidad mínima de posiciones jurídicas que delimita lo que es competencia estatal y determina, al tiempo, el punto de partida y el límite a partir del cual puede ejercer la Comunidad Autónoma, en defensa del propio interés general, la competencia asumida en su Estatuto. Con esa delimitación material de lo básico se evita que puedan dejarse sin contenido o cercenarse las competencias autonómicas, ya que el Estado no puede, en el ejercicio de

una competencia básica, agotar la regulación de la materia, sino que debe dejar un margen normativo propio a la Comunidad Autónoma (SSTC 1/1982, de 28 de enero, FJ 1; 69/1988, de 19 de abril, FJ 5; 102/1995, de 26 de junio, FF. JJ. 8 y 9; 197/1996, de 28 de noviembre FJ 5; 223/2000, de 21 de septiembre, FJ 6; 188/2001, de 20 de septiembre, FJ 8; 126/2002, de 23 de mayo, FJ 7; 24/2002, de 31 de enero, FJ 6; 37/2002, de 14 de febrero, FJ 9; y 1/2003, de 16 de enero, FJ 8, en torno al concepto de lo «básico»).

Por tanto, ni la fijación de las bases ni la coordinación general a la que también se refiere la regla 16 del art. 149.1 CE (que persigue la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto o sistema, evitando contradicciones, y reduciendo disfunciones según SSTC 32/1983, de 28 de abril, FJ 2; 42/1983, de 20 de mayo, FJ 3; 80/1985, de 4 de julio, FJ 2), deben llegar a tal grado de desarrollo que dejen vacías de contenido las correspondientes competencias que las Comunidades Autónomas hayan asumido en la materia (STC 32/1983, de 28 de abril, FJ 2)» (FJ 6).

[...]

«Efectivamente, la Constitución no solo atribuye al Estado una facultad, sino que le exige que preserve la existencia de un sistema normativo sanitario nacional con una regulación uniforme mínima y de vigencia en todo el territorio español, eso sí, sin perjuicio, bien de las normas que sobre la materia puedan dictar las Comunidades Autónomas en virtud de sus respectivas competencias (por todas, SSTC 61/1997, de 20 de marzo, FJ 7; 173/1998, de 23 de julio, FJ 9; 188/2001, de 29 de septiembre, FJ 12; 37/2002, de 14 de febrero, FJ 12; y 152/2003, de 17 de ju-

lio, FJ 3), dirigidas, en su caso, a una mejora en su ámbito territorial de ese mínimo común denominador establecido por el Estado, bien de las propias competencias de gestión o de financiación que sobre la materia tengan conforme a la Constitución y a los Estatutos. Y se lo exige cuando en el art. 149.1.16 CE le atribuye las bases en materia de “sanidad”, para asegurar —como se ha dicho— el establecimiento de un mínimo igualitario de vigencia y aplicación en todo el territorio nacional en orden al disfrute de las prestaciones sanitarias, que proporcione unos derechos comunes a todos los ciudadanos. Lo expuesto se concreta en el art. 23 de la propia Ley 16/2003, que establece que todos los usuarios del Sistema Nacional de Salud tendrán acceso a las prestaciones sanitarias en ella reconocidas en condiciones de igualdad efectiva» (FJ 7).

A todo lo anterior podemos añadir algún otro aspecto de interés, que ha puesto de manifiesto también el Tribunal Constitucional al enjuiciar, desde el punto de vista competencial, decisiones de distinto signo adoptadas en relación con la más reciente crisis económica. Así, para lo que ha denominado el ámbito objetivo, esto es, para delimitar las prestaciones a ofrecer por las estructuras sanitarias públicas, podemos leer en su STC 136/2012, de 19 de junio, FJ 5:

«[C]abe considerar como básica la definición del sistema de financiación de la sanidad, lo que incluye tanto la garantía general de financiación pública como, dentro de esta garantía, los supuestos en los que algunas prestaciones comunes que no son básicas (las “suplementarias” y de «servicios accesorios») pueden estar sujetas a una financiación adicional con cargo al usuario del servicio (tasa o “copago”). En efecto la definición de la modalidad de financiación aplicable a las di-

ferentes prestaciones sanitarias, y en qué supuestos procede el pago de aportaciones por sus destinatarios, tiene una incidencia central en la forma de prestación del propio servicio, constituyendo así también un elemento nuclear del propio ámbito objetivo de las prestaciones sanitarias, que en consecuencia debe ser regulado de manera uniforme, por garantizar el mínimo común de prestaciones sanitarias cubierto por financiación pública en todo el territorio nacional.

Finalmente, dichas bases habilitan un margen para el desarrollo, por parte de las Comunidades Autónomas, de su propia política sanitaria. Estas podrán, respetando el mínimo formado por las carteras comunes, aprobar sus propias carteras de servicios (art. 8 quinquies), y establecer servicios adicionales para sus residentes. Es decir, las Comunidades Autónomas podrán mejorar el mínimo estatal, pero en ningún caso empeorarlo.»

Eso sí, las Comunidades Autónomas deberán asumir «el coste de estas carteras complementarias, que en ningún caso estarán incluidas en la financiación general de las prestaciones del Sistema Nacional de Salud», según advertirá expresamente en su posterior STC 64/2017, de 25 de mayo, FJ 5. Añadiendo que «estando la prestación farmacéutica ambulatoria incluida entre las prestaciones de la cartera común suplementaria, solo al Estado corresponde, en virtud de su competencia exclusiva sobre «bases y coordinación general de la sanidad» (art. 1149.1.16 CE), conforme a la citada doctrina constitucional determinar los supuestos y las condiciones en los que procede la financiación adicional de esa prestación con cargo al usuario del servicio (tasa o copago)» (FJ 6).

Para el ámbito subjetivo, esto es, para delimitar quiénes ostentan la condición de asegurado y beneficiario de las prestaciones sa-

nitarias públicas, el Tribunal Constitucional ha dicho en su STC 134/2017, de 16 de noviembre, FJ 5 (también reiterada con posterioridad):

«[L]as diferentes Comunidades Autónomas, en cuanto administraciones sanitarias que tienen a su cargo el desarrollo normativo y la función ejecutiva de la prestación sanitaria, hayan de adecuar necesariamente sus regulaciones a los conceptos de asegurado y de beneficiario en la forma y con los límites configuradores que establece aquella normativa estatal básica, de tal manera que no puedan extender el ámbito subjetivo de la relación prestacional más allá de los límites que configura e artículo 3 de la Ley 16/2003, en la redacción operada por el artículo 1.1 del Real Decreto-ley 16/2012, que únicamente contempla como supuesto residual, al margen de los determinados por los conceptos de asegurado y beneficiario, el de la suscripción de un convenio especial en el que, de modo individual, quien pretenda obtener el acceso a la prestación de asistencia sanitaria, deba concertarlo con la administración sanitaria correspondiente mediante el pago de una contraprestación o cuota...

Por tanto, la normativa básica estatal cierra toda posibilidad a las normas autonómicas de desarrollo para configurar un sistema de acceso a las prestaciones sanitarias que no atienda a los conceptos de asegurado o de beneficiario que han establecido las bases...»

3. La coordinación general de la sanidad

Este es otro título competencial reservado expresamente al Estado en la propia Constitución que, si bien presenta dificultades para definir sus contornos precisos y delimitar las

facultades que comporta, también es verdad que, culminado el proceso de descentralización con la asunción por parte de todas las Comunidades Autónomas de la asistencia sanitaria pública y funcionando todos los sistemas autonómicos de Salud en su máximo potencial, tal función de coordinación general adquiere una gran relevancia para la Sistema Nacional de Salud. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha reiterado (en muy diversas ocasiones y desde hace mucho tiempo) la relación existente entre esta competencia estatal de coordinación general de la sanidad y la «globalidad del sistema sanitario» (*vid.* desde la STC 32/1983, cit., FJ 2, hasta la STC 140/2017, de 30 de noviembre, FJ 3).

En una temprana y «canónica» interpretación, el Tribunal Constitucional dijo sobre esta competencia:

«La coordinación persigue la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto o sistema, evitando contradicciones y reduciendo disfunciones que, de subsistir, impedirían o dificultarían respectivamente la realidad misma del sistema. En este sentido hay que entender la competencia estatal de coordinación general, a propósito de la cual conviene señalar las siguientes precisiones: a) aunque constituye un reforzamiento o complemento de la noción de bases, es una competencia distinta a la de fijación de las bases, como se desprende del hecho de que en el art. 149.1 no siempre que se habla de bases se habla también de coordinación general, si bien esta, cuando se incluye, aparece salvo en una ocasión (149.1.15) unida a la competencia sobre las bases (art. 149.1.13 y 149.1.16); b) la competencia de coordinación general presupone lógicamente que hay algo que debe ser coordinado, esto es, presupone la existencia de competencias de las Comunidades en materia de sanidad, competencias que

el Estado, al coordinarlas, debe obviamente respetar, pues nunca ni la fijación de bases ni la coordinación general deben llegar a tal grado de desarrollo que dejen vacías de contenido las correspondientes competencias de las Comunidades; c) la competencia estatal de coordinación general significa no solo que hay que coordinar las partes o subsistemas (esto es, las competencias comunitarias) del sistema general de sanidad, sino que esa coordinación le corresponde hacerla al Estado; d) en consecuencia la coordinación general debe ser entendida como la fijación de medios y de sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades sanitarias estatales y comunitarias en el ejercicio de sus respectivas competencias de tal modo que se logre la integración de actos parciales en la globalidad del sistema sanitario» (STC 82/1983, cit., FJ 2).

En cualquier caso, parece claro que **la coordinación, si bien tiene que ser algo distinto (un *plus*) del establecimiento de las bases sanitarias, tiene que consistir en una función que resulte respetuosa con la competencia autonómica de desarrollo de tales bases y, destacadamente, de la competencia de ejecución de las prestaciones sanitarias** (también competencia autonómica), que no podrán eliminarse so pretexto de una coordinación general. Como el propio prefijo (co-) apunta, se trata de ordenar la actuación de iguales o equivalentes, aunando sus esfuerzos, no de obligarles imponiendo algo desde fuera. Implica la participación conjunta y, de alguna manera, la necesidad previa de su asunción por todas las partes para, luego, actuar en sintonía con los objetivos establecidos. Por eso, desde el aspecto instrumental, lo mejor es un órgano colegiado (que dé cabida a todas las partes) y, desde el aspecto funcional, lo lógico será su

incidencia en la programación de las actuaciones sanitarias, en su gestión material y en la ejecución de las prestaciones correspondientes.

Una aplicación de esta competencia la tenemos en la STC 22/2012, de 16 de febrero FJ 5, que considera que forma parte de la misma la norma estatal que fija el intervalo para que las autoridades de las Comunidades Autónomas efectúen la inspección regular de establecimientos de tejidos humanos autorizados, al tratarse de una norma de seguridad que establece un criterio común de control o de evaluación de la eficacia en todo el Estado.

También en la STC 33/2017, de 1 de marzo, FJ 4, la utiliza el Tribunal Constitucional al referirse a las actividades de recibir la comunicación de los órganos competentes en materia de extranjería respecto a la situación de los extranjeros que residen en España, de recibir y tratar dicha información y de trasladarla a las Comunidades Autónomas, para que puedan conocer si una persona concreta reúne los requisitos para ser considerado asegurado o beneficiario de las prestaciones sanitarias públicas.

El órgano llamado a asumir esta competencia de coordinación general es el **Consejo Interterritorial de Salud**, que, inicialmente creado en la Ley General de Sanidad (de 1986, como ya se ha dicho), en la actualidad viene más ampliamente configurado en la Ley 16/2003 de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud como «el órgano permanente de coordinación, cooperación, comunicación e información de los servicios de salud entre ellos y con la Administración del Estado, que tiene como finalidad promover la cohesión del Sistema Nacional de Salud a través de la garantía efectiva y equitativa de derechos de los ciudadanos en todo el territorio del Estado» (art. 69.1 LCCSNS). Según la vigente Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, encajaría en la figura organizativa de las «Conferencias Sectoriales» de su art. 147. Lo integran el Mi-

nistro, que lo preside, y cada uno de los consejeros autonómicos, de entre los que se elige la vicepresidencia. Las numerosas funciones de este Consejo Interterritorial de Salud se encuentran pormenorizadas en el art. 71 LCCSNS, separadas según que se trate de «funciones esenciales en la configuración del Sistema Nacional de Salud» (art. 71.1); «funciones de asesoramiento, planificación y evaluación en el sistema Nacional de Salud» (art. 71.2); «funciones de coordinación del Sistema Nacional de Salud» (art. 71.3); y «funciones de cooperación entre el Estado y las comunidades autónomas» (art. 71.4).

4. La alta inspección sanitaria

Como resulta patente, esta competencia estatal no viene recogida en el precepto constitucional que nos ocupa. Apareció, sin embargo, con los Estatutos de Autonomía, comenzando por el del País Vasco, cuyo art. 18.4, *in fine*, textualmente dice: «reservándose el Estado la alta inspección conducente al cumplimiento de las funciones y competencias contenidas en este artículo» (que son las referidas a la sanidad interior, la Seguridad Social y los productos farmacéuticos). En similares términos se recoge en los restantes Estatutos.

Tal técnica atributiva de competencia (esto es, que sea el Estatuto de Autonomía el que otorgue una competencia al Estado) fue dada por buena, sin reparo alguno, por parte del Tribunal Constitucional al referirse, precisamente, al caso citado: «[E]l mismo Estatuto Vasco actúa aquí no solo como título competencial para la Comunidad, sino también para el Estado, pues al final del art. 18.4 se dice que se reserva al Estado «la alta inspección conducente al cumplimiento de las funciones y competencias contenidas en este artículo»» (STC 32/1983, cit., FJ 2).

Quizás convenga señalar que esta competencia de alta inspección, como tal, solo se reconoce para otros dos ámbitos diferentes al que aquí interesa (más precisamente, en materia

educativa y en materia laboral); y su origen siempre es estatutario (ya que en el Título VIII del Texto Constitucional no aparece para ningún supuesto). Avanzando un poco más, podemos decir que la alta inspección —atribuida *ex Statuto* y solo para las materias expresamente mencionadas, se insiste— consistirá en **unas funciones o competencias que no se pueden identificar con un genérico (e implícito) poder de supervisión estatal**. O dicho de otra manera, la alta inspección no es una competencia estatal inherente al reparto «competencia legislativa» (del Estado) «competencia ejecutiva» (de la Comunidad Autónoma). Así lo interpretó el Tribunal Constitucional hace ya algún tiempo al enjuiciar una disposición reglamentaria que atribuía a la Dirección General de Consumo —materia en la que ningún Estatuto de Autonomía reservaba al Estado la alta inspección— la competencia de «preservar la libre circulación en todo el territorio nacional de bienes y prestación de servicios mediante el seguimiento, control y alta inspección, en su caso, del ejercicio de competencias correspondientes a otras Administraciones Públicas» [art. 18.1.d) del RD 2924/1981, de 4 de diciembre, de reestructuración de determinados órganos de la Administración del Estado]. El Alto Tribunal, en efecto, considerará que «dadas las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas de Cataluña y del País Vasco [que eran las que habían planteado los conflictos que, luego, se acumularían para su resolución conjunta] en materia de protección del consumidor, es claro que al Estado no le corresponde función alguna en orden al control y alta inspección del ejercicio de dichas competencias, carente de cobertura constitucional y estatutaria, por lo que el art. 18.1.d) del Real Decreto objeto del conflicto es inaplicable en dichas Comunidades» (STC 95/1984, de 18 de octubre, FJ 7).

La alta inspección, pues, constituye una competencia específica del Estado, derivada de la norma estatutaria, cuyo contenido no resulta fácil de precisar. Lo más claro, en todo caso, es que la actividad inspectora de este tipo no

puede ni debe identificarse con la conocida y extendida inspección ordinaria que realizan las Administraciones Públicas sobre su propia actividad, por un lado; pero que tampoco puede ni debe interferir en la competencia de ejecución (en nuestro caso, sanitaria), por otro. Parece, entonces, que debe tratarse de una serie de facultades y actividades destinadas, únicamente, a advenir o comprobar que la Comunidad Autónoma cumple debidamente la legislación estatal; y, además, que debe producirse solo cuando resulte necesaria y no como una intromisión cotidiana en el quehacer ordinario de los sistemas autonómicos de salud.

Así lo consideró tempranamente el Tribunal Constitucional hace ya mucho tiempo, al señalar que «la alta inspección recae «sobre la correcta interpretación de las normas estatales, así como de las que emanan de las asambleas comunitarias, en su indispensable interrelación» (fundamento tercero de la Sentencia [6/1982, de 22 de febrero] antes citada). Así entendida, la alta inspección constituye una competencia estatal de vigilancia, pero no un control genérico e indeterminado que implique dependencia jerárquica de las Comunidades Autónomas respecto a la Administración del Estado, sino un instrumento de verificación o fiscalización que puede llevar en su caso a instar la actuación de los controles constitucionalmente establecidos en relación con las Comunidades Autónomas, pero no a sustituirlos convirtiendo a dicha alta inspección en un nuevo y autónomo mecanismo directo de control (Sentencia de 22 de febrero de 1982, especialmente en su fundamento séptimo)» (STC 32/1983, cit., FJ 2).

El desarrollo de esta competencia estatal se recoge en los arts. 76 a 79 de la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

III. COMPETENCIA ESTATAL SOBRE PRODUCTOS FARMACÉUTICOS

Es clara la competencia estatal sobre este aspecto: dictar la legislación (en principio, com-

pleta; no solo las bases, por tanto) y, en consecuencia, lo que las Comunidades Autónomas pueden asumir —y, de hecho, así ha sido (*vid.*, p. ej., el art. 18.3 EV o el art. 162.5 ECat)— es la competencia ejecutiva. Ahora bien, frente a tal aparente simplicidad, la realidad ha mostrado que son necesarias algunas precisiones.

La primera es la relativa a **qué debe entenderse por «legislación sobre productos farmacéuticos»**, precisamente. Sobre esto, el Tribunal Constitucional ha interpretado que se trata del «conjunto de normas que tiene por objeto la ordenación de los medicamentos en cuanto «sustancias» cuya fabricación y comercialización está sometida —a través de las correspondientes actividades de evaluación, registro, autorización, inspección y vigilancia— al control de los poderes públicos, en orden a garantizar los derechos de los pacientes y usuarios que los consumen».

Sin embargo, la «prestación farmacéutica» que se dispensa por el Sistema Nacional de Salud (configurada tanto por los «medicamentos» como por los «productos sanitarios» necesarios para conservar o restablecer la salud de acuerdo con las concretas necesidades clínicas de los usuarios) y su regulación (señaladamente, la fijación del sistema de su financiación pública) no queda comprendida en este título competencial, sino en el de las bases de la sanidad, con lo que al ámbito de intervención autonómica es mucho mayor (STC 98/2004, cit., FJ 5).

Asimismo ha interpretado que en el ámbito de su competencia exclusiva sobre productos farmacéuticos el Estado «no solo puede obligar a las empresas farmacéuticas y a las oficinas de farmacia (como establecimientos sanitarios privados de interés público) a abastecer suministrar y dispensar, a través del Sistema Nacional de Salud, los medicamentos, sustancias medicinales, productos necesarios para proteger la salud pública, en general, y la atención primaria a la salud de los ciudadanos, en particular, sino que puede actuar tanto sobre el precio de los medica-

mentos como sobre el coste que para aquel Sistema Nacional tienen los medicamentos, para imponer, incluso, un descuento (*rappel*) en función del volumen de ventas, por el consiguiente interés público que subyace a la prestación farmacéutica» (STC 44/2015, de 5 de marzo, FJ 5).

La segunda precisión se refiere al encaje de las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas en sus respectivos Estatutos sobre «ordenación farmacéutica» (p. ej., art. 10.15 EV y art. 55.1 EAnd). A este propósito, el Tribunal Constitucional señaló hace tiempo: A) que la competencia autonómica no puede comprender «ninguna competencia normativa de ordenación de los productos farmacéuticos» (STC 71/1982, de 30 de noviembre, FJ 8); y B) que la ordenación farmacéutica, como competencia autonómica, debe encuadrarse más bien en lo que se refiere a la ordenación de los establecimientos abiertos al público que dispensan productos farmacéuticos. De hecho, también se reconoce en algunos Estatutos la competencia sobre «establecimientos farmacéuticos» (p. ej., art. 28.8 EG). Todo esto ha obligado al Tribunal Constitucional a matizar su jurisprudencia —fundamentalmente, en su STC 152/2003, de 17 de julio—, de tal manera que:

«Podemos entender que en la dispensación es discernible una doble vertiente: por una parte, la que tiene que ver con el medicamento mismo; y, por otra, la que tiene que ver con la función de la farmacia al dispensar aquel. Cada uno de dichos aspectos o vertientes es susceptible de una regulación diferenciada, respectivamente encuadrable en títulos competenciales asimismo diferentes.

Y así nada cabe oponer a que el régimen jurídico de la dispensación de medicamentos, en todo aquello que resulte necesario para garantizar la seguridad de los tratamientos que se han prescrito, se incardine en la materia

relativa a la «legislación sobre productos farmacéuticos», puesto que ello se aviene perfectamente con el sentido que tiene la referencia a esta materia en el número 16 del art. 149.1 CE, junto con las «bases y coordinación general de la sanidad». En efecto, la protección de la salud, encomendada al Estado en su dimensión básica, se encuentra reforzada por la atribución al propio Estado de una competencia más amplia, que se extiende a la plenitud legislativa, en lo relativo a la regulación de los productos farmacéuticos y en su seno a los medicamentos de uso humano, lo que encuentra su justificación en la potencial peligrosidad de estos productos.

Sin embargo esta constatación no puede hacer olvidar que los Estatutos de Autonomía han reconocido a las Comunidades Autónomas, como es el caso de Galicia, competencias en materia de establecimientos farmacéuticos y que esa competencia no puede resultar enervada por la indebida expansión de aquella competencia estatal.

Partiendo de esta premisa y del propio criterio, contenido en el art. 88.1.d) de la Ley del medicamento (no amparado en el título competencial de legislación de productos farmacéuticos, sino en el de bases de sanidad, art. 2.2), de la obligación de dispensación de los medicamentos por las oficinas de farmacia, podemos entender que las Comunidades Autónomas competentes pueden también regular en relación con la dispensación de medicamentos aspectos que tengan propiamente que ver con la función de las farmacias al dispensarlos, siempre que la regulación correspondiente se oriente al establecimiento de reglas o criterios que atiendan al ejercicio ordinario de esta actividad de los

establecimientos de farmacia, sea de índole técnica o meramente de entrega material, y no ponga en cuestión los principios relativos a garantizar la seguridad de las prescripciones médicas y, con ello, la salud de los pacientes. Así entendida, la confluencia de ambas materias es posible, quedando garantizadas las respectivas atribuciones competenciales del Estado y de las Comunidades Autónomas, según determina el orden constitucional de competencias» (FJ 7).

[...]

«[L]a regulación del régimen de producción de los medicamentos constituye un aspecto central de la “legislación sobre productos farmacéuticos”, por la especial incidencia que dicho régimen tiene en la salud de todos los ciudadanos como potenciales consumidores de medicamentos.

[...]

[L]a competencia de las Comunidades Autónomas sobre “establecimientos farmacéuticos” [...] no permite integrar en su seno la actividad productiva de medicamentos, salvo los márgenes que, en relación con las fórmulas magistrales u otros supuestos le permita la legislación estatal (arts. 35 y 36 de la Ley del medicamento)» (FJ 9).

Por lo que se refiere a las **oficinas de farmacia como establecimientos sanitarios**, con posterioridad el Tribunal Constitucional ha encuadrado su régimen competencial en este art. 149.1.16.^a, de tal manera que «la determinación con carácter general de los requisitos técnicos y condiciones mínimas para la apro-

bación, homologación, autorización, revisión o evaluación de instalaciones, equipos, estructuras, organización y funcionamiento de centros, servicios, actividades o establecimientos sanitarios (...) debe entenderse como una competencia de fijación de bases» (por lo tanto, competencia estatal), en cuanto se trata de establecer las características en los centros, servicios y actividades de dichos centros. Y, además, lo es con el carácter de mínimo, que las Comunidades Autónomas pueden incrementar en el ejercicio de su competencia de desarrollo normativo de dichas bases (STC 137/2013, FJ 3).

En cuanto al sistema de concurso establecido por la Comunidad Autónoma para la adjudicación de una nueva oficina de farmacia, el Tribunal Constitucional ya ha dicho que no es contrario a las bases estatales, ni los criterios de baremación relacionados con el mérito y capacidad, como son los méritos académicos, la formación posgraduada y la experiencia profesional, pues se trata de una «actividad privada» de incuestionable «interés público» (sujeta al régimen de autorización), aunque no se trate estrictamente del acceso a la función pública. Y la misma conclusión se alcanza para las limitaciones establecidas por la legislación autonómica a la hora de la transmisión de las oficinas de farmacia (STC 181/2014, FJ 2).

El desarrollo de las competencias estatales mencionadas en este apartado lo encontramos, fundamentalmente, en el Título V de la Ley General de Sanidad, en el Capítulo II de la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, de destacada manera en la Ley de Garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios (RDLeg. 1/2015, de 24 de julio) y en la Ley 16/1997, de 25 de abril, de Regulación de los servicios de las Oficinas de Farmacia.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, E. M., *Régimen jurídico de la asistencia sanitaria pública*, Comares, Granada, 2007.

BELTRÁN AGUIRRE, J. L., «Las competencias autonómicas sobre ordenación farmacéutica y la Ley del medicamento», *RJN*, núm. 11, 1991.

- Derecho Sanitario de Navarra, Gobierno de Navarra, Pamplona, 2005.
- Coordinación general sanitaria», *DS*, núm. 2, 2007.

CASCAJO CASTRO, J. L., «En torno a la configuración jurisprudencia y doctrinal de la llamada Alta Inspección», *RVAP*, núm. 10 (II), 1984.

COBREROS MENDAZONA, E., «La coordinación sanitaria estatal y las Comunidades Autónomas», *DA*, núm. 230-231, 1992.

CUETO PÉREZ, M., «Ordenación farmacéutica: competencias y funciones de las Comunidades Autónomas», *REALA*, núm. 276, 1998.

ESCRIBANO COLLADO, P., «La Cohesión del Sistema Nacional de Salud. Las funciones del Consejo Interterritorial», *RAAP*, núm. 52, 2003.

EZQUERRA HUERVA, A., «La ordenación farmacéutica», en PEMÁN GAVÍN, J. (Dir.), *Derecho sanitario aragonés (Estudios sobre el marco jurídico de la Sanidad en Aragón)*, vol. II, Cortes de Aragón, Zaragoza, 2004.

- «El modelo español de ordenación farmacéutica en el contexto europeo de libertad de establecimiento», *RArAP*, núm. 32, 2008.

FERNÁNDEZ MONTALVO, R., «Dimensión del derecho a la protección de la salud. Su tratamiento en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC)», *DS*, núm. 1, 2010.

MESTRE DELGADO, J. F., «La competencia normativa en materia de ordenación farmacéutica», *DS*, núm. 5, 1997.

MUÑOZ MACHADO, S., *La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos*, Alianza, Madrid, 1995.

- «La organización, las prestaciones y otros problemas jurídicos actuales de los servicios sanitarios», *RVAP*, núm. 57, 2000.
- Derecho Público de las Comunidades Autónomas, vol. I, 2.^a ed., Iustel, Madrid, 2007.

PAREJO ALFONSO, PALOMAR OLMEDA y VAQUER CLAVERÍA (Coords.), *La reforma del sistema Nacional de Salud (Cohesión, calidad y estatutos profesionales)*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

PEMÁN GAVÍN, J., *Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud (Estudios jurídicos)*, Comares, Granada, 2005.

RAZQUIN LIZARRAGA, J. A., «Las competencias de las Comunidades Autónomas y de la Comunidad Foral de Navarra sobre ordenación farmacéutica», *RJN*, núm. 20, 1995.

REBOLLO PUIG, M., «Sanidad animal: marco jurídico y principios jurídicos», *RAAP*, núm. 94, 2016.

RUBIO LORENTE, F., «Delimitación de competencias en materia de ordenación farmacéutica», en la obra colectiva *I Jornadas de ordenación farmacéutica y Ley del Medicamento*, Murcia, 1991.

SUBIRATS, J. y ECHEBARRÍA, K., «Descentralización y coordinación de la sanidad en el Estado autonómico», *Papeles de Economía Española*, núm. 76, 1998.

ARTÍCULO 149.1.17.^a

17.^a Legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas.

Sumario: I. La Seguridad Social como título competencial. II. Concepto de legislación básica. III. Alcance de la noción «régimen económico». 1. Sobre el término «régimen». 2. Sobre el término «régimen económico». 3. Contenidos materiales incluidos dentro de la noción «régimen económico». A) Inscripción de empresas, afiliación, altas y bajas de los trabajadores. B) Gestión y control de la cotización y recaudación. C) Ordenación de pagos de las obligaciones de la Seguridad Social. D) Recaudación de cuotas del desempleo, formación profesional y Fondo de Garantía Salarial. E) Potestad sancionadora IV. Ejecución de servicios en materia de Seguridad Social.

JESÚS R. MERCADER UGUINA

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

I. LA SEGURIDAD SOCIAL COMO TÍTULO COMPETENCIAL

El art. 149.1.17.^a CE atribuye al Estado «la legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas». En el ámbito de la Seguridad Social, y a diferencia de lo que ocurre en materia laboral, las Comunidades Autónomas poseen competencias legislativas dentro de la «legislación básica estatal», pues, como señalara la STC 195/1996, «sistema nacional no significa [...] exclusividad competencial del Estado». Las Comunidades Autónomas poseen, también, competencias de ejecución; en suma, cabe «regulación autonómica propia y una ejecución asimismo propia al servicio de la acción política y de gobierno de la Comunidad Autónoma» (CASAS). Los Estatutos de Autonomía pueden atribuir a las Comunidades Autónomas todo lo que no sea legislación básica y régimen económico.

La primera cuestión a precisar, no obstante, es si puede concluirse la existencia de una plena correspondencia entre el contenido constitucionalmente definido de la «Seguridad Social» en el art. 41 CE o si, por el contrario, no cabe efectuar dicha correspondencia. El Tribunal Constitucional ha afirmado que **el art. 41 CE en ningún momento regula ni distribuye competencias**, caracterizándose como un precepto sustentado en la neutralidad competencial, es decir, que no prejuzga ni atribuye competencias ni se decanta a favor de un centro de decisión (SSTC 206/1997, 239/2002), por lo que la solución competencial ha de buscarse no en este precepto, sino en el único lugar apropiado para ello: el Título VIII de la CE.

Especial importancia tiene el art. 148.1.20.^a CE en relación con la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Seguridad Social, particularmente en lo que hace a su delimitación

con la noción de la asistencia social, que puede ser competencia plena de las Comunidades Autónomas según el citado precepto. No es fácil trazar el límite entre estas dos nociones, especialmente cuando para algunas corrientes doctrinales la Seguridad Social viene a definirse precisamente como una integración de los seguros sociales y de la asistencia social y cuando su desarrollo último viene caracterizado por la incorporación de las prestaciones no contributivas, al menos en su forma actual (DESIDENTADO). En todo caso, **la labor delimitadora del Tribunal Constitucional ha resultado especialmente relevante contribuyendo la misma a dotar de perfiles específicos y autónomos a la citada noción de «asistencia social»** (para ello nos remitimos al comentario del art. 148.1.20.^a CE).

II. CONCEPTO DE LEGISLACIÓN BÁSICA

El régimen público de Seguridad Social debe ser único y unitario para todos los ciudadanos (art. 41 CE), y garantizar al tiempo la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y deberes en materia de Seguridad Social (STC 124/1989), siendo ambos aspectos responsabilidad del Estado, en los términos el art. 149.1.17.^a CE.

El art. 149.1.17.^a CE atribuye al Estado «la legislación básica [...] de la Seguridad Social». Doctrinalmente se ha señalado que la noción de legislación básica no equivale a una legislación formal de bases que deje espacio suficiente a las leyes regionales para regular, con criterios sustancialmente distintos, la Seguridad Social material, puesto que ello tendría como consecuencia última la disolución misma del sistema. Por ello, la expresión «legislación básica» **se identifica con la legislación sustantiva o fundamental**, de suerte tal que, «como quiera, pues, que por «legislación»» ha de entenderse Ley más Reglamentos, «legislación básica de Seguridad Social» deberá ser definida como toda regulación le-

gal o reglamentaria referida a los aspectos sustantivos o fundamentales del sistema.

La jurisprudencia constitucional sobre el concepto de «legislación básica» y sus caracteres comunes —se trata de una «noción material»— y diferentes respecto del de «bases» resulta suficientemente conocida. Esa legislación del Estado se dirige a establecer el «común denominador», el núcleo normativo uniforme dirigido a garantizar la igualdad de todos los españoles en el acceso a los derechos y en el cumplimiento de los deberes en la materia de que se trate —la Seguridad Social, en nuestro caso— en todo el ámbito territorial del Estado, «a partir del cual cada Comunidad Autónoma podrá desarrollar sus propias competencias» en atención a sus propios intereses, introduciendo «las peculiaridades que estime convenientes y oportunas» (SSTC 1/1982, 32/1983, 42/1983, 69/1988, 182/1988, 13/1989 y 54/1990). Las Comunidades Autónomas pueden completar esa regulación unitaria esencial con normas legales y reglamentarias adicionales, debiendo el Estado dejar margen suficiente a ese desarrollo o complemento normativo autonómico, so pena, en caso contrario, de vaciar de contenido o cercenar las competencias autonómicas (STC 149/1991). Ha insistido también el Tribunal Constitucional en que el legislador estatal «debe declarar expresamente el carácter básico de las normas» o, en su defecto, «que las mismas han de tener una estructura de la que quepa inferir directa o indirectamente, pero sin especial dificultad, su vocación o pretensión de básicas» (STC 195/1996).

La ley es «el instrumento adecuado para el establecimiento de la legislación básica», sin perjuicio de las posibles remisiones al reglamento en la medida necesaria «indispensable» para «garantizar el fin a que responde la competencia estatal para la legislación básica», que es, como se ha dicho, el de «preservar un tratamiento uniforme» y asegurar la satisfacción de los intereses generales (a partir de la STC 1/1982). Con todo, se hace necesario precisar que dicha línea doctrinal

ha transitado por distintos períodos en los que, bien se ha fortalecido la vertiente formal imponiéndose la exigencia de que lo básico se defina por una norma estatal con rango formal de ley (a título de ejemplo, STC 69/1988 y posteriores), bien se han abierto dudas en cuanto al contenido y alcance de dicha exigencia o se ha puesto en cuestión la misma (paradigmática es en este sentido la STC 242/1999). Así, «la atribución de carácter básico a normas reglamentarias» se presenta como una «dispensa excepcional» que venía impuesta por una situación de transición en la que era necesario adecuar la legislación preconstitucional a situaciones nuevas derivadas del orden constitucional (SSTC 69/1989 y 203/1993). Pero se advierte que, una vez superada «la etapa inicial del sistema de distribución de competencias, el concepto material de norma básica, sin perder su sentido y relevancia se debe integrar con el reseñado competente formal que ha de adquirir una mayor trascendencia como garantía de certidumbre jurídica en la articulación de las competencias estatales y autonómicas» (STC 196/1997). Por ello, se termina concluyendo que «cuando la Ley estatal postconstitucional ha regulado una materia sobre la que compete al Estado establecer las bases, no puede entenderse, como regla general, que las disposiciones reglamentarias que el Gobierno apruebe en desarrollo o para la ejecución de la Ley tengan también carácter básico, a menos que tales normas complementarias de rango infralegal indiquen expresamente su pretendida naturaleza básica o así resulte sin lugar a dudas de su propia estructura normativa en cuanto complemento indispensable de las normas legales básicas» (STC 227/1988).

La determinación de una prestación de la Seguridad Social constituye una norma básica que corresponde establecer al Estado *ex art.* 149.1.17.^a CE y debe hacerlo de forma unitaria para todos los sujetos comprendidos dentro de su ámbito de cobertura, salvo razones excepcionales debidamente justificadas y vinculadas a la situación de necesidad que se trata de proteger. Es claro a este respecto que, en

principio, el art. 149.1.17.^a CE demanda la fijación de los requisitos y del régimen jurídico de las prestaciones del sistema de Seguridad Social, de tal forma que el deber de fijar de modo uniforme los requisitos de acceso forma parte del contenido que protege el citado precepto constitucional (STC 40/2014).

III. ALCANCE DE LA NOCIÓN «RÉGIMEN ECONÓMICO»

Se ha dicho que el art. 149.1.17.^a CE incorpora, en realidad, dos criterios de delimitación: el que rige para el régimen económico y el previsto para las restantes materias (DESIDENTADO). Para el primero, la competencia exclusiva del Estado se extiende de forma completa a «la totalidad de las competencias normativas» (STC 195/1996), por lo que no se produce aquí ninguna concurrencia entre legislación básica estatal y desarrollo legislativo autonómico. Pero la competencia del Estado también se extiende a las competencias ejecutivas que sean precisas para garantizar la unidad del sistema y su funcionamiento económico uniforme (SSTC 124/1989 y 195/1996).

1. Sobre el término «régimen»

El término «régimen» adolece de **una mayor amplitud semántica que la expresión «legislación»**. Haciendo repaso del uso que el Tribunal Constitucional ha realizado de ambos conceptos, se alcanza que la atribución a las entidades estatal o autonómicas del régimen de una materia concreta no solo incluye la totalidad de las competencias normativas sobre ella (la legislación sobre dicha materia), sino que «puede comportar la atribución de las competencias de ejecución necesarias para configurar un sistema materialmente unitario. Esto es lo que sucede en el caso del régimen económico de la Seguridad Social» (SSTC 195/1996 y 51/2006); en síntesis, alude a la «formación jurídica en su conjunto». En suma, «la noción de régimen integra tanto la normación abstracta propia de la legislación,

como las decisiones y actuaciones administrativas típicas de la esfera de ejecución, quedando dentro de este esquema gestión de la Seguridad Social y gestión de su régimen económico» (DESIDENTADO).

2. Sobre el término «régimen económico»

La proclamación de la obligación de los poderes públicos de mantener un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos (art. 41 CE), y de hacerlo en los términos del art. 149.1.17.^a CE, resulta incompleta si se prescinde del condicionante de que debe garantizarse la igualdad de todos los españoles en las condiciones básicas de disfrute de ese derecho de Seguridad Social (art. 149.1.1.^a CE). La atribución de competencia exclusiva al Estado en materia de legislación básica y, singularmente, del régimen económico de la Seguridad Social se explicaría, precisamente, por la necesidad de perseguir la uniformidad normativa y la unidad financiera.

El protagonismo estatal en esta última materia se materializa en la organización del sistema sobre la base del **principio de solidaridad financiera y de unidad de caja o caja única**. Como el propio Tribunal Constitucional ha puesto de relieve, «el designio» perseguido por el constituyente con la entrega a la competencia exclusiva del Estado del «régimen económico» ha sido el de «preservar la unidad del sistema español de Seguridad Social y el mantenimiento de un «régimen público», es decir, único y unitario [...] para todos los ciudadanos (art. 41 CE), que garantice al tiempo la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y deberes en materia de Seguridad Social (art. 149.1.1 CE)», así como la satisfacción de los principios de solidaridad financiera y de unidad de caja, a los que respondió la creación de la Tesorería General de la Seguridad Social, antes de aprobarse la Constitución; o, más expresivamente, la finalidad del precepto constitucional, a la que conduce la indagación de los antece-

denes y el debate parlamentario del precepto, es la de garantizar «la unidad del sistema de Seguridad Social, y no solo la unidad de su regulación jurídica, impidiendo diversas políticas territoriales de Seguridad Social en cada una de las Comunidades Autónomas» (SSTC 124/1989 y 195/1996).

La fórmula ofrecida por la jurisprudencia constitucional para componer la interpretación constitucional y la estatutaria ha consistido en operar sobre la noción material y final del «régimen económico» y sobre la delimitación funcional de las competencias en colisión —ante su total concurrencia: se trata de competencias que operan en el plano de la ejecución o gestión (CASAS BAAMONDE)—, considerando dentro de la competencia estatutaria de gestión del régimen económico de la Seguridad Social tan solo aquellas facultades que «no puedan comprometer la unidad del sistema», «perturbar su funcionamiento económico uniforme», «cuestionar la titularidad estatal de todos los recursos de la Seguridad Social» o «engendrar directa o indirectamente desigualdades entre los ciudadanos en lo que atañe a la satisfacción de sus derechos y al cumplimiento de sus obligaciones de Seguridad Social» (SSTC 124/1989 y 195/1996).

3. Contenidos materiales incluidos dentro de la noción «régimen económico»

Desde la perspectiva que ofrece la legislación ordinaria, con la expresión «régimen económico» de la Seguridad Social se hace referencia a una noción que carece, sin embargo, de definición jurídica concreta. El Capítulo VII de la Ley General de Seguridad Social, arts. 103 a 116, regula el «régimen económico», preceptos en los que se ocupa de temas tales como el patrimonio; los recursos y sistemas financieros o el presupuesto, intervención y contabilidad de la Seguridad Social. El art. 110.1 LGSS precisa que el sistema financiero de todos los regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social es el de reparto,

para todas las contingencias y situaciones amparadas por cada uno de ellos. Dada la insuficiencia del contenido legal, parece necesario recurrir a la doctrina del Tribunal Constitucional para precisar la sustancia constitucional de dicha noción.

A) Inscripción de empresas, afiliación, altas y bajas de los trabajadores

A juicio de la STC 124/1989, estos actos reúnen el doble carácter de tratarse de actos instrumentales respecto al mantenimiento de la obligación de contribuir, al tiempo que también sirven como presupuesto necesario para la obtención del derecho a la correspondiente protección por el sistema de la Seguridad Social, de forma tal que no puede mantenerse que se trate de meras competencias de ejecución, sino incardinados en el régimen económico de la Seguridad Social, en cuanto son instrumentos imprescindibles para la posibilidad de obtención de ingresos y también como medios de información y control necesarios para el funcionamiento de la caja única.

Como afirma el Tribunal Constitucional, «nos encontramos, por tanto, con una actuación administrativa que no puede decirse que sea ajena al régimen económico de la Seguridad Social, pero que tampoco es exclusivamente en sentido propio régimen económico y, por ello, afecta a competencias ejecutivas propias de la Generalidad de Cataluña. La concordancia práctica de estas competencias que concurren sobre una misma institución ha de llevar a declarar que la competencia del Estado en la materia, por incidir en el nacimiento, duración y extinción de la obligación de cotización, ha de entenderse sin perjuicio de que la Generalidad de Cataluña pueda llevar a cabo actuaciones concretas en relación con el cumplimiento por los ciudadanos de esos deberes de inscripción, afiliación y situaciones de altas y bajas, aunque el ejercicio de estas competencias no solo ha de realizarse dentro de las normas básicas y uniformes que establezca el Estado en la materia, sino tam-

bién respetando la facultad ejecutiva del Estado que asegure la comunicación inmediata de esos actos para que tengan efectos dentro del sistema de la Seguridad Social, así como el control del cumplimiento de los correspondientes deberes en tanto que afecten al cumplimiento de obligaciones recaudatorias».

B) Gestión y control de la cotización y recaudación

Respecto de la gestión y control de la cotización y recaudación de las cuotas y demás recursos de financiación del sistema de la Seguridad Social y el aplazamiento o fraccionamiento de las cuotas de la Seguridad Social, el TC concluye afirmando, en la citada STC 124/1989, que «es competencia exclusiva del Estado la recaudación y aplazamiento o fraccionamiento de las cuotas y demás ingresos o recursos de financiación de la caja única de Seguridad Social, competencia que no puede reducirse, como postula la Generalidad de Cataluña, a la mera regulación, aun en todos sus aspectos y detalles, de la disciplina recaudatoria. La Generalidad de Cataluña no puede reivindicar para sí, por tanto, esa función recaudatoria de los ingresos de Seguridad Social, que solo corresponde al Estado. Ello no excluye la posibilidad de que el Estado pudiera encomendar a la Generalidad de Cataluña funciones delegadas de recaudación de esos ingresos estatales, pero ello solo sería compatible con la Constitución en tanto que quedara asegurado el que los fondos recaudados fluyeran automáticamente a la caja única centralizada de la Tesorería General de la Seguridad Social, sin retenciones de ningún género y sin posibilidad alguna de constituir fondos autonómicos separados del patrimonio único en que tales fondos se integran».

C) Ordenación de pagos de las obligaciones de la Seguridad Social

Como afirma la STC 124/1989, en esta materia, «dada la unidad patrimonial y la titulari-

dad estatal de los fondos de la Seguridad Social, son competencia exclusiva del Estado las facultades de distribución temporal y espacial de las disponibilidades dinerarias de la Seguridad Social, para hacer frente justamente a los desajustes que *ratione temporis* o *ratione loci* pudieran producirse, dentro del conjunto del sistema, entre vencimientos de activos y pasivos o entre los flujos de cobros y pagos. Corresponde solo al Estado distribuir con criterios homogéneos los fondos disponibles del entero y único sistema de la Seguridad Social, lo que permitirá además ponderar adecuadamente las repercusiones de las operaciones distributivas, en el tiempo y en el espacio, sobre la totalidad del sistema. Esta competencia estatal incluye lógicamente también la competencia para la disponibilidad directa de los fondos propios, la previsión de pagos, las provisiones de fondos y también la ordenación de pagos a cargo de los fondos de la Seguridad Social».

Por ello, la STC 39/2014 consideró que «la Comunidad Autónoma, en desarrollo de las bases estatales en materia de función pública, goza de habilitación suficiente para incluir en el ámbito de la situación administrativa de excedencia para el cuidado de familiares al cónyuge y a la pareja de hecho legalmente constituida, pero dicha competencia no alcanza a extender los efectos de dicha situación de excedencia, en lo que al cónyuge y a la pareja de hecho legalmente constituida se refiere, a los derechos en el régimen de Seguridad Social que corresponda, pues dicha posibilidad se sitúa extramuros del ámbito competencial en materia de función pública e implica una vulneración de las competencias del Estado *ex art.* 149.1.17.^a CE, en la medida en que dicha regulación le corresponde establecerla al Estado con carácter exclusivo, habida cuenta de que interfiere en el régimen económico unitario de la Seguridad Social y genera una obligación económica que debe soportar el Estado. En consecuencia, habrá que estar a lo que dispongan las correspondientes nor-

mas que en cada momento establezca el Estado conforme a sus competencias *ex art.* 149.1.17.^a CE, para poder determinar los derechos que correspondan en el régimen de Seguridad Social correspondiente a los funcionarios que se acojan a la situación administrativa».

D) *Recaudación de cuotas del desempleo, formación profesional y Fondo de Garantía Salarial*

Las cuotas de desempleo, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional no son recursos de la Seguridad Social, sino del INEM y del Fondo de Garantía Salarial, «que no son en puridad entidades gestoras de la Seguridad Social» (STC 124/1989). Sin embargo, para la STC 195/1996, «las prestaciones de desempleo son prestaciones de Seguridad Social (art. 41 CE), hoy contempladas en el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, por lo que deben considerarse incluidas dentro del «régimen económico de la Seguridad Social»».

E) *Potestad sancionadora*

La doctrina constitucional respecto a la potestad sancionadora en materia de Seguridad Social se halla recogida en las SSTC 195/1996, 51/2006, 104/2013 y 272/2015. En los términos de la citada doctrina constitucional, quedan reservadas al Estado, de conformidad con lo previsto en el art. 149.1.17.^a CE, tanto la tipificación de infracciones como la imposición de sanciones en los casos en los que se vea afectado el régimen económico de la Seguridad Social, al estar vinculadas a la percepción de los ingresos o la administración y disposición de fondos para atender la realización de los gastos correspondientes vinculados a las prestaciones por desempleo. Por el contrario, será de competencia autonómica la sanción de las infracciones que no recaigan directamente sobre la actividad económica de la Seguridad Social.

IV. EJECUCIÓN DE SERVICIOS EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

Como ha señalado CASAS BAAMONDE, en términos negativos, «las Comunidades Autónomas no pueden «administrar y disponer de los fondos generados por la Seguridad Social sin una previa provisión o habilitación del Estado, a quien corresponde gestionar la caja única de la Seguridad Social» (SSTC 124/1989; 195/1996). La competencia de las Comunidades Autónomas de gestión del régimen económico de la Seguridad Social no puede recaer «directamente» sobre las «actividades económicas» del régimen económico (cotización, recaudación de recursos, gestión del patrimonio, previsiones y ordenación de pagos, disponibilidad directa de los fondos, titularidad de las cuentas). En términos positivos, pueden las Comunidades Autónomas gestionar las «actividades instrumentales» a ese régimen económico o «no inmediatamente» económicas, como la inscripción de empresas en la Seguridad Social, y la afiliación, altas y bajas de trabajadores».

El art. 149.1.17.^a CE otorga al Estado «la legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas». Esta reserva ejecutiva a favor de las Comunidades Autónomas se extiende a cualquier aspecto relacionado con la legislación básica y no básica, e incluso al régimen económico. De este modo, **la ejecución de los servicios de la Seguridad Social se extiende también a los aspectos ejecutivos de su régimen económico, si bien dentro de los límites de los principios de unidad de caja y de solidaridad financiera.** Cabe, por todo ello, razonablemente sostener que la intervención de las Comunidades Autónomas es posible respecto a aquellos elementos de

relevancia secundaria o auxiliar en el régimen económico de la Seguridad Social. Así puede extraerse del hecho de que el Tribunal Constitucional haya admitido la adopción por parte de los órganos administrativos autonómicos de actos de carácter jerárquico en materia de régimen económico de la Seguridad Social, por mucho que tuvieran un valor meramente interno y no normativo (STC 27/1983). Se excluyen, sin embargo, de esta consideración los supuestos en los que no se trata de ejecutar o cumplir lo dispuesto en la legislación estatal, sino de desarrollarla teniendo en cuenta las particularidades de este servicio y la necesidad de alcanzar la mayor eficacia posible en, por ejemplo, la prevención de las contingencias profesionales de la Seguridad Social (STC 7/2016).

Contundentemente, la STC 52/2017 ha señalado que: «La Generalitat puede, sin duda, planificar y diseñar su organización interna para el ejercicio de las competencias que, en punto a la Seguridad Social, le atribuye el Estatuto de Autonomía de Cataluña [art. 165 y STC 128/2016]. Es manifiesto, sin embargo, que no figura entre tales competencias ni la de dotarse de una propia «tesorería» en este ámbito ni la de configurar un «modelo», también propio, de Seguridad Social, determinaciones, una y otra, del todo incompatibles con la Constitución y con el Estatuto de Autonomía de Cataluña, pues el régimen económico de la Seguridad Social corresponde en exclusiva al Estado (art. 149.1.17.^a CE, sin perjuicio de lo previsto en el art. 165.1 EAC), al que también compete, en iguales términos de exclusividad, definir un «modelo» de gestión que entra, de lleno, en la legislación básica sobre esta institución que la Constitución asimismo le encomienda [art. 149.1.17.^a y STC 128/2016]».

BIBLIOGRAFÍA

ALARCÓN CARACUEL, M. R., «Jurisprudencia constitucional sobre Seguridad Social», en RODRÍGUEZ SANUDO, F. y ELORZA GUERRERO, F. (Coords.), *Veinte años de jurisprudencia laboral y social del Tribunal Constitucional*, Tecnos, Madrid, 2001, págs. 404 a 459.

CASAS BAAMONDE, M. E., «El marco competencial de la Comunidad Autónoma del País Vasco en materia de trabajo, emigración y protección social. El proceso de transferencia de servicios y funciones», en GOÑI SEIN, J. L. y LANDA ZAPIRAIN, J. P. (Dirs.), *Derecho social vasco*, IVAP, Bilbao, 1999, págs. 37 a 82.

DESDENTADO BONETE, A., «El régimen económico de la Seguridad Social y las Autonomías», *REDA*, núm. 38, 1983, págs. 353 a 364.

LÓPEZ LÓPEZ, J., *Marcos autonómicos de relaciones laborales y de protección social*, Marcial Pons, Madrid, 1993.

SUÁREZ CORUJO, B., *La protección social en el Estado de las Autonomías*, Iustel, Madrid, 2006.

ARTÍCULO 149.1.18.^a

18.^a Las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de los funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas; legislación sobre expropiación forzosa; legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas.

Sumario: I. Introducción. II. Bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas. 1. Consideraciones generales sobre el alcance de esta competencia. 2. Competencia del Estado sobre el régimen local. 3. Competencia sobre las Corporaciones de Derecho público. III. Procedimiento administrativo común. IV. Función pública. V. Expropiación forzosa. VI. Responsabilidad. VII. Contratos y concesiones administrativas.

JOSÉ MARÍA BAÑO LEÓN

CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

I. INTRODUCCIÓN

El Estado se reserva mediante este artículo la competencia sobre lo que podemos denominar **la columna vertebral del Derecho administrativo**, que atañe a los sujetos públicos (régimen jurídico de la Administración y funcionarios públicos), la forma de actuación (procedimiento administrativo, contratos y concesiones administrativas) y las garantías patrimoniales de la propiedad en sentido amplio (expropiación forzosa y responsabilidad).

Incluso el sistema de la responsabilidad patrimonial, en el que aparentemente no existe margen para el desarrollo autonómico, **ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional como propio de las com-**

petencias compartidas. El precepto presenta diferencias de dicción. En unos casos califica la competencia como básica o de legislación básica y en otros se refiere al procedimiento común, o simplemente alude a la legislación sobre expropiación forzosa. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha considerado que en todas esas materias el Estado no podía agotar la regulación normativa, debiendo dejar espacio a la competencia autonómica.

Frente a esta interpretación que podemos calificar de deferente con las competencias de las Comunidades Autónomas, en lo que se refiere al procedimiento administrativo, a la legislación sobre expropiación forzosa y a la responsabilidad, el Tribunal Constitucional ha reforzado las competencias del Estado en

lo que atañe al régimen jurídico de las Administraciones Públicas como se verá a continuación.

II. BASES DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

1. Consideraciones generales sobre el alcance de esta competencia

Ya en la STC 32/1981 proclamó el Tribunal Constitucional que el Estado puede regular con carácter general los principios y reglas básicas sobre aspectos organizativos y de funcionamiento de todas las Administraciones Públicas, de manera que **la potestad de autoorganización de las Comunidades Autónomas tiene como límite el desarrollo de las bases** establecidas por el Estado. En la STC 227/1988, sobre la Ley de Aguas, observó el Tribunal que la potestad organizatoria de las Comunidades Autónomas «se halla limitada por la competencia del Estado sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas (art. 149.1.18.^a de la Constitución), que alcanza a las corporaciones de Derecho público representativas de intereses económicos o profesionales». Esta doctrina se completa en la STC 50/1999, en la que el Tribunal subraya que dentro de **las bases del régimen jurídico** hay que incluir, además del procedimiento administrativo en sentido estricto, como cauce formal de los trámites que llevan a una resolución de la Administración, «los principios y normas que prescriben la forma de elaboración de los actos, los requisitos de validez y eficacia, los modos de revisión y los medios de ejecución de los actos administrativos, incluyendo señaladamente las garantías generales de los particulares en el seno del procedimiento (STC 227/1988)».

Tales previsiones generales han tenido un específico campo de aplicación en la atribución al Estado de competencias para determinar el régimen jurídico peculiar de determinadas Administraciones Públicas, como en el caso

de las Corporaciones locales o las Corporaciones de Derecho público.

2. Competencia del Estado sobre el régimen local

La Constitución no reconoce explícitamente al Estado competencia sobre el régimen local. El art. 148 de la Constitución permite a las Comunidades Autónomas asumir competencias sobre las alteraciones de los términos municipales comprendidos en su territorio y, en general, las funciones que correspondan a la Administración del Estado sobre las Corporaciones locales y cuya transferencia autorice la legislación sobre régimen local. Este precepto parte de la existencia previa de una legislación estatal sobre régimen local, pero a la hora de examinar el art. 149 CE no existe paralelamente el reconocimiento de una competencia sobre el régimen local. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ya en su STC 32/1981 dedujo que **el art. 149.1.18.^a era un paraguas suficiente para cubrir la competencia estatal** sobre esta materia. Doctrina reiterada en las SSTC 76/1983 o 99/1987. Pero es en la STC 214/1989, sobre la Ley de Bases de Régimen Local de 1985, donde el Tribunal no solo desarrolla su anterior doctrina aceptando de plano la competencia del Estado para dictar una legislación específica sobre régimen local, sino que además **convierte de manera discutible a la legislación básica del Estado en garante de la autonomía local**, de manera que al Estado le compete fijar tanto los principios o bases relativos a los aspectos organizativos y funcionales como establecer esos mismos principios respecto a las competencias locales. El marco competencial y organizativo previsto para las corporaciones locales por la Ley 7/1985, de 2 de abril, fue confirmado en su rasgos generales por el Tribunal Constitucional rechazando la posición de quienes piensan que la competencia del art. 149.1.18.^a debe ceñirse a los principios y garantías comunes a todas las Administraciones Públicas, dejando a las Comunidades Autónomas

la posibilidad de implantar un modelo propio de organización local, que hoy resulta difícilmente posible en los estrechos márgenes que deja el legislador estatal.

Debe señalarse que la legislación básica de régimen local ha establecido **normas particulares para algunas Comunidades Autónomas**, como es el caso de la disposición adicional segunda LRBRL, relativa a los Territorios Históricos vascos, o la disposición adicional tercera, sobre Navarra, y las reglas sobre comarcas catalanas de la disposición adicional quinta. El Tribunal Constitucional, en varias Sentencias (214/1989, 109/1998), ha admitido que la ley básica puede establecer normas particulares cuando hay previsión constitucional o expreso anclaje estatutario. Esta doctrina constituye el fundamento constitucional de quienes sostienen que los Estatutos de Autonomía pueden vincular la legislación básica del Estado, doctrina que ha inspirado el nuevo Estatuto de Cataluña, pero que rechaza la STC 31/2010 al observar la superioridad formal y material de la Constitución así como la imposibilidad de que un Estatuto de Autonomía establezca cuáles son las características de las bases estatales: «si las bases son «principios» o «normación mínima» no es asunto a dilucidar en un Estatuto, sino solo en la Constitución, vale decir: en la doctrina de este Tribunal que lo interpreta» (FJ 60).

El TC ha establecido límites a la legislación de régimen local:

a) Con fundamento en el principio representativo de las corporaciones locales declaró inconstitucional y nula la posibilidad de que el Alcalde pudiera nombrar como miembros de la Junta de Gobierno a personas que no reunieran la condición de Concejales, posibilidad que había introducido la Ley 57/2003 (STC 103/2013).

b) El Tribunal Constitucional también ha limitado las posibilidades del legislador para restringir los derechos de los concejales no adscritos (STC 151/2017, de 21 de diciembre).

c) En las importantes SSTC 41/2016 y 111/2016, el TC ha declarado inconstitucionales algunos preceptos de la Ley 27/2013, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, al concluir que la estabilidad presupuestaria no justifica en ese caso el sacrificio del principio democrático y considerar, en el caso de la primera Sentencia, que algunos preceptos invadían competencias autonómicas o la reserva de ley orgánica de la LOFCA.

3. Competencia sobre las Corporaciones de Derecho público

Del mismo modo, la jurisprudencia constitucional (SSTC 76/1983 y 20/1988) ha consagrado **la competencia estatal sobre la organización básica de los Colegios Profesionales** sobre la base del artículo que comentamos. Resume la doctrina la STC 20/1988:

«la dimensión pública de los entes colegiales, en cuya virtud, como antes se dijo, están configurados por la Ley bajo formas de personificación jurídico-pública que la propia representación actora no discute, les equipara sin duda a las Administraciones públicas de carácter territorial, si bien tal equiparación quede limitada a los solos aspectos organizativos y competenciales en los que se concreta y singulariza la dimensión pública de aquellos. De ahí que, en la STC 76/1983, de 5 de agosto, este Tribunal declarara que “corresponde a la legislación estatal fijar los principios y reglas básicas a que han de ajustarse su organización y competencias las Corporaciones de Derecho público representativas de intereses profesionales”. Y aun cuando en tal declaración no se invocara explícitamente el art. 149.1.18.^a de la Constitución, y se dijera solo que las remisiones estatutarias a los preceptos constitucionales allí citados «permite entender que la

Ley a que se refiere el art. 36 ha de ser estatal en cuanto a la fijación de criterios básicos en materia de organización y competencia» de las Corporaciones públicas profesionales, es del todo claro que el fundamento constitucional de esta legislación básica estatal no puede encontrarse sino en el mencionado art. 149.1.18.^a de la Constitución. No cabe olvidar, por lo demás, que en aquella Sentencia este Tribunal dijo de forma expresa, con referencia a las Corporaciones de Derecho público representativas de intereses económicos, cuya analogía con las Corporaciones profesionales no parece dudosa, que, «aunque orientadas primordialmente a la consecución de fines privados, propios de los miembros que las integran, tales Corporaciones participan de la naturaleza de las Administraciones Públicas y, en este sentido, la constitución de sus órganos, así como su actividad en los limitados aspectos en que realizan funciones administrativas han de entenderse sujetas a las bases que con respecto a dichas Corporaciones dicte el Estado en el ejercicio de las competencias que le reconoce el art. 149.1.18.^a de la Constitución». Esta doctrina resulta notoriamente aplicable también a las Corporaciones de Derecho público representativas de intereses profesionales, y no cabe ahora sino reiterarla en lo que concierne a los Colegios Profesionales de Cataluña.»

En aplicación de esta doctrina, el Tribunal Constitucional ha reconocido competencia al Estado para legislar sobre Cámaras de Comercio (SSTC 20/1988; 132/1989; 206/2001), sobre Cámaras Agrarias (STC 22/1999), aunque tales competencias, como el resto de las previstas en este precepto constitucional, son compatibles con las competencias autonómicas de desarrollo que, por lo demás, los Estatutos de Autonomía han recogido.

III. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN

Con precedente en la STC 76/1983, es la STC 227/1988 la que ofrece una doctrina general sobre el procedimiento administrativo común. Doctrina que se basa en **dos grandes reglas: la primera es que corresponden al Estado los grandes principios del procedimiento, incluido su estructura básica; la segunda, que, respetando las reglas comunes, pueden existir una multitud de procedimientos cuya regulación, en razón de la materia, corresponderá a la Administración titular de la competencia.** Es decir, hay unas bases comunes al procedimiento administrativo y luego una competencia específica del Estado y de la Comunidad Autónoma, instrumental a cada una de sus competencias sustantivas. En consecuencia, el procedimiento común, como destaca COSCULLUELA (1991, 35), no es procedimiento uniforme o único, ni se identifica con el concepto que manejan las leyes de procedimiento desde la de 1958 (procedimiento común frente a procedimientos especiales). Lo explica certeramente la citada STC 227/1988:

«El adjetivo “común” que la Constitución utiliza lleva a entender que lo que el precepto constitucional ha querido reservar en exclusiva al Estado es la determinación de los principios o normas que, por un lado, definen la estructura general del *iter* procedimental que ha de seguirse para la realización de la actividad jurídica de la Administración y, por otro, prescriben la forma de elaboración, los requisitos de validez y eficacia, los modos de revisión y los medios de ejecución de los actos administrativos, incluyendo señaladamente las garantías generales de los particulares en el seno del procedimiento. Ahora bien, sin perjuicio del obligado respeto a esos principios y reglas del “procedimiento administrativo común”, que en la actualidad se encuentran en las Leyes generales sobre la materia —lo que garanti-

za un tratamiento asimismo común de los administrados ante todas las Administraciones públicas, como exige el propio art. 149.1.18.^a—, coexisten numerosas reglas especiales de procedimiento aplicables a la realización de cada tipo de actividad administrativa *ratione materiae*. La Constitución no reserva en exclusiva al Estado la regulación de estos procedimientos administrativos especiales. Antes bien, hay que entender que esta es una competencia conexas a las que, respectivamente, el Estado o las Comunidades Autónomas ostentan para la regulación del régimen sustantivo de cada actividad o servicio de la Administración. Así lo impone la lógica de la acción administrativa, dado que el procedimiento no es sino la forma de llevarla a cabo conforme a Derecho. De lo contrario, es decir, si las competencias sobre el régimen sustantivo de la actividad y sobre el correspondiente procedimiento hubieran de quedar separadas, de modo que al Estado correspondieran en todo caso estas últimas, se llegaría al absurdo resultado de permitir que el Estado pudiera condicionar el ejercicio de la acción administrativa autonómica mediante la regulación en detalle de cada procedimiento especial, o paralizar incluso el desempeño de los cometidos propios de las Administraciones autonómicas si no dicta las normas de procedimiento aplicables en cada caso. En consecuencia, cuando la competencia legislativa sobre una materia ha sido atribuida a una Comunidad Autónoma, a esta cumple también la aprobación de las normas de procedimiento administrativo destinadas a ejecutarla, si bien deberán respetarse en todo caso las reglas del procedimiento establecidas en la legislación del Estado dentro del ámbito de sus competencias.»

Ahora bien, la regulación del procedimiento común no significa que todo el contenido ha-

bitual de una ley de procedimiento administrativo sea competencia del Estado. A tal efecto, la jurisprudencia constitucional distingue entre el procedimiento administrativo común, que considera una competencia reservada *in toto* al Estado (STC 23/1993) y el régimen jurídico de las Administraciones Públicas. En este sentido, la STC 50/1999 ha declarado que diversos preceptos de la Ley 30/1992 no podían tener carácter básico por no trascender a las garantías de los administrados y tratarse de cuestiones que afectan marcadamente a la organización y funcionamiento interno de cada Administración. Así por ejemplo, los arts. 17.1, 23.1 y 2 y 24.1, 2 y 3, entre otros, de la Ley 30/1992, que regulan aspectos esencialmente organizativos sobre el régimen de suplencia o los órganos colegiados. Sin embargo, **la estrecha relación entre el régimen jurídico y el procedimiento en una Administración Pública** (GONZÁLEZ NAVARRO, 1991) hace que en la práctica sea mayoritaria la opinión que sostiene que el procedimiento administrativo común equivale a una competencia básica.

Confirman esta tendencia las SSTC 139/2013 y 79/2017, que dicen que la sustitución en la legislación del Estado de la autorización administrativa previa por la declaración responsable entra en el ámbito competencia del art. 149.1.18.^a CE.

IV. FUNCIÓN PÚBLICA

Ya en la STC 97/1982, relativa a la legislación preconstitucional de funcionarios, estableció el Tribunal que **la distinción entre personal funcionario y personal laboral tenía carácter básico** y que cuestiones como el derecho a la negociación colectiva de sus condiciones de empleo corresponde igualmente al Estado.

En la STC 99/1987, sobre la Ley de medidas para la reforma de la función pública, el Tribunal revalidó de manera indirecta la competencia estatal al respaldar la mayoría de los

preceptos de la ley, entre ellos los que regulaban el acceso a la carrera funcionarial, las bases retributivas, el régimen de situaciones administrativas y el estatuto disciplinario, Sentencia que también estableció que era la ley y no el reglamento el competente para determinar la estructura de los cuerpos y escalas funcionariales.

Esta competencia estatal básica es **compatible con la competencia de las Comunidades Autónomas**. Y acaso sea en la STC 165/1986 donde se establezca la doctrina general más precisa sobre el deslinde entre la competencia básica estatal y la competencia de ejecución autonómica:

«7. Sin embargo, tratándose de una Administración distinta de la del Estado y de otras Administraciones públicas, la ejecución de la legislación estatal sobre el régimen estatutario de los funcionarios no puede limitarse estrictamente a una aplicación mecánica de las normas correspondientes, pues es evidente que tales normas pueden desconocer las características propias de la organización administrativa autonómica y, por lo tanto, no adaptarse con la suficiente eficacia y previsión a ellas. En este sentido, no puede olvidarse la relativa incidencia que la diversidad de regímenes organizativos de las Administraciones públicas tiene sobre las relaciones de estas con el personal a su servicio, así como que, en virtud del art. 35 de su Estatuto de Autonomía, la Comunidad de Cantabria tiene atribuida una competencia específica para la estructuración de su propia Administración, y que el art. 32.3 del mismo dispone que “las competencias de ejecución de la Diputación Regional de Cantabria llevan implícita la correspondiente potestad reglamentaria para la organización interna de los servicios, la administración y, en su caso, la inspección”.

De ello se deduce que la Comunidad Autónoma, si bien no puede en ningún caso modificar y desarrollar las normas del Estado sobre el régimen estatutario de los funcionarios públicos en lo que atañe al régimen sustantivo de las relaciones jurídicas funcionariales, sí puede en cambio utilizar instrumentos normativos propios para hacer posible el ejercicio de los derechos y obligaciones, deberes y facultades y, en general, de las situaciones jurídicas que aquel régimen sustantivo contempla, dentro de la estructura organizativa de su Administración. De otro modo, en efecto, podría suceder que la ejecución de la normativa estatal solo pudiera llevarse a cabo con el sacrificio de la propia competencia de autoorganización.»

Una profusa jurisprudencia ha establecido que al Estado no solo le compete el régimen básico de los derechos y deberes del personal funcionario (incluido el personal estatutario de los servicios de salud), sino también se extiende a otros aspectos del sector público autonómico. Así, de acuerdo con la regla 7.^a del art. 149.1 (Legislación laboral), ha dicho que el Estado puede fijar límites a sus retribuciones o la jornada máxima de trabajo (entre otras muchas, SSTC 96/1990; 228/2012; 158/2016; 20/2017).

V. EXPROPIACIÓN FORZOSA

En materia de expropiación forzosa, el Tribunal Constitucional no ha hecho una interpretación estricta de la Constitución que hubiera sido restrictiva de las competencias autonómicas. Por el contrario, ha aplicado a la legislación de expropiación forzosa el mismo criterio que al procedimiento administrativo en general. Por una parte, respeta la **competencia estatal en cuanto constituye una garantía básica de la propiedad y del procedimiento administrativo, y por otra admite que la expropiación forzosa tiene también un carácter instrumental de las**

competencias materiales o sustantivas del Estado y de las Comunidades Autónomas. Por eso, tanto el procedimiento expropiatorio como el régimen de valoraciones de los bienes expropiados corresponde al Estado (*vid.* STC 61/1997). Sin embargo, es admisible que las Comunidades Autónomas regulen la composición de los jurados expropiatorios cuando se trata de expropiaciones locales o autonómicas, al primar aquí la competencia organizativa de la Comunidad Autónoma, sin que el Tribunal haya considerado que se afecta a la garantía uniforme del art. 149.1.1.^a CE (entre otras, STC 251/2006). La doctrina general está recogida en la STC 37/1987, que merece la pena reproducir:

«De acuerdo con las consideraciones que acaban de exponerse, no parece dudoso que cuando, en virtud del sistema de distribución de competencias que resulta de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía, la legislación sectorial corresponda a las Comunidades Autónomas, son estas, y no el Estado, las que ostentan la potestad de definir legalmente los supuestos en que cabe hacer uso del instrumento expropiatorio mediante la declaración de la *causa expropriandi* necesaria en cada caso, sin perjuicio de la obligación de atenerse a la legislación general del Estado que garantiza por igual los derechos patrimoniales de todos los sujetos privados. De todo ello se sigue que la reserva constitucional en favor del Estado sobre la legislación de expropiación forzosa no excluye que por ley autonómica puedan establecerse, en el ámbito de sus propias competencias, los casos o supuestos en que procede aplicar la expropiación forzosa, determinando las causas de expropiar o los fines de interés público a que aquella deba servir. De lo contrario se llegaría al absurdo de que las Comunidades Autónomas, habiendo constatado la existencia de nuevas causas de utilidad pública o interés

social justificadoras de la expropiación para el desarrollo de sus respectivas competencias, tuvieran que solicitar del Estado la regulación formal de aquellas, o a la no menos absurda conclusión, por petrificadora del ordenamiento, de no poder identificar tales supuestos legitimadores más allá de los que, antes de la instauración del Estado de las Autonomías, hayan sido declarados como tales por las Leyes del Estado en materias sobre las que este ha dejado de tener competencia.»

Las SSTC 16/2018 y 32/2018, tras reiterar la doctrina de que las CC. AA. pueden establecer causas de expropiación vinculadas a sus competencias materiales, sostienen que el Estado puede limitar estas competencias cuando por motivos de política general satisface esas mismas necesidades. La Comunidad andaluza preveía la expropiación temporal de viviendas no ocupadas y el Tribunal considera que es incompatible con la Ley 9/2012, que regula medidas de suspensión en procedimientos de desahucio.

VI. RESPONSABILIDAD

Cuando la Constitución atribuye al Estado el sistema de responsabilidad parece conferirle una competencia exclusiva. Sin embargo, **la jurisprudencia constitucional no excluye que las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias puedan establecer otros supuestos indemnizatorios distintos a los previstos por la legislación estatal.** Concretamente en el ámbito urbanístico, la STC 61/1997 lo ha admitido siempre que las normas autonómicas respeten las normas estatales «y sirvan al desarrollo de una política sectorial determinada. En este sentido, la eventual regulación de nuevos supuestos indemnizatorios en el ámbito de las competencias exclusivas autonómicas constituye una garantía indemnizatoria que se superpone a la garantía indemnizatoria general que al Estado compete establecer».

Esta doctrina es completamente lógica, pues, más allá de la cláusula general de responsabilidad por hechos y actos administrativos, es al legislador sectorial a quien incumbe fijar los supuestos indemnizatorios en los casos de modificaciones normativas. La responsabilidad es el envés de la competencia autonómica para delimitar o configurar los derechos subjetivos de los particulares. En la misma medida en que el legislador puede modificar el contenido de los derechos sin indemnización, dentro de los amplísimos márgenes que le ha reconocido el Tribunal Constitucional, puede establecer supuestos indemnizatorios de carácter discrecional, sin más límite que la garantía expropiatoria y el respeto al contenido esencial de los derechos patrimoniales (arts. 33.1 y 38 en relación con el art. 53.2, todos CE).

VII. CONTRATOS Y CONCESIONES ADMINISTRATIVAS

Esta cuestión no ha suscitado gran conflictividad competencial, de manera que **las Comunidades Autónomas han aceptado las bases que se desprenden de las sucesivas leyes de contratos** (actualmente, Ley 37/2007, de Contratos del Sector Público).

La STC 56/2014, resolviendo una cuestión de inconstitucionalidad y en contra del criterio del Abogado del Estado, declaró la inconstitucionalidad de la Ley cántabra que permitía el pago aplazado del precio del contrato en supuesto específico, pese a que el art. 87.7 TRLCSP exceptuaba los casos en que una ley lo previera, sin concretar si eran leyes estatales o autonómicas.

Como apunta PAREJO (2005, 1731), existe una indudable subsunción de las normas de procedimiento de la legislación de contratos públicos del Estado en la materia «procedimiento común». Lo que en rigor abarca también a las concesiones administrativas (PONCE, 2001, 550).

La STC 227/1988 ha declarado que entre las bases que corresponde al Estado por su competencia en concesiones administrativas están los supuestos de utilización común de las aguas, los de uso especial, los usos privativos y la extinción de dicho derecho privativo, añadiendo que corresponde al Estado, en exclusiva, «la regulación aplicable a un elemento esencial de la relación concesional, susceptible de incluirse entre las concesiones administrativas».

BIBLIOGRAFÍA

- BAÑO LEÓN, J. M., «Las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas sobre Colegios Profesionales», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 11, 1997.
- BERMEJO VERA, J., «La «exclusividad» de la competencia estatal respecto de la legislación sobre expropiación forzosa», *Documentación Administrativa*, núm. 222, 1990.
- BERNADÍ GIL, X., *El poder d'administrar en l'Estat autonòmic*, Barcelona, 2007.
- CALVO SÁNCHEZ, L., *Régimen jurídico de los Colegios Profesionales*, Madrid, 1998.
- CASTELLS ARTECHE, J. M., *Proceso de construcción y desarrollo de la función pública autonómica*, Madrid, 1987.
- COSCULLUELA MONTANER, L., «La posición ordinamental de la Ley 30/1992 y los principios y efectos de la misma», en VV. AA., *Comentario sistemático a la Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento administrativo Común*, Madrid, 2003.

ESTEVE PARDO, J., «Garantía institucional y la función constitucional en las bases del régimen local», *REDC*, núm. 31, 1991.

FERNÁNDEZ FARRERES, G., «La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. El contenido posible de la Ley básica estatal reguladora de las peculiaridades del régimen jurídico de los Colegios Profesionales», en MARTÍN RETORTILLO, L. (Coord.), *Los Colegios Profesionales a la luz de la Constitución*, Madrid, 1996.

FERRET I JACAS, J., «Nuevas reglas de distribución de competencias sobre régimen local», *Anuario del Gobierno Local 2006*.

FONT Y LLOVET, T., «Autonomía local y Estatutos: Crónica de un compromiso», *Anuario del Gobierno Local 2006*.

GONZÁLEZ NAVARRO, F., «Procedimiento administrativo común, procedimientos triangulares, y procedimientos complejos», *REVL*, núm. 211, 1981.

LÓPEZ MENUDO, F., «Los Principios Generales del Procedimiento Administrativo», *RAP*, núm. 129, 1992.

LÓPEZ RAMÓN, M., «Reflexiones sobre el ámbito de aplicación de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas», *RAP*, núm. 130, 1993.

ORTEGA ÁLVAREZ, L., «Nuevo Estatuto del Empleo público: la dificultad de unas bases constitucionales coherentes y su relación con los Estatutos de autonomía», *Indret*, núm. 4, 2007.

PAREJO ALFONSO, L., «La condición de «aplicación plena», «básica» y «no básica» de las normas estatales y la eficacia de estas en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas», en GÓMEZ-FERRER, R. (Dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2.ª ed., Madrid, 2004.

PONCE SOLÉ, J., *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido*, Valladolid, 2001.

REQUEJO PAGÉS, J. L., «Garantía de la autonomía local y Estatutos de autonomía», *Anuario del Gobierno Local 2006*.

SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho de la Función Pública*, 5.ª ed., Madrid, 2008.

- «La distribución de competencias entre el Estado y la Comunidad Autónoma en materia de régimen local», en Muñoz Machado, S. (Dir.), *Tratado de Derecho municipal*, 2.ª ed., Madrid, 2003.

VELASCO CABALLERO, F., «Estatutos de autonomía, leyes básicas y leyes autonómicas en el sistema de fuentes del Derecho local», *Anuario del Gobierno Local 2005*.

ARTÍCULO 149.1.19.^a

19.^a Pesca marítima, sin perjuicio de las competencias que en la ordenación del sector se atribuyan a las Comunidades Autónomas.

COMPETENCIAS EN MATERIA DE PESCA, ACUICULTURA Y MARISQUEO

Sumario: I. La pesca marítima. II. La ordenación del sector pesquero. III. La pesca en aguas interiores. IV. La acuicultura y el marisqueo.

ARMANDO SALVADOR SANCHO
ALICIA CAMACHO GARCÍA

LETRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. LA PESCA MARÍTIMA

Tras unos primeros pronunciamientos (SSTC 113/1983, de 6 de diciembre, 33/1984, de 9 de marzo, y 158/1986, de 11 de diciembre, FJ 3) en los que el Tribunal no precisó de un modo indubitado el alcance de las competencias del Estado descritas en el art. 149.1.19 CE, la STC 56/1989, de 16 de marzo, FJ 5, determinó que dicho precepto constitucional contiene dos materias, la «pesca marítima», de exclusiva competencia estatal, y la «ordenación del sector pesquero», en la cual el Estado dispone de competencia para el establecimiento de la ordenación básica, mientras que las Comunidades Autónomas pueden asumir competencias en sus Estatutos, con el límite de la competencia estatal para la ordenación básica del sector.

La propia STC 56/1989 concretó **la competencia exclusiva del Estado en materia de «pesca marítima»**: «Comprende (...) el régimen de explotación de los recursos, en este caso marítimos, que mediante esa activi-

dad se realiza. En consecuencia, dentro de las competencias sobre pesca marítima hay que incluir la regulación de las características y condiciones que la actividad extractiva, así como, dado que es presupuesto inherente a esta actividad, el régimen de protección, conservación y mejora de los recursos pesqueros. De ahí que la normativa referente a los recursos y las zonas donde puede pescarse (fondos, caladeros, distancias, cupos), a los períodos en que puede pescarse (vedas, horas) y a la forma y medios de realización de la actividad extractiva en el mar (artes, medios de pesca) haya de considerarse competencia exclusiva del Estado» (FJ 5). La STC 147/1991, de 4 de julio, precisa que solo desde una ordenación unitaria del caladero nacional pueden fijarse criterios efectivos de protección de un recurso natural necesariamente móvil y, por ello, difícilmente separable entre Comunidades limítrofes (FJ 5).

La doctrina reproducida ha sido reiterada con posterioridad (entre otras, SSTC 44/1992,

de 2 de abril; 57/1992, de 9 de abril; 68/1992, de 30 de abril; 149/1992, de 19 de octubre; 184/1996, de 14 de noviembre; 147/1998, de 2 de julio; 9/2001, de 18 de enero; 38/2002, de 14 de febrero, FJ 5, y 166/2013, de 7 de octubre, FJ 3), de modo que constituye doctrina consolidada.

La actividad propia de la «pesca marítima» **se ejerce en las llamadas «aguas exteriores» (mar territorial, zona económica y aguas internacionales)**, de manera que dicho ámbito físico es el elemento que deslinda esta materia de la de «pesca en aguas interiores» (art. 148.1.11 CE).

En caso de concurrencia en el mismo espacio físico de las competencias en materia de pesca marítima y espacios naturales protegidos (que se proyecten sobre dichas aguas), el Tribunal ha declarado que la protección y conservación de las especies marinas queda reservada a la «pesca marítima», por ser más específica y recaer sobre uno solo de los elementos que constituyen el objeto de protección; por ello, ha de prevalecer frente a la regulación autonómica encaminada a preservar el recurso natural en ciertas zonas frente a actividades industriales o extractivas (STC 38/2002, FJ 6).

II. LA ORDENACIÓN DEL SECTOR PESQUERO

En la citada STC 56/1989 se fijó también el alcance de esta materia: «por «ordenación del sector pesquero» no puede entenderse, en cambio, la ordenación normativa o régimen jurídico de la actividad pesquera en su conjunto, pues en tal caso dicho concepto englobaría el de «pesca marítima» entendida como actividad extractiva de recursos que se realiza en el mar (...) el concepto de «sector pesquero» asume, en ese contexto, un significado más restringido y diferente del de «pesca marítima», que no puede explicarse sino por referencia a un determinado sector económico o productivo. Es decir, a las Comunidades

Autónomas, o a algunas de ellas, puede corresponder, conforme al art. 149.1.19 de la Constitución y a lo que dispongan sus respectivos Estatutos de Autonomía, **competencias sobre la organización de ese sector productivo**, lo que equivale a decir, sobre la determinación de quienes pueden ejercer la actividad pesquera, ya sea la directamente extractiva o alguna otra relacionada con ella, las condiciones que deben reunir tales sujetos integrantes del sector y su forma de organización. Por consiguiente, se enmarcan en el título competencial relativo al sector pesquero, competencias tales como las referidas a las condiciones profesionales de los pescadores y otros sujetos relacionados con el sector, construcción de buques, registros oficiales, cofradías de pescadores, lonjas de contratación y otras similares, sin que esta enumeración sea exhaustiva» (FJ 5).

Esta doctrina puede considerarse también plenamente consolidada, pues se ha reiterado en los pronunciamientos citados en el anterior epígrafe con ocasión de deslindar la materia ahora considerada de la de «pesca marítima».

Quedan fuera del margen autonómico los acuerdos de pesca suscritos con terceros países si las partes contraen obligaciones en el ámbito del Derecho internacional, pues la «exclusiva titularidad estatal sobre el *ius ad tractatum* [derecho a celebrar tratados] recogida en el art. 149.1.3 CE se proyecta sobre cualquier materia» (STC 198/2013, de 5 de diciembre).

III. LA PESCA EN AGUAS INTERIORES

Es esta una materia prevista en el art. 148.1.11 CE y, por tanto, puede ser asumida en exclusividad por los Estatutos de Autonomía por no figurar en el art. 149.1 CE.

Esta competencia tiene **el mismo contenido material que la «pesca marítima»**. El

elemento distintivo entre ambas es espacial: mientras que la «pesca marítima» se proyecta sobre las llamadas «aguas exteriores», esto es, sobre el «mar territorial, la zona económica y las aguas internacionales» (STC 9/2001, de 18 de enero, FJ 6), la «pesca en aguas interiores» se refiere a las aguas situadas entre el límite interior del mar territorial y la zona terrestre propiamente dicha del territorio autonómico. Dicho límite, determinado a partir de las llamadas «líneas de base rectas», ha sido objeto de atención en la STC 8/2013, de 17 de enero, dictada a propósito de la delimitación de la Comunidad Autónoma de Canarias. Concluye el Tribunal que no es posible interpretar que el Estatuto de Autonomía haya configurado el ámbito territorial de esa Comunidad Autónoma integrando las islas y las aguas jurisdiccionales adyacentes, tras estudiar, entre otras normas, la incidencia de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar y de la Ley 10/1977, de 4 de enero, sobre el mar territorial (FF. JJ. 6 a 8).

Como en otros supuestos de **conurrencia sobre el mismo espacio físico**, la competencia portuaria estatal sobre las aguas de la ría no impide en modo alguno que la Comunidad Autónoma pueda ejercer en ellas las competencias no portuarias que tenga asumidas, entre ellas la pesca en aguas interiores, el marisqueo y la acuicultura (STC 40/1998, de 19 de febrero, FJ 36).

IV. LA ACUICULTURA Y EL MARISQUEO

Sobre ambas materias, incluidas asimismo en el art. 148.1.11 CE, las Comunidades Autó-

nomas pueden asumir competencias en exclusividad.

La **acuicultura** (o cultivos marinos) **puede ser ejercida aguas afuera de las aguas interiores**, pues la limitación de la competencia autonómica a estas últimas aguas solo la dispone la Constitución para la «pesca en aguas interiores» [STC 103/1989, de 8 de junio, FF. JJ. 2 y 6.a)]. Pese al carácter exclusivo de esta competencia, las instalaciones de cultivos marinos ubicadas en el **dominio público marítimo-terrestre** pueden requerir la concurrencia de voluntades distintas, estatal y autonómica [STC 149/1991, de 4 de julio, FJ 7. A.c)].

En cuanto al **marisqueo**, el Tribunal sigue igual criterio en cuanto a su ámbito de ejercicio, pues «es esta una conclusión a la cual conduce no solo la formulación de la propia materia por la Constitución y el Estatuto de Autonomía, sino también [...] la consideración del ámbito físico en el que dicha actividad venía ejerciéndose con anterioridad a la aprobación del texto constitucional» (STC 9/2001, FJ 9). Es importante aludir también al criterio material que delimita esta materia de la de «pesca marítima», en la medida en que ambas se refieren a actividades extractivas que pueden desarrollarse en las «aguas exteriores». Tras un jugoso prólogo que descarta el análisis zoológico (STC 56/1989, FJ 1), el **criterio delimitador entre la pesca (*genus*) y el marisqueo (*species*)** queda vinculado a las artes y técnicas propias de cada una de estas actividades extractivas (STC 9/2001, FJ 9): las artes del marisqueo han de ser específicas para la captura de mariscos y, además, de carácter selectivo, que excluyan la de otras especies marinas.

BIBLIOGRAFÍA

ARTIME GARCÍA, I., «La regulación del sector pesquero en el marco de la política pesquera común», *Veinticinco años de impacto del Derecho comunitario en el Derecho español*, Liceus, Madrid, 2010, págs. 83-107.

CHAPELA PÉREZ, M. R., «Los conceptos de «pesca marítima» y «ordenación del sector pesquero» a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 49, 1998, págs. 249-274.

— Régimen jurídico de la acuicultura marina, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

SÁNCHEZ LAMELAS, A., *La ordenación jurídica de la pesca marítima*, Aranzadi, Pamplona, 1999.

— La flota pesquera: régimen jurídico de las autorizaciones y ayudas para su reestructuración, Cedecs, Barcelona, 2000.

— «Dos cuestiones a propósito del título competencial «pesca marítima»: el mar territorial como territorio autonómico y la delimitación de títulos competenciales concurrentes: (comentario a la STC 38/2002, de 14 de febrero, sobre el parque natural y la reserva marina de Cabo de Gata-Níjar)», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, tomo II, 2002, págs. 1363-1382.

ARTÍCULO 149.1.20.^a Y 149.1.21.^a

20.^a Marina mercante y abanderamiento de buques; iluminación de costas y señales marítimas; puertos de interés general; aeropuertos de interés general; control del espacio aéreo, tránsito y transporte aéreo, servicio meteorológico y matriculación de aeronaves.

21.^a Ferrocarriles y transportes terrestres que transcurran por el territorio de más de una Comunidad Autónoma; régimen general de comunicaciones; tráfico y circulación de vehículos a motor; correos y telecomunicaciones; cables aéreos, submarinos y radiocomunicación.

Sumario general:

Infraestructuras de competencia estatal, por **JULIO V. GONZÁLEZ GARCÍA**

Transportes y comunicaciones, por **NURIA GARRIDO CUENCA**

INFRAESTRUCTURAS DE COMPETENCIA ESTATAL

Sumario: I. Las competencias del Estado en materia de puertos. II. Competencias del Estado en materia de aeropuertos. III. Competencias del Estado en materia de ferrocarriles, transportes terrestres, tráfico y comunicaciones.

JULIO V. GONZÁLEZ GARCÍA

CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

I. LAS COMPETENCIAS DEL ESTADO EN MATERIA DE PUERTOS

El art. 149.1.20.^a determina la competencia exclusiva del Estado en relación con una parte de los puertos del territorio nacional, los puertos de interés general que son los de mayor importancia cuantitativa y cualitativa y que tienen un impacto mayor sobre la economía nacional, y que en consecuencia, las actividades que se desempeñan en ellos tienen impacto sobre la totalidad del territorio español.

El reconocimiento de esta competencia al Estado supone, de entrada, la atribución del poder del Estado para la determinación de cuándo aparece este interés general, en aplicación de los criterios que ha configurado el legislador, y, por consiguiente, cuando el puerto pasa a estar bajo su competencia.

Es, en este sentido, una operación que se ha de desarrollar en dos fases: por el legislador estatal, configurando los criterios que abren paso a la función pública estatal que se ha de desarrollar con estas infraestructuras. En un segundo lugar, configurando un catálogo de infraestructuras que responden a los criterios que determina el legislador y que son, en consecuencia, variables en función de cómo se desarrollan las funciones públicas en esta ma-

teria. La pérdida de la condición de puerto de interés general supondrá, al mismo tiempo, la pérdida de la titularidad por parte del Estado y su asunción por la Comunidad Autónoma respectiva; tal como ocurrió, por ejemplo, con el RD 1046/1994, de 20 de mayo, por el que se cambia la clasificación como puertos de interés general de los de Ayamonte, Punta Umbría, Bonanza y Rota.

Ahora bien, la concurrencia de dichos elementos debe ser valorada por el ente que dispone de las competencias actuales en relación con dicha instalación y el que, en virtud de dicha modificación en los intereses afectados, va a recibir esas nuevas competencias de carácter funcional que se materializan en la gestión de la actividad desempeñada por ese bien público.

II. COMPETENCIAS DEL ESTADO EN MATERIA DE AEROPUERTOS

De forma equivalente, el art. 149.1.20.^a declara que son competencia exclusiva del Estado los aeropuertos que son catalogados como de interés general —concepto constitucional creado *ex novo*—, para lo cual el Real Decreto 2858/1981 establece los siguientes criterios: reunir las condiciones precisas para servir al tráfico aéreo internacional, poder incidir en la or-

denación del transporte o del espacio aéreo, o en su control, «por su situación, características o su capacidad de generar tráfico», disponer de aptitud para ser designados como aeropuertos alternativos de los anteriores, o revestir interés para la defensa nacional (art. 1).

No obstante, ello no tiene especial significado en cuanto a la forma de gestión del aeropuerto en cuestión. De hecho, un elevado número de Comunidades Autónomas prevén estatutariamente la posibilidad de la asunción de competencias de ejecución para participar en la gestión de los aeropuertos de interés general, en aquellos supuestos en los que no sea asumida directamente por el Estado.

La competencia comentada tiene un contenido variado, que traspasa el de la gestión del espacio aeroportuario. En la medida en que disponen de un régimen singular de planificación, que también es de competencia exclusiva del Estado, en la medida en que le corresponde la toma de sus decisiones esenciales (como su implantación y su ampliación), que prevalecen siempre y en todo caso sobre las determinaciones contenidas en el planeamiento territorial y urbanístico, tal como reconoció la STC 46/2007; todo ello con independencia de la potestad de informe de las restantes Administraciones públicas afectadas.

III. COMPETENCIAS DEL ESTADO EN MATERIA DE FERROCARRILES, TRANSPORTES TERRESTRES, TRÁFICO Y COMUNICACIONES

En el art. 149.1.21.^a nos encontramos ante un conjunto variado de materias que se podrían reconducir al conjunto común de comunicaciones. No es, sin embargo, el único de los preceptos que están dedicados a esta materia, sirviendo de ejemplo lo previsto en la regla anterior. Que se pueda agrupar alrededor de este núcleo común no significa, en modo alguno, que sean materias similares, lo que aconseja a que se separen en este comentario. Sí conviene resaltar una nota común de

todos estos aspectos recogidos en el art. 149.1.21.^a: la necesidad de separar entre servicios e infraestructuras, que darán lugar a que, en condiciones normales, se haya de aplicar una pluralidad de títulos competenciales vinculados directamente a estas materias.

Esta primera regla de las recogidas en el art. 149.1.21.^a nos conduce a una concreción para el ferrocarril y, en general los transportes terrestres, de naturaleza territorial. Sería el Estado el competente en relación con los ferrocarriles y los transportes que afecten a más de una Comunidad Autónoma. No obstante, teniendo presente todas las imbricaciones que presenta el transporte terrestre, en general, nos encontramos con que, tal como señaló la STC 118/1996, el Estado dispone de competencia para configurar un sistema común de transporte; el cual sería el resultado de la interconexión entre las redes estatal y autonómica de transporte.

Las competencias que asume el Estado en relación con el tráfico y la circulación de vehículos a motor, tienen por objeto la ordenación del ejercicio de la libertad de circulación y la garantía de la seguridad vial; lo que le habilita a ordenar la actividad reguladora de esta actividad, tales como normas de comportamiento, señalización, autorizaciones, homologación de vehículos y su inspección técnica; etc. De hecho, la STC 203/1992 señaló que en «cuanto a la materia tráfico, su núcleo fundamental está conformado por las actividades públicas relativas a la ordenación del desplazamiento o circulación por las vías públicas de vehículos, peatones y animales».

En cuarto lugar, nos encontramos con las competencias del Estado en materia de correos y telecomunicaciones. Existen razones más que suficientes para que la ordenación general de las telecomunicaciones sea competencia exclusiva del Estado: la integración interterritorial, la unidad de la economía, la uniformidad en las condiciones de vida; y ello por no olvidar la conexión que tiene con las

relaciones internacionales, en virtud de los compromisos asumidos por España en esta materia. Se trata de una materia que habilita al Estado a la configuración de la regulación general en materia de telecomunicaciones, tal como reconoció la STC 168/1993. Competen-

cia que no debe obviar la necesaria integración con otros títulos competenciales que afectan a aspectos de las telecomunicaciones y en los cuales las competencias están atribuidas a las Comunidades autónomas y las Entidades Locales.

TRANSPORTES Y COMUNICACIONES

Sumario: I. Introducción. La difícil y conflictiva distribución de competencias entre las Comunidades Autónomas y el Estado en la ordenación del transporte. La necesaria diferenciación con la imprecisa competencia referida al régimen general de comunicaciones y correos y telecomunicaciones. II. Los criterios de distribución competencial en la Constitución y los Estatutos de Autonomía. Estado actual de la cuestión. 1. Transporte terrestre. 2. Puertos y aeropuertos. Transporte marítimo y aéreo. 3. Correos y telecomunicaciones. III. La jurisprudencia constitucional relativa a la ordenación del transporte, sus servicios e infraestructuras. 1. Prevalencia del criterio de territorialidad en la ordenación de los servicios de transporte terrestre y marítimo. 2. Infraestructuras de transporte y ordenación: la prevalencia del criterio del interés general sobre el de la territorialidad. 3. Consideración diferenciada de los puertos y aeropuertos: la prevalencia de la calificación de estas infraestructuras como de «interés general» y los problemas derivados de la competencia autonómica concurrente sobre ordenación del territorio.

NURIA GARRIDO CUENCA

CATEDRÁTICA (ACREDITADA) DE DERECHO ADMINISTRATIVO
UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA

I. INTRODUCCIÓN. LA DIFÍCIL Y CONFLICTIVA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS Y EL ESTADO EN LA ORDENACIÓN DEL TRANSPORTE. LA NECESARIA DIFERENCIACIÓN CON LA IMPRECISA COMPETENCIA REFERIDA AL RÉGIMEN GENERAL DE COMUNICACIONES Y CORREOS Y TELECOMUNICACIONES

Los arts. 149.1.20 y 149.1.21 CE recogen dos tipos de materias competenciales del Estado claramente diferenciables: unas referidas a los transportes y otras al régimen general de las comunicaciones, correos y telecomunicaciones. Una primera observación es que ambos ámbitos materiales podrían haberse escindido perfectamente de acuerdo a una más lógica sistemática, por su escasa —por no decir nula— interrelación. Bien es cierto que

esta miscelánea material tampoco ha planteado debate alguno, salvo la crítica a su imperfecta ubicación en el caso del régimen de comunicaciones, más relacionado con el art. 149.1.27 CE (régimen básico de los medios de comunicación social), que con las competencias referidas a los transportes, como por cierto ya ha señalado el TC para interesar la necesaria y coherente interpretación de ambos preceptos (aps. 21 y 27) cuando de medios de comunicación se trate.

Comenzando por la competencia sobre transportes, la CE realiza una discriminación entre **transportes terrestres (ap. 21) y no terrestres (ap. 20), utilizando distintos criterios de reparto competencial**. Para los terrestres primará el de la territorialidad —al menos teóricamente— y para el transporte aéreo y marítimo se opta por una abstracta competencia exclusiva estatal que se especifica para alguna concreta materia relacionada (abanderamiento

de buques, iluminación de costas y señales marítimas, control del espacio aéreo, tránsito aéreo, matriculación de aeronaves) a las que se une la también competencia exclusiva sobre tráfico y circulación de vehículos a motor. Podemos ver aquí un importante déficit derivado de tal abstracción y generalidad de criterios que no aciertan a concretar —pues así se ha impuesto por la política comunitaria de transportes— la necesaria diferenciación entre la prestación de los servicios de transporte y la de las infraestructuras que lo posibilitan. Lo cual, dicho sea de paso, ha provocado sonoros conflictos competenciales resueltos, en unos casos con más acierto que en otros, por el TC, en base al art. 149.1.24 CE, referido a las obras públicas de interés general.

Esta primera aproximación nos da pie para una reflexión inmediata sobre **la complejidad práctica y normativa del sistema de transportes**, que ha dado lugar a un régimen jurídico esencialmente fragmentario, manifestado en su punto más álgido desde esta perspectiva competencial. Y ello es así pues el transporte es un ámbito susceptible de ordenación e intervención pública desde variadas perspectivas jurídicas donde confluyen legítimas competencias instrumentales o transversales de los poderes estatal, autonómico o local que necesariamente habrá que coordinar: en primer lugar la clásica naturaleza de las infraestructuras de transporte como dominio público artificial; el régimen de obra pública para su puesta en marcha y consiguiente armonización con las competencias concurrentes relativas, en lo esencial, al urbanismo y la ordenación del territorio; la puesta a disposición de estas infraestructuras con determinadas obligaciones de servicio público y consiguiente ejercicio de las funciones de policía administrativa sobre una actividad económica regulada, progresivamente liberalizada al albur de las imposiciones comunitarias, a imitación de los mercados de telecomunicaciones o postales (quizá esta, la única nota en común de los heterogéneos ámbitos materiales contemplados en el art. 149.1.20 y 21 CE).

Pero además, a estas características tradicionales de la ordenación pública del transporte, de nuevo **la impronta comunitaria ha impreso, en las dos últimas décadas, un nuevo enfoque al mercado de los servicios y las infraestructuras de transporte**, implementando la intervención administrativa en la tutela de cuestiones medioambientales —lógicamente, tratándose del principal sector en emisiones contaminantes (CO₂, gases de efecto invernadero, entre otros)—, sociales, laborales, de protección de los usuarios, de seguridad e incluso tarifarias. Lo que ha influido capitalmente en sus ejes directores para condicionar ejemplarmente (a nuestro juicio) el desarrollo de un sector marcadamente económico, pero que debe compatibilizar otros intereses ínsitos al modelo de la Europa social, al objeto de alcanzar un modelo de **transporte sostenible** [Libro Blanco «Hoja de ruta hacia un espacio único europeo de transporte: por una política de transportes competitiva y sostenible» (COM(2011) 144)]. Además, en el año 2015 son **reformadas las dos principales normas que disciplinaban el transporte viario y ferroviario**, respectivamente mediante la **Ley 37/2015, de 29 de septiembre, de carreteras**, y la **Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del sector ferroviario, para su adaptación al marco comunitario** y en cumplimiento de la jurisprudencia europea que señaló las insuficiencias y contradicciones de la anterior Ley 39/2003 con las principales directivas reguladoras del sector. Recién aprobado el Cuarto Paquete Ferroviario a fines de 2016, será necesario modificar nuevamente el marco normativo español para completar el espacio ferroviario europeo único y mejorar su interoperabilidad, abrir a la competencia los contratos de servicio público en los mercados nacionales para mejorar la calidad y eficacia de los servicios de transporte nacional de pasajeros y, en fin, prepararnos para la liberalización del mercado de los servicios nacionales en un entorno de nueva «gobernanza». No menor importancia ha tenido **la modificación de la Ley 16/1987, de Orde-**

nación de los Transportes Terrestres, mediante **Ley 9/2013, de 4 de julio**, que aspira a una mejora de la competitividad y la eficiencia del sector y la eliminación de las trabas burocráticas actualmente existentes. Una modificación que además venía ya exigiendo la reglamentación europea al objeto de dotar de mayor rigor a las condiciones de acceso al mercado de transporte y mayor capacidad de autogestión a las empresas que intervienen en él.

En la sistemática de esta exposición, la brevedad del estudio nos impide la reproducción de la voluminosa normativa que disciplina las materias afectadas por estos preceptos constitucionales. Fundamentalmente, el ámbito del transporte, sujeto a una compleja y fragmentaria red normativa, donde todavía se sigue la clásica distinción entre los distintos modos de transporte (cada uno con su legislación propia) y su sistema de fuentes aglutina normas públicas y privadas de ámbito nacional, internacional (fundamentalmente para los servicios de transporte marítimo y aéreo) y comunitario. A lo que se suma su muy variada tipología (los «pliegos reguladores» de servicios prestados en los puertos de interés general; las «circulars aeronáuticas», o los «planes directores» de los aeropuertos, los «contratos-programa» a que se sujeta la actuación del Administrador de infraestructuras ferroviarias —incluso para poder atribuirle facultades respecto a los bienes de dominio público vinculados a la actividad ferroviaria—). Bien es cierto que en los últimos tiempos asistimos a un importante fenómeno de retroalimentación entre las normas públicas y privadas, en numerosas ocasiones derivado de la necesaria integración de políticas y normativas de marcado carácter horizontal, como son las referidas al medio ambiente o el derecho de los consumidores y usuarios.

Junto a ello, la normativa autonómica referida al transporte forma ya también un importante bloque reglamentario, pues casi todas las Comunidades Autónomas han ejercido en los más variados ámbitos sus competen-

cias constitucionalmente reconocidas que, tras la hornada de **reformas estatutarias que comienza en 2007**, como en otras materias, son revisadas al alza, especificando los ámbitos competenciales materiales y subdividiendo por materias concretas todas las posibles competencias que comprenden las genéricas previsiones constitucionales.

Despunta, como en el resto de materias, el nuevo Estatuto de Cataluña (EC), aunque es verdad que sus previsiones han sido casi calcadas por el resto de Estatutos reformados. Siendo destacable el desarrollo detallado sobre la competencia de transporte intracomunitario, incluyendo como exclusivas las potestades relativas a la regulación, planificación, gestión, coordinación e inspección de servicios y actividades, la regulación de la intervención administrativa para el ejercicio de las actividades de transporte, la regulación sobre el transporte urbano y los servicios de transporte discrecional de viajeros en vehículos de turismo, la regulación específica del transporte turístico, escolar y de menores, sanitario, funerario, de mercancías peligrosas y perecederas, siempre con respeto a las competencias estatales sobre seguridad pública, regulación del sistema común de mediación y arbitraje y la potestad tarifaria. De igual modo, también se observa un importante impulso de los mecanismos de cooperación entre Estado y las autonomías con relación a las infraestructuras de titularidad estatal situadas en los territorios autonómicos, previendo distintos cauces de participación en las decisiones estatales referidas, entre otros aspectos, a planificación y gestión y en los organismos de carácter estatal que ejercen funciones sobre ellas. Respecto a las propuestas estatutarias referidas a puertos y aeropuertos, se advierte un fuerte impulso sobre la competencia autonómica, que se ha ido matizado progresivamente en el trámite parlamentario hasta el punto de eliminarse el régimen especial que, por ejemplo, se había propuesto para los puertos de Tarragona y Barcelona y el Aeropuerto de Barcelona —no sin arduas discusiones—. Vuelve a

destacar el EC, por su extensivo y agotador marco competencial respecto a los que no tengan la consideración de interés general, que incluye potestades sobre su régimen jurídico, planificación, gestión, dominio público necesario para la prestación de servicios, régimen económico de los servicios portuarios y aeroportuarios (especialmente tarifaria y tributaria) y delimitación de zonas de servicio y determinación de usos, equipamientos y actividades complementarias dentro del recinto. Esta implementación, como era lógico, ha incrementado la conflictividad competencial (fundamentalmente respecto a Cataluña) en sede constitucional.

Por tanto, en esta exposición comenzaremos por la descripción de los ámbitos competenciales y seguiremos con un breve análisis de la problematicidad de la distribución constitucional de acuerdo a la más relevante jurisprudencia constitucional. Con especial atención al transporte terrestre, por la trascendencia cuantitativa y cualitativa de la doctrina constitucional.

II. LOS CRITERIOS DE DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAL EN LA CONSTITUCIÓN Y LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA. ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN

1. Transporte terrestre

Dos son las referencias constitucionales que contemplan la cuestión de la distribución competencial en materia de transportes terrestres: el art. 148.1.5, que posibilita la asunción por todas las Comunidades Autónomas de la competencia sobre «los ferrocarriles y carreteras cuyo itinerario se desarrolle íntegramente en el territorio de la Comunidad Autónoma y, en los mismos términos, el transporte desarrollado por estos medios o por cable». Parece desprenderse de la dicción de este precepto una reminiscencia del criterio clásico de la demanialidad (BERMEJO VERA, 38), que desaparece, sin embargo, con la lectura

del art. 149.1.21 CE, que atribuye competencia exclusiva al Estado en materia de «ferrocarriles y transportes terrestres que transcurran por el territorio de más de una Comunidad Autónoma; régimen general de comunicaciones; tráfico y circulación de vehículos a motor».

Por tanto, **el criterio de reparto o distribución competencial en base a la territorialidad es aparentemente sencillo**: los transportes intracomunitarios se atribuyen con plenitud de competencias a las Comunidades Autónomas, mientras que los de dimensión extra o intercomunitaria son de competencia exclusiva del Estado. Sin embargo, la simplicidad de este modelo se ha visto desvirtuado por el desarrollo estatutario posterior y, fundamentalmente, por la conflictividad que ha derivado su aplicación en la práctica.

En efecto, **las Comunidades Autónomas han asumido importantes competencias** sobre los transportes y sus actividades complementarias no solo de tipo normativo directo, sino también al amparo de otros títulos competenciales relacionados con el transporte (esencialmente la exclusiva competencia autonómica sobre ordenación del territorio). Y, por supuesto, todas las competencias sobre la ejecución de la legislación estatal cuando el transporte tiene origen y destino en territorio autonómico, aun si discurre sobre infraestructuras de titularidad estatal. Ello pues, aunque al Estado le corresponden las facultades generales de ordenación sobre los transportes intercomunitarios que afectan a más de una Comunidad Autónoma, la potestad de «ejecución» de la legislación es autonómica en cuanto afecte al propio territorio. Y esta competencia ejecutiva debe advertirse que es de la máxima relevancia (pensemos en sus amplios contenidos: otorgamiento de concesiones, licencias, habilitación de los agentes de transporte, inspección y sanción, subvenciones...). La conflictividad, más después del proceso de reforma estatutaria, estaba servida.

Un diseño bien similar se observa en la **delimitación competencial en materia de infraestructuras de transporte**, donde han prevalecido los condicionantes de carácter físico o material derivados de los art. 148.1.5 y 149.1.24 CE (que atribuye la competencia exclusiva al Estado sobre las «obras públicas de interés general o cuya realización afecte a más de una Comunidad Autónoma»). Así, en atención a este criterio de territorialidad se han separado, por ejemplo, las carreteras de titularidad estatal y las autonómicas, asumiéndose por cada Administración la plenitud de competencias (normativas y ejecutivas) en relación a su respectiva titularidad. Aunque este criterio debe observar en algún caso la excepción de los que se han denominado «itinerarios de interés general», tanto en las carreteras como en los ferrocarriles, aludidos explícitamente en el art. 149.1.24 CE. Por tanto, no solo se ha superado el criterio clásico de la demanialidad desde la perspectiva de la ordenación de las competencias de transporte, sino que es justamente esta materia la que ejerce su *vis atractiva* sobre determinados aspectos de la regulación de las infraestructuras (BERMEJO, 39) —por cierto, frente a autorizadas opiniones que consideraron en un principio la competencia sobre obras públicas como meramente instrumental, debiéndose concretar justamente a través de los títulos específicos sobre cada infraestructura en particular (MUÑOZ MACHADO, COSCULLUELA MONTANER)—. De tal modo que, en su dimensión de obras públicas, debe estarse a su doble y diferente fundamento (carácter intercomunitario o interés general de la obra, *ex art.* 149.1.24 CE), superando la dimensión exclusivamente territorial del genérico título competencial sobre transportes (SÁNCHEZ BARRILAO, 616). Esta es, por otra parte, la tesis defendida tenazmente por el TC, que siempre consideró el carácter sustantivo de la competencia estatal sobre las obras de interés general (por todas, STC 65/1998) y que, al hilo de la nueva ordenación del sector ferroviario, ha confirmado su doctrina en una sustanciosa jurisprudencia (comenzando por las SSTC 245/2012, de 18 de diciembre y 83/2013, de 11 de abril).

Por otro lado, debemos señalar que el necesario respeto a **los principios de coordinación, cooperación y colaboración** que debe presidir el ejercicio compartido de competencias ha intentado resolverse en las normas más recientes, aunque sigue siendo dudosa su efectividad práctica. En fin, debe destacarse que las competencias autonómicas sobre el transporte reflejan paradigmáticamente la yuxtaposición, que no siempre ha sido bien entendida y menos resulta satisfactoriamente, con otros títulos competenciales que pueden verse afectados o que en más de un caso habría que integrar en la competencia genérica sobre el transporte. Con el inconveniente y dificultad añadida de que los ámbitos competenciales no son siempre coincidentes entre Estado y CC. AA. Nos referimos fundamentalmente a las competencias referidas a la ordenación del territorio, urbanismo, obras públicas, protección del medio ambiente, consumidores y usuarios, planificación de la actividad económica o fomento del desarrollo económico. En particular, la competencia compartida en materia de medio ambiente ha provocado enorme conflictividad en estos ámbitos concurrentes, dada su ínsita transversalidad respecto a la actividad material principal o las competencias sustantivas (la STC 161/2014, de 7 de octubre, respecto a la protección de la contaminación acústica, entiende que en las infraestructuras viarias, ferroviarias, aeroportuarias y portuarias de competencia estatal, es competencia del Estado la elaboración, aprobación y revisión de los mapas de ruido y la correspondiente información al público; en igual sentido, sobre los planes de movilidad sostenible, la STC 174/2013, de 10 de octubre, considerando constitucional la competencia estatal para exigirlos a la entidad beneficiaria para la concesión de cualquier ayuda consignada en los presupuestos generales del Estado, primando la finalidad razonable de promoción de un transporte más sostenible, eje de la Estrategia de Movilidad Sostenible española de 2009).

2. Puertos y aeropuertos. Transporte marítimo y aéreo

En relación a los puertos, el Estado tiene la competencia exclusiva sobre «los puertos de interés general» (art. 149.1.20 CE), mientras que las Comunidades Autónomas la tienen respecto a los de refugio, deportivos «y, en general, los que no desarrollen actividades comerciales» (art. 148.1.6 CE). Se trata de **un reparto bastante complicado, en la medida en que uno y otro ámbito competencial se sirven de criterios diferentes** en su delimitación: el estatal el interés y el autonómico la naturaleza de la actividad portuaria (SÁNCHEZ BARRILAO, 629).

En cuanto a los aeropuertos, de modo similar, el Estado tiene constitucionalmente reservada la competencia exclusiva sobre «aeropuertos de interés general», y todas las autonomías han asumido la competencia sobre «aeropuertos deportivos y, en general, los que no desarrollen actividades comerciales» (arts. 149.1.20 y 148.1.6 CE). Sin embargo, en este caso se advierte que la mayoría de las Comunidades Autónomas han asumido competencias ejecutivas —en este caso con respecto a la legislación estatal— en relación a los aeropuertos sobre los que el Estado, aun habiéndolos declarado de interés general, no se ha reservado su gestión directa.

Respecto al transporte aéreo y marítimo —este último no mencionado expresamente en la CE, pero incluido en el título «marina mercante» de acuerdo a la interpretación constitucional—, considerados en abstracto, el Estado mantiene la competencia exclusiva, al menos en principio. De igual manera, corresponden al Estado en exclusividad las submaterias específicas de abanderamiento de buques, iluminación de costas y señales marítimas, control del espacio aéreo, matriculación de aeronaves, régimen general de comunicaciones, tráfico y circulación de vehículos a motor (art. 149.1.20 y 21 CE). Esta última no admite ninguna intervención autonómica ni en las condiciones relativas a la circulación ni

en las condiciones técnicas de seguridad de los vehículos (STC 183/1996). Igual ocurre en el caso del control del espacio aéreo, tránsito y matriculación de aeronaves (STC 118/1996). Incluso, de acuerdo a la STC 124/2013, de 23 de mayo, el mantenimiento de servicios mínimos en un aeropuerto de interés general habilita al Ministerio de Fomento a la fijación de los servicios esenciales en las empresas de *catering* y abastecimiento y de limpieza y asepsia de aviones del aeropuerto de Barcelona, pues afecta a la navegación aérea nacional e internacional. Entendiendo que prevalece la competencia estatal para fijar los servicios imprescindibles para la prestación del servicio público tanto para la operatividad de las aeronaves como para la salvaguarda de la salud pública sobre las competencias autonómicas en materia de trabajo y relaciones laborales. Por el contrario, en marina mercante y transporte marítimo las competencias ejecutivas de las Comunidades Autónomas pueden comprender algunos servicios relativos al «practicaje y remolque portuarios», «salvamento marítimo» y el transporte entre puertos o puntos intraautonómicos sin conexión con otros ámbitos territoriales, reservándose el Estado la ordenación general de las actividades comerciales del transporte y la garantía de la seguridad de mercancías y personas (STC 40/1998).

3. Correos y telecomunicaciones

En fin, la reserva al Estado de la competencia exclusiva sobre correos y telecomunicaciones, y cables aéreos, submarinos y radiocomunicación, solo excepciona las materias referidas a la radiotelevisión, competencia compartida con las Comunidades Autónomas, en aplicación del art. 149.1.27 CE. En este caso, el Estado debe regular los extremos técnicos del soporte, esto es, ordenación y régimen de utilización del dominio público radioeléctrico, que se encuadran en la materia «radiocomunicación», pero sin comprender la regulación exclusiva ni la gestión de las actividades que discurren sobre él. El TC ha decla-

rado en numerosas ocasiones que la competencia exclusiva del Estado en materia de telecomunicaciones según el art. 149.1.21 CE incluye, de un lado, la regulación de los aspectos técnicos de las comunicaciones, delimitando la competencia sobre medios de comunicación audiovisual [SSTC 167/1993, de 7 de mayo; 31/2010, de 28 de junio (FJ 85); 5/2012, de 17 de enero (FJ 5); 235/2012, de 13 de diciembre (FJ 6)]. Para integrar en aquel título los aspectos afines a la regulación del soporte del cual se sirven la radio y la televisión (las ondas radioeléctricas, hertzianas o electromagnéticas) u otros usos del dominio público radioeléctrico (STC 72/2014, de 8 de mayo). Aunque, como se ha reconocido en la reciente STC 78/2017, de 22 de junio, la delimitación no es siempre sencilla: «ambos títulos competenciales se limitan entre sí impidiendo su mutuo vaciamiento de modo que corresponde al Estado *ex art. 149.1.21 CE* la regulación de los extremos técnicos del soporte o instrumento del cual la radio y la televisión se sirven —las ondas radioeléctricas o electromagnéticas (como recuerda la STC 180/2000)—, ordenando así el dominio público radioeléctrico, mientras que el art. 149.1.27 CE permite la articulación de un régimen de competencias compartidas entre el Estado y la Comunidad Autónoma según el cual corresponde al Estado dictar las normas básicas, asumiendo la Comunidad Autónoma competencias de desarrollo legislativo que en todo caso habrá de respetar aquella normativa básica, una potestad reglamentaria igualmente de desarrollo, y, finalmente, la función ejecutiva correspondiente a la materia».

La competencia sobre telecomunicaciones ha sido especialmente conflictiva, al involucrar titulares y objetos jurídicos diversos, cuyo ejercicio puede concurrir en un mismo espacio físico, que se intentan solucionar mediante fórmulas de colaboración o coordinación. Recientemente, las SATC 8/2016, de 21 de enero, y 20/2016, de 4 de febrero, establecen la doctrina más acorde con la Ley 9/2014, de 9 de mayo, de telecomunicaciones, aclarando el reparto competencial. Como resumen de

su doctrina, el Estado es competente, en exclusiva, para: a) la caracterización del mercado de las telecomunicaciones —actualmente definidas como servicios de interés general que se prestan en régimen de libre competencia (arts. 2 y 5 de la Ley General de Telecomunicaciones)—; b) el establecimiento de las condiciones de explotación de las redes y de prestación de servicios de comunicaciones electrónicas así como el régimen jurídico de los operadores (STC 8/2012, FJ 7); c) la definición y delimitación de las prestaciones y servicios concretos que han de incluirse en el llamado servicio universal en orden al cumplimiento de las funciones de regularidad, calidad, asequibilidad, extensión y seguridad de redes y servicios, que antes se entroncaban en el servicio público (STC 72/2014, de 8 de mayo, FJ 6); d) la determinación del operador u operadores que deben asumir la prestación de ese servicio universal y el diseño de su régimen de financiación; e) la asunción directa de la gestión o la intervención en la prestación de los servicios a efectos de garantizar su prestación; f) la regulación de la ubicación y compartición de infraestructuras, sin perjuicio de las competencias autonómicas en esta materia (STC 8/2012), y g) el establecimiento de un sistema de protección reforzada de los consumidores y usuarios de servicios de telecomunicaciones (STC 74/2014).

Se trata, en definitiva, de la atribución al Estado de la competencia para definir los elementos estructurales del sector a través tanto del establecimiento del marco institucional del mercado (regulación de la competencia) como de la intervención en los procesos del propio mercado. Aunque el TC viene resaltando la necesaria prudencia en la *vis expansiva* característica de este título competencial, que podría vaciar las competencias autonómicas en materias como ordenación del territorio y urbanismo o protección del medio ambiente y paisaje, que, necesariamente, van a converger en el mismo espacio físico. Por ello en esta STC, respecto a las competencias de planificación y ordenación territorial, admite el espacio a la regulación autonómica sobre interven-

ción de su sector público en la promoción y construcción de infraestructuras auxiliares previas a la red de comunicaciones electrónicas en aquellas zonas donde todavía no se han implementado y en las que resulta necesaria una intervención pública a fin de evitar la fractura digital. Siempre que no se afecte al principio de libre competencia o las actuaciones sean contrarias a las directrices comunitarias para facilitar el desarrollo de las redes de banda ancha. En fin, respecto a los principios de neutralidad tecnológica y sostenibilidad ambiental, tanto la STC 8/2016 como la STC 8/2012 (FJ 7), han entendido que: «hay que entender que la obligación que se impone a los operadores de incorporar las mejoras tecnológicas que vayan apareciendo queda circunscrita a aquellos supuestos en los que, estando justificado en aras de la protección medioambiental o urbanística, el uso de una nueva tecnología no afecte, incida o altere las características técnicas de la red, las condiciones de prestación del servicio y de explotación de la red, ni modifique las condiciones de gestión del espacio radioeléctrico, pues, en caso contrario, se estaría invadiendo la competencia estatal en materia de telecomunicaciones».

III. EN PARTICULAR, LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL RELATIVA A LA ORDENACIÓN DEL TRANSPORTE, SUS SERVICIOS E INFRAESTRUCTURAS

1. Prevalencia del criterio de territorialidad en la ordenación de los servicios de transporte terrestre y marítimo

Sobre la materia ordenación del transporte y comunicaciones terrestres, «el **criterio territorial del radio de acción del transporte resulta decisivo**», de modo que la competencia exclusiva es para los transportes cuyo itinerario se desarrolle íntegramente en el territorio de la Comunidad (STC 86/1988). Sin que el Estado pueda incidir sobre la ordenación de los transportes intracomunitarios,

salvo que se encuentre habilitado por otros títulos distintos del transporte y de carácter más específico (STC 203/1992). Esta es la misma doctrina que se aplicó en relación a la ordenación del transporte urbano e interurbano para señalar incontrovertida la competencia autonómica, ya en la STC 179/1985, que confirmaría la conocida STC 118/1996 (precisamente sobre la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres), por más que deba respetarse la legislación básica del Estado procedente de otros títulos o competencias afines o relacionadas, sin que en ningún caso se admita la supletoriedad del Derecho estatal como título competencial.

Este criterio territorial se matiza dependiendo del carácter normativo o ejecutivo de la competencia. Y así, la STC 118/1996 concreta que «si desde el punto de vista de las competencias normativas el criterio del territorio debe aplicarse con rigidez (desarrollo íntegro del transporte en el territorio), las competencias de ejecución de la legislación estatal en la materia quedan, sin embargo, en cierto sentido, desconectadas de dicho criterio, para permitir su efectiva titularidad autonómica, aun cuando el transporte de mercancías o viajeros no discurra íntegramente por el territorio de la Comunidad Autónoma, bastando con que tenga su origen y término en el territorio de esta». En este sentido resulta ejemplar todavía la doctrina resumida en la temprana STC 53/1984 (impugnado un decreto valenciano de fijación de tarifas para el servicio de transporte de viajeros):

— la competencia autonómica de ejecución de la legislación estatal sobre «ordenación del transporte», en cuanto no proviene de la titularidad demanial sobre la carretera, sino de un poder de intervención respecto de lo que la ley califica como servicio público, debe examinarse desde la faceta del ámbito territorial al que se ordena el transporte;

— la utilización para el transporte de infraestructuras de titularidad estatal no impide la competencia de ejecución;

— no obstante, tratándose de una modalidad de transporte conferida para un ámbito suprarregional, la ordenación del transporte y por tanto el establecimiento de las tarifas y sus condiciones aplicativas corresponde a la Administración estatal.

Por ello, **la actividad de transporte, aunque se lleve a cabo a través de infraestructuras de titularidad estatal, no altera la competencia autonómica en la materia**, al tratarse de «funciones públicas diferenciadas, que también constituyen materias diversas a los efectos de la distribución de competencias entre Estado y CC. AA.» (STC 65/1998). A esta diferente competencia es de aplicación la doctrina que pasamos a exponer.

2. Infraestructuras del transporte y ordenación: la prevalencia del criterio del interés general sobre el de la territorialidad

La jurisprudencia constitucional se ha manifestado en múltiples ocasiones sobre las infraestructuras que sirven de soporte al desarrollo de los servicios de transporte, definiendo los ámbitos competenciales en base a dos criterios esenciales: la territorialidad y el interés general que puede estar implícito en ellas. En esta jurisprudencia es patente la *vis atractiva* del título competencial sobre las obras públicas que llega a superponerse a los más específicos referidos a cada tipo de infraestructura concreta.

Partiendo de la evidente consideración de las carreteras como bienes de dominio público (STC 132/1998) y «una de las modalidades de obra pública más características», resulta evidente la concentración de materias concurrentes y muy diversas, lo que supondrá dificultades singulares para su correcto deslinde (dominio y uso público, contratación administrativa, expropiación forzosa, obras públicas y su ulterior explotación, y especialmente la planificación de infraestructuras en relación a la ordenación territorial).

En este sentido, la STC 65/1998, de 18 de marzo, entenderá que la competencia estatal sobre obras públicas supera la dimensión exclusivamente territorial del título sobre carreteras, para pasar a un primer plano el criterio del interés general de las obras públicas a que se refiere el art. 149.1.24 CE y que corresponde decidir en todo caso al legislador estatal. De esta forma, **el criterio del interés general viene a complementar al puramente territorial, sin excluirlo radicalmente**, pero añadiéndole una dimensión cualitativa que permite atender a la relevancia de las carreteras en su función de infraestructura de transporte, introduciendo «una mayor racionalidad en el reparto de competencias en esta materia».

Esta doctrina es perfectamente extrapolable a las infraestructuras ferroviarias, como demuestra la STC 118/1996, para establecer que: cuando de la construcción de los ferrocarriles se trata, concurren junto al título competencial autonómico otros, como el referido a las obras públicas de interés general, que habilitarán al Estado para establecer la «homogeneidad en la construcción de los ferrocarriles de transporte público», así como las «competencias estatales en materia de seguridad pública y medio ambiente, pudiendo imponerse por el Estado características técnicas mínimas y uniformes que garanticen la calidad de los medios de transporte ferroviario».

Las STC 245/2012, de 18 de diciembre, y 83/2013, de 11 de abril, relativas a la ordenación del sector ferroviario, fundamentalmente al reparto de competencias en materia de infraestructuras y el concepto de red ferroviaria de interés general, han vuelto a insistir sobre la necesidad de diferenciar, a efectos competenciales, entre la infraestructura y la actividad de transporte que por ella se realiza, pues el interés general o autonómico que subyace en la competencia sobre obras públicas modulará de muy distinta manera uno y otro ámbito material. Tal como se señala en esta jurisprudencia, de modo mucho más intenso en la competencia sobre infraestructuras de

transporte. Además, tras reiterar su jurisprudencia bien conocida sobre la desconexión del criterio de territorialidad cuando se trata de competencias ejecutivas, se especificarán algunas cuestiones novedosas que bien se pueden hacer extensivas al ámbito de la ordenación del transporte por carretera:

— el Estado tiene competencia exclusiva sobre las actividades de transporte que actúen integradas en una red de alcance nacional, independientemente del lugar de carga y descarga, siempre que se trate de recorridos discrecionales, pues la competencia solo puede atribuirse conforme al carácter supracomunitario de la red;

— el Estado tiene competencia exclusiva sobre los servicios parciales comprendidos en líneas regulares de viajeros cuyo itinerario discorra por el territorio de más de una Comunidad Autónoma;

— la declaración de servicios de interés público solo es constitucional si su adjudicación o la imposición de prestarlo a una determinada empresa se limita a los servicios que discurren por varias Comunidades Autónomas; si discurren íntegramente por una Comunidad, «la entera ordenación de los transportes ferroviarios corresponde a la Comunidad Autónoma, que tendrá plena libertad para organizar la gestión y financiación de los citados servicios de interés público»; igual doctrina debe aplicarse al régimen de licencias.

La STC 214/2013, de 19 de noviembre, ha comprendido también como competencia estatal: la elaboración de la declaración sobre la red y la identificación de características técnicas de la red ferroviaria estatal para el eficaz acceso de los potenciales candidatos a la adjudicación de capacidad de infraestructura. Y dentro de esta potestad, el procedimiento, coordinación de solicitudes, candidatos, criterios de adjudicación, derechos de uso de capacidad, derechos y obligaciones de los candidatos e infraestructura congestionada. Asignación que corresponde al Esta-

do en lo que afecta a la red ferroviaria de interés general, sin perjuicio de que las Comunidades Autónomas, como adjudicatarias de capacidad de transporte, puedan a su vez adjudicar a las empresas ferroviarias cuando se trata de servicios de transporte intracomunitarios.

En la reciente STC 124/2016, de 23 de junio, se vuelve a insistir en que los itinerarios no son el aspecto decisivo para dilucidar la competencia estatal o autonómica, sino que lo son las líneas o tramos como tales y su conexión a la red, siendo condición necesaria para atribuir la competencia autonómica sobre una línea circunscrita a su territorio que el tramo no forme parte de una infraestructura ferroviaria considerada de interés general por el Estado (STC 245/2012, FJ 10). En conclusión, las normas autonómicas en estas materias «deben someterse a un doble canon sucesivamente, el de territorialidad y el del interés general, en el entendimiento de que el criterio del interés general complementa y modula el puramente territorial, pero sin excluirlo de forma sustancial... En definitiva, el objeto de las competencias autonómicas sobre ferrocarriles debe ser acotado por la concurrencia de una doble condición: se trata de tramos o partes de las vías férreas que, aunque nazcan o mueran fuera de la Comunidad en su itinerario total, discurren dentro de la Comunidad (condición positiva), siempre que el tramo en cuestión no forme parte de una infraestructura ferroviaria considerada de interés general por el Estado (condición negativa)». Por tanto, en la red de ferrocarriles de interés general cabe integrar infraestructuras que se consideren esenciales para garantizar un sistema común de transporte ferroviario en todo el territorio del Estado, o cuya administración conjunta sea necesaria para el correcto funcionamiento de dicho sistema. Entre ellas, las que sirvan de conexión o acceso a los principales núcleos de población y de transporte, o a instalaciones esenciales para la economía o defensa nacional, como los puertos y aeropuertos de interés general (SSTC 245/2012, FJ 10, y 124/2016, FJ 3).

3. Consideración diferenciada de los puertos y aeropuertos: la prevalencia de la calificación de estas infraestructuras como de «interés general» y los problemas derivados de la competencia autonómica concurrente sobre ordenación del territorio

El TC ha señalado que, en el caso de los puertos —igual que ocurre con los aeropuertos—, frente al criterio formal y generalizado del art. 149.1.20 CE (interés general), se sitúa el criterio individualizador y descriptivo del art. 148.1.6 CE (actividad del puerto) (STC 40/1998, de 19 de febrero). A tales efectos, se advierte que es necesaria una previa delimitación conceptual: puerto comercial y no comercial, de refugio o deportivo, pero, fundamentalmente, de interés general o autonómico. Esto es, **coexisten de nuevo dos criterios delimitadores de la competencia**: «mientras que la atribución a las CC. AA. de la competencia sobre puertos se basa en el tipo de actividad que en los mismos se realiza, la reserva de puertos de competencia exclusiva del Estado se basa en el criterio del interés general, que podrá apreciarse fundamentalmente en los puertos comerciales que desarrollen una actividad relevante para el conjunto del Estado» (STC 40/1998). Competencia que además es **omnicomprensiva**, para abarcar «tanto la realidad física del puerto como la actividad portuaria que en ella se desarrolla» (STC 77/1984, de 3 de julio). En esta misma línea, la competencia exclusiva sobre los aeropuertos de interés general ha sido matizada por el TC, dado que los Estatutos de Autonomía han hecho extensivas sus facultades a la ejecución de la legislación estatal sobre aeropuertos calificados de interés general cuando el Estado no se reserva su gestión directa (supuesto que se da en menor medida en materia de puertos), para matizar que en

tal caso estaríamos ante la conversión de una competencia exclusiva en compartida, y diferenciar los diversos servicios ofrecidos entre los que impliquen puro ejercicio de soberanía y los auxiliares que no afecten a aquellos (STC 68/1984).

En fin, debe recordarse que uno de los principales debates competenciales ha venido derivado de la **coexistencia de esta competencia con otras reconocidas sobre el mismo espacio físico, destacando la autonómica sobre ordenación del territorio y urbanismo**. En este caso, dos son los parámetros de resolución de la controversia: en primer lugar, deberá acudir a «fórmulas de cooperación», a «un expediente de acomodación e integración de los títulos competenciales que están llamados a cohonestarse» (STC 46/2007, que resume la doctrina precedente); y, segundo, si ello no es posible, habrá que ponderar los intereses para determinar la competencia prevalente. Sin embargo, lo cierto es que han sido más los casos en que esta ponderación ha dado como resultado la prevalencia de la decisión estatal, dado el interés general que subyace, a juicio del TC, en las competencias exclusivas del Estado (por todas, SSTC 40/1998 y 46/2007). Siempre que esta competencia exclusiva «haya tenido en cuenta las exigencias de cooperación entre las Administraciones con competencias concurrentes y la competencia autonómica no se limite más de lo estrictamente necesario». También se ha vuelto a recordar en STC 34/2012, de 27 de febrero, la dualidad del régimen jurídico de los puertos autonómicos, que deben someterse a las reglas de la Ley de Costas sobre competencias del Estado para la preservación de la integridad física y jurídica del dominio público marítimo-terrestre (desde STC 149/1991). La STC 34/2012 nos recuerda la aplicabilidad de idénticas reglas para el caso de los aeropuertos.

BIBLIOGRAFÍA

AA. VV., *Manual de Derecho del Transporte* (MARTÍNEZ SANZ, F., Dir.), Marcial Pons, Madrid, 2010.

— *XI Congreso Ítalo-Español de profesores de Derecho Administrativo*, Cedecs, Barcelona, 1998.

BERMEJO VERA, J. (Dir.), *El derecho de los transportes terrestres*, Cedecs, Barcelona, 1999.

COSCULLUELA MONTANER, L., «Presupuestos constitucionales de la competencia sobre la ordenación urbanística», en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1989.

GALÁN VIOQUE, R., «Distribución de competencias en materia de obra pública», en GONZÁLEZ GARCÍA, J. V. (Dir.), *Diccionario de obras públicas y bienes públicos*, Iustel, Madrid, 2007.

— *Obras públicas de interés general*, IAAP, Sevilla, 2004.

GARRIDO CUENCA, N., «Obras públicas e infraestructuras de transporte por carretera» y «Transportes», en ALONSO, BELTRÁN, DELGADO y MORENO (Dirs.), *Derecho Público de Castilla-La Mancha. Libro Homenaje al profesor Luis Ortega*, Iustel, Madrid, 2016.

RUIZ OJEDA, A., *Derecho de la regulación económica, Tomo VI. Transportes*, Iustel, Madrid, 2010.

SÁNCHEZ BARRILAO, J. F., «Transportes y comunicaciones» y «Puertos y aeropuertos», en BALAGUER CALLEJÓN, F. (Dir.), *Reformas estatutarias y distribución de competencias*, IAAP, Sevilla, 2007.

ARTÍCULO 149.1.22.^a

22.^a *La legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran por más de una Comunidad Autónoma, y la autorización de las instalaciones eléctricas cuando su aprovechamiento afecte a otra Comunidad o el transporte de energía salga de su ámbito territorial.*

AGUAS

ANTONIO FANLO LORAS

CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Como ha quedado señalado en el comentario al art. 148.1.10.^a CE, la redacción del art. 149.1.22.^a CE fue fruto de la mezcla de criterios introducida por la Comisión Mixta Congreso-Senado en el texto aprobado por el Senado. Si este había articulado el reparto de competencias sobre el par de conceptos **obras-aguas**, reservando al Estado la competencia plena sobre todas las aguas, la Comisión Mixta recupera el **criterio territorial** aprobado inicialmente por el Congreso, tomado de la Constitución de 1931, así como introduce el concepto de «aprovechamientos hidráulicos» junto al de «recursos». Ambos preceptos —como sabemos— no son coincidentes ni respecto de la **materia** que definen, ni en el **criterio** de deslinde, ni en las **funciones** atribuidas. La nueva redacción era más propicia a las CC. AA., pues solo reservaba al Estado las «aguas (que) discurran por más de una Comunidad Autónoma». Interpretada *a sensu contrario*, permitía que las CC. AA. pudieran asumir competencias en materia de aguas, cuando estas discurran íntegramente dentro de su territorio, sí así lo asumían sus Estatutos de Autonomía, en aplicación del art. 149.3 CE.

Así lo hicieron los primeros Estatutos de Autonomía (Cataluña, País Vasco y Galicia),

aunque limitadas sus competencias a los «aprovechamientos hidráulicos» y no a los «recursos hidráulicos» (que sí asumió Andalucía). Este inconveniente será relativizado por la «generosa» y «constructiva» interpretación del Alto Tribunal a favor de las CC. AA. (STC 227/1988, FF. JJ. 13 y 18) y, andando el tiempo, quedará superado por la igualación del techo competencial de todas las CC. AA., que se producirá en las reformas estatutarias de los primeros años noventa del siglo pasado.

El legislador estatal de aguas, entre otros desarrollos de estas previsiones constitucionales, adoptó el concepto de cuenca hidrográfica como concreción del criterio territorial «aguas que discurran», lo que acarrea evidentes efectos limitantes de las competencias de las CC. AA. En la práctica totalidad del territorio de España, las aguas discurren por más de una Comunidad Autónoma. La discusión posterior se centró en la interpretación de la expresión constitucional «aguas (que) discurran» y su correspondencia con el concepto de **cuenca hidrográfica**, ámbito territorial histórico de nuestra Administración del agua, asumido por la Ley de Aguas de 1985 como concreción del citado criterio constitu-

cional y piedra basilar del reparto de competencias entre Estado y CC. AA. Para las CC. AA. que impugnaron la ley, el criterio territorial de cuenca hidrográfica vaciaba sus competencias en materia de aguas y no era la única interpretación posible de la CE. Así, el País Vasco alegó, como criterio más favorable, el de los « **cursos fluviales concretos** » o la competencia regional sobre el « **tramo final** » de los mismos, pues, en este caso, el aprovechamiento de los caudales no afectaría ya a otras CC. AA. Argumento sostenido en el tiempo y que aparecerá en los procesos de reforma de los Estatutos de Autonomía (en particular, los de Andalucía y Castilla y León, en relación con la gestión del Guadalquivir y del Duero) contundentemente rechazado por el TC (SSTC 30 y 32/2011).

Este planteamiento « **fragmentador** » de la cuenca hidrográfica como unidad de gestión ha sido rechazado por la STC 227/1988 (FJ 15), doctrina posteriormente reiterada por la 161/1996, la 118/1998, y de manera especialmente contundente, por la 30 y la 32/2011, continuada hasta la actualidad por las 149/2012, 195/2012, 13/2015 y 116/2017, entre otras. La expresión «aguas que discurren» es un **concepto constitucional** cuyo significado debe desentrañarse atendiendo a «criterios lógicos, técnicos y de experiencia» (STC 227/1988, FJ 15). En efecto, el Tribunal ha señalado que «cuando la Constitución utiliza la expresión «aguas que discurren», no toma en consideración necesariamente las corrientes o cursos aislados, ni menos aún obliga a **compartimentar** las competencias sobre los diferentes tramos de un mismo curso fluvial. Antes bien, es lícito y razonable entender, como así lo hace la Ley impugnada, que, para delimitar las competencias exclusivas del Estado, la **norma constitucional** permite referirse al **conjunto integrado de las aguas de cada cuenca** que, a través de corrientes principales y subalternas, traspasan los confines del territorio de una Comunidad Autónoma», pues la utilización de los caudales que se realice en cualquier parte de la cuenca afecta a toda ella (STC 227/1988, FJ 15). Y añade, «el

criterio de la cuenca hidrográfica, como unidad de gestión permite una **administración equilibrada** de los recursos hidráulicos que la integran, en atención al conjunto de intereses afectados que, cuando la cuenca se extiende al territorio de más de una Comunidad Autónoma, son manifiestamente supracomunitarios... es claro también que las aguas de una misma cuenca forman un **conjunto integrado** que debe ser gestionado de forma **homogénea** » (STC 227/1988, FJ 15).

Así lo ratificó la STC 161/1996, al declarar no ajustadas a la Constitución determinadas atribuciones de la Administración Hidráulica de Cataluña sobre aprovechamientos en cuencas intercomunitarias, por desconocer las que corresponden a los organismos encargados de gestionar las cuencas de competencia estatal. Especialmente contundentes son las SSTC 30 y 32/2011. Pese a la singularidad que concurre en las cuencas hidrográficas del Guadalquivir y del Duero (más del 90 por ciento de su superficie se encuentra en Andalucía o en Castilla y León), los preceptos que atribuyen su gestión a las respectivas CC. AA. son inconstitucionales y nulos por razones materiales y formales. Materialmente, pues «no le es dado al legislador estatal concretar las competencias del Estado en esta materia mediante una **fragmentación** de la gestión de las aguas intercomunitarias de cada curso fluvial y sus afluentes» (FJ 6, en ambas). Y formalmente, porque «la concreción del criterio territorial contenido en el art. 149.1.22.^a CE —que nunca podría comportar un entendimiento fragmentador del concepto de cuenca hidrográfica con esta u otra denominación que pueda utilizarse— solo podría venir de un solo y único legislador, que será siempre el legislador estatal de aguas» (FF. JJ. 9 y 8, respectivamente). Esto es, el Estatuto no es el tipo de norma adecuado para concretar las competencias reservadas al Estado por el art. 149.1.22.^a CE.

La Constitución consagra, en consecuencia, el principio de unidad de gestión e indivisibilidad de las cuencas hidrográficas. Adviértase

la evolución experimentada por la doctrina constitucional, explicable por los condicionantes del concreto proceso constitucional en cada caso planteado y por las limitaciones de su función (legislador negativo), que culmina con el «hallazgo» («descubrimiento» o «desvelamiento») de la normatividad ínsita en el art. 149.1.22.^a CE y sus exigencias, aunque implícitamente contenida en la STC 227/1988, FJ 15. De la dimensión meramente negativa (el concepto de cuenca hidrográfica utilizado por la Ley de Aguas no es inconstitucional, STC 227/1988, FF. JJ. 13, 15 y 18) hasta su «constitucionalización» como «criterio territorial ínsito en el art. 149.1.22.^a CE» (STC 32/2011, FJ 6) y su doble exigencia material, positiva (unidad de gestión de la cuenca) y negativa (no fragmentación). Y es que el principio de unidad de cuenca, aun cuando el legislador ordinario lo incluya entre los principios rectores de la gestión del agua (art. 14 TRLAg), tiene «la **relevancia constitucional** que afirmamos en las SSTC 30/2011 y 32/2011, pues como es evidente dicha relevancia emana **directamente** de la propia Constitución» [SSTC 195/2012, FJ 3, y 116/2017, FJ 3.e)]. El parámetro tenido en cuenta por el TC para declarar inconstitucionales y nulos sendos preceptos de los Estatutos de Andalucía y Castilla y León no es la Ley de Aguas, sino la Constitución. Que esta no recoja el *nomen iuris* de cuenca hidrográfica no significa que la Constitución o los Estatutos de Autonomía lo excluyan, lo que no se desprende, antes al contrario, de los antecedentes parlamentarios (STC 227/1988, FJ 15) y singularmente de los republicanos, de los que procede la expresión «aguas que discurren». Que no se recogiera, en 1931 y ahora en 1978, puede tener una explicación verosímil: España carece, salvo excepciones, de cuencas íntegras, dado que algunos de nuestros más importantes ríos desembocan en Portugal. Solo contamos con la «parte española» de la cuenca o demarcación hidrográfica.

La gestión unitaria de las cuencas hidrográficas supracomunitarias por el Estado es, pues, una exigencia constitucional establecida por

el art. 149.1.22.^a CE. El legislador estatal de agua solo ha añadido el *nomen iuris* al criterio de la supraterritorialidad hidrológica ínsito en dicho precepto. Si no emanase directamente de la CE, si no fuese una exigencia constitucional directa, si no fuera —señala G. VALENCIA— el criterio de cuenca el único constitucionalmente viable (pues todos los demás conducen a la fragmentación de la administración unitaria y homogénea de la cuenca), carecería de justificación que el Tribunal prohíba al legislador estatal de aguas, al concretar las competencias del Estado en esta materia, fragmentar su gestión según los confines geográficos de cada Comunidad Autónoma. Esa normatividad que «emana directamente de la propia Constitución» justifica que solo el legislador estatal de aguas (con exclusión de los Estatutos o mediante el procedimiento del art. 150.2 CE; STC 32/2011, FJ 9) pueda concretar las «**diversas modalidades técnicas**» de esa administración unitaria de un recurso natural de tanta trascendencia para diversos sectores y subsectores materiales como es el agua, «de acuerdo con la concurrencia de competencias distintas de las diferentes Administraciones implicadas» (SSTC 30/2011, FJ 11, y 32/2011, FJ 9). Concreción que, de nuevo, tiene como límite la no fragmentación de la administración de las aguas, pues «no resultaría constitucionalmente admisible que el legislador estatal, único competente en la materia, abordara una reforma que comportara una **fragmentación** de la gestión de las aguas intercomunitarias en sentido incompatible con el principio de unidad de cuenca» [STC 116/2017, FJ 4.b)].

La doctrina del Tribunal Constitucional es, en este punto, absolutamente clara y rotunda. No la oscurecen ciertas afirmaciones de su jurisprudencia inicial («del conjunto de las normas del bloque de constitucionalidad en materia de aguas puede extraerse más de una interpretación», STC 227/1988, FJ 13) que se arrastra en la reciente (caso de la paradójica y contradictoria mención «aunque el criterio de la cuenca hidrográfica no sea el único constitucionalmente viable en el marco del

art. 149.1.22 CE», SSTC 30/2011, FJ 6 y 32/2011, FJ 6, que —como he sostenido— no se corresponde, ni en su literalidad ni en su espíritu, con afirmación alguna de las contenidas en los FF. JJ. 13, 15 y 18, de la STC 227/1988), pero que en nada la alteran.

El concepto de cuenca hidrográfica constituye, pues, el elemento basilar y esencial del deslinde de competencias entre el Estado y las CC. AA. en materia de aguas, según el art. 149.1.22.^a CE, presupuesto territorial de la respectiva Administración hidráulica. A partir de dicho criterio territorial se distingue entre **cuencas hidrográficas intercomunitarias**, de competencia plena (potestades normativas y ejecutivas) del **Estado**, y por él de las Confederaciones Hidrográficas, sin perjuicio de los aprovechamientos de interés de las CC. AA. (en los términos limitados que hemos señalado en el art. 148.1.10.^a CE); de las aguas minerales y termales, así como de aquellas competencias sectoriales regionales cuyo legítimo ejercicio en ningún caso puede interferir o perturbar las competencias sobre aguas del Estado (STC 161/1996, FJ 5), en los términos que más adelante precisaré. Y **cuencas hidrográficas internas**, susceptibles de ser gestionadas por las **CC. AA.**, que incluye las facultades legislativas y ejecutivas correspondientes (organizar su Administración hidráulica; delimitar el ámbito territorial y el procedimiento de elaboración de sus planes hidrológicos; la administración y control de las aguas de las cuencas internas), sin perjuicio de la titularidad del dominio público hidráulico que, en todo caso, corresponde al Estado, incluida la protección de su integridad (*ex* art. 149.1.8.^a CE) y del respeto de la legislación básica estatal dictada al amparo del art. 149.1.13.^a, 18.^a, 22.^a, 23.^a y 25.^a CE (principios básicos de la configuración de la Administración hidráulica regional, incluidas las reglas básicas aplicables a la constitución y potestades de las Comunidades de usuarios; reglas básicas del sistema concesional; establecimiento de los aspectos esenciales de la planificación hidrológica, cuyas determinaciones deben ser respetadas por las CC. AA.,

incluida la aprobación final que corresponde al Gobierno de la nación, que tiene naturaleza coordinadora; protección medioambiental del dominio público hidráulico; infraestructuras básicas y reservas de terrenos necesarios; obras hidráulicas de interés general; bases del régimen minero y energético), así como de las funciones atribuidas a las Cortes Generales (aprobación del Plan Hidrológico Nacional y, en particular, las transferencias de recurso entre ámbitos distintos de planificación, SSTC 13/2015 y 155/2017), como ha reconocido la STC 227/1988, FF. JJ. 18 al 29.

La falta de traspaso de los servicios correspondientes a algunas cuencas internas (caso de las de la Comunidad Valenciana, que no parece interesada en asumirlas) prolonga la situación de provisionalidad de su integración en las intercomunitarias y ha suscitado la posibilidad del reconocimiento de las llamadas demarcaciones hidrográficas **mixtas** (integradas por cuencas intercomunitarias e intracomunitarias). Esta cuestión es el objeto de la STC 149/2012, FJ 7, donde se da cuenta del concepto de demarcación hidrográfica, reconocido por la Directiva Marco del Agua, distinto del de cuenca hidrográfica, pero que no modifica el criterio de reparto de competencias.

En el plano de la **Administración del agua**, en cuanto trasunto orgánico de la referida distribución de competencias, es necesario resaltar la singular configuración de las **Confederaciones Hidrográficas**, organismos de cuenca estatales, pero en cuyos órganos de gobierno, gestión, planificación y coordinación se integran, junto a la Administración General del Estado, representantes de las CC. AA., de las entidades locales, de los usuarios y de los intereses ambientales y sociales. Las Confederaciones son un **espacio de encuentro institucional** de los interesados en la gestión del agua. El «desapoderamiento» de las CC. AA. que pertenecen a cuencas intercomunitarias se «compensa» mediante su integración en la Junta de Gobierno, en el Consejo del Agua y en el Comité de Autorida-

des Competentes y mediante la cooperación funcional prevista en el art. 25 TRLAg.

Por esa circunstancia —ha dicho la STC 161/96— «el **modo más directo** que tiene la Comunidad Autónoma para incidir en los intereses afectados por la administración de las aguas en las cuencas que [...] se extienden más allá de su territorio, es mediante su **participación en los órganos de gobierno** de las correspondientes Confederaciones Hidrográficas, en los términos previstos por la legislación estatal [...] respetando siempre el marco constitucional que incluye como principio esencial el principio de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas [...] Las actuaciones que pueda llegar a cabo directamente cada una de las Administraciones Autonómicas sobre las aguas de las cuencas hidrográficas que discurren por varias Comunidades Autónomas no son más que **complemento** de las que desarrollan participando en la dirección y gestión de la propia Confederación Hidrográfica y solo son factibles en la medida en que **no interfiera** la actuación de esta **ni la perturbe**» (FJ 5). Adviértase que este «modelo confederal participativo» es de configuración legal y no opera como canon de constitucionalidad (STC 195/2012, FJ 3). Otras sentencias posteriores, poco matizadas, excluyen que esta participación de las CC. AA. se sustancie en la «integración de órganos decisorios por cuanto tiene de perturbador», limitada, pues, a «órganos de consulta y asesoramiento» (SSTC 31/2010, FJ 111 y fallo, y 110/2011, FJ 7).

Zanjada la cuestión de la constitucionalidad del principio de unidad de gestión de cada cuenca hidrográfica como criterio de delimitación territorial utilizado por la Ley de Aguas de 1985, en cuanto principio de relevancia constitucional que emana directamente del art. 149.1.22.^a CE (SSTC 227/1988, 161/1996, 118/1998, 30 y 32/2011, 149 y 195/2012, 13/2015, 116/2017) el agua, además de un bien de dominio público de titularidad estatal (lo que no es obstáculo a que su gestión pueda

corresponder a las CC. AA. respecto de sus cuencas internas) constituye el soporte físico sobre el que se proyecta una diversidad de actividades, objeto según la Constitución y los Estatutos de distintos **títulos competenciales sectoriales** (agricultura, pesca fluvial, espacios naturales, medio ambiente, ordenación del territorio y urbanismo, sanidad), pues el criterio territorial no es el único a tener en consideración para delimitar el alcance de las competencias de Estado y CC. AA. en un caso concreto (STC 227/1988, FF. JJ. 15 y 18). La articulación de esta **concurrentencia competencial** —que no, competencias concurrentes— sobre un mismo espacio físico y con objetos jurídicos distintos, en el caso de las cuencas intercomunitarias, ha resultado conflictiva. El TC ha establecido, a propósito de la competencia sobre pesca fluvial, caudales ambientales o espacios naturales, sólidos principios —con sus excepciones— para el encaje de las competencias de Estado y CC. AA., en línea con los principios de cooperación y coordinación establecidos en la STC 227/1988, continuada por las 161/1996, 15/1998, 110/1998, 166/2000, 123/2003, 31/2010, 138/2010, 195, 237 y 240/2012, 154 y 182/2013, 13/1015 y 155/2017).

El Tribunal ha establecido el **principio de compatibilidad o de legitimidad de las competencias sectoriales** de las CC. AA. que inciden en la gestión del agua. La compatibilidad no puede resolverse en términos de exclusión, sino de acomodación o integración de las respectivas competencias. Si no fuera el caso, y agotados los mecanismos de cooperación, la colisión de competencias ha de resolverse a favor del interés prevalente que, en principio y salvo excepciones, será el de la Administración General del Estado. Una de estas excepciones es la prevalencia de la planificación de espacios naturales sobre la planificación hidrológica, salvo «razones imperiosas de interés público de primer orden» que ha dado lugar a las discutibles SSTC 154 y 182/2014. El **principio de cooperación orgánica y funcional** imprescindible en los supuestos de concurrentencia de competencias

sobre un mismo espacio físico para optimizar su ejercicio, a través de las actuaciones conjuntas y coordinadas que resulten más adecuadas: mutuo intercambio de información; fórmulas procedimentales de integración, como los informes previos, incluso vinculantes; instrumentos de integración de políticas sectoriales, como son los planes hidrológicos, en especial en el momento de su elaboración [STC 227/1988, FJ 20.b), d) y e)]; creación de órganos de composición mixta, etc. El **principio de complementariedad de las competencias**, de acuerdo con el cual las actuaciones de las CC. AA. en el ejercicio de competencias sectoriales que inciden en la gestión del agua no son más que complemento de las que desarrollan participando en los órganos de gobierno y planificación de las Confederaciones Hidrográficas. El **principio de no interferencia o perturbación** de las competencias de las Confederaciones Hidrográficas.

En aplicación de estos principios, el Tribunal ha examinado la conformidad de técnicas concretas de articulación de competencias concurrentes en materia de aguas como es el caso de la sujeción del ejercicio de competencias sectoriales de las CC. AA. a **informe previo**, incluso vinculante, de la Administración General del Estado (STC 40/1998, FJ 38), aunque con excepciones (SSTC 227/1988, FJ 33, y 118/1998, FJ 23, ambas contradictorias con otros pronunciamientos). Particular relevancia ha tenido la previsión de algunos Estatutos de un informe preceptivo regional a la autorización de trasvases intercuenas (SSTC 247/2007, FJ 22; 31/2010, FJ 65; 138/2010, FJ 3, y 110/2011, FJ 14) o los efectos de la falta del mismo (SSTC 15/2015 y 155/2017). Sin embargo, las CC. AA. no pueden sujetar el ejercicio de competencias estatales a **informe vinculante** (o favorable) de los órganos regionales, salvo que esa intervención esté prevista en una norma básica estatal (SSTC 40/1998, FJ 34; 110/1998, FJ 7; 154 y 182/2014). Tampoco pueden las CC. AA. sujetar el ejercicio de las competencias del Estado a **autorización** de los órganos regio-

nales, si esta interfiere o perturba aquellas competencias (SSTC 15/1998, FJ 8; 110/1998, FJ 6; 166/00, FF. JJ. 6, 7 y 9), circunstancia que no concurre si son «complementarias» (SSTC 15/1998, FJ 10; 166/2000, FJ 8). No pueden, tampoco, las CC. AA. establecer caudales circulantes mínimos (SSTC 110/1998, FJ 3; 123/2003, FJ 3); exigir una autorización regional para agotar o disminuir el volumen de agua embalsada o circulante que pueda dañar a la pesca (SSTC 15/1998, FJ 8; 110/1998, FJ 6; 166/2000, FF. JJ. 6 a 9); la prohibición general de vertidos a las aguas (STC 15/1988, FJ 9) o de instalar centrales hidroeléctricas u otras actividades en determinados tramos de ríos (STC 166/1998, FJ 1), salvo que se trate de instrumentos de protección de espacios naturales, con la salvaguarda de «razones imperiosas de interés público de primer orden» (SSTC 154 y 182/2014). Pueden, en cambio, prohibir la navegación en zonas de pesca, siempre que dichas zonas hayan sido fijadas mediante instrumentos de colaboración adecuados con los organismos de cuenca a los que corresponde autorizar la navegación (STC 15/1998, FJ 12).

Una última consideración sobre el régimen de los **aprovechamientos hidroeléctricos**. Adviértase que el art. 149.1.22.ª CE se refiere a la «**autorización de las instalaciones eléctricas** cuando su aprovechamiento afecte a otra Comunidad o el transporte de energía salga de su ámbito territorial», que reproduce el tenor del art. 14.14.º de la Constitución de 1931. Si en aquel momento histórico tenía pleno sentido la previsión (pues prácticamente toda la energía eléctrica era de origen hidráulico), en 1978 resulta equívoca y poco precisa. El funcionamiento de las instalaciones hidroeléctricas requiere una doble autorización o título administrativo: uno demanial, competencia de la Administración hidráulica correspondiente (concesión de los caudales a turbinar) y una autorización industrial que, en función de la potencia instalada, es competencia de la Comunidad Autónoma o del Ministerio competente. Esta última ha dado lugar a alguna controversia,

como la resuelta por la STC 74/1992, que atribuye la competencia sobre la autorización y aprobación del proyecto de ampliación de la central hidroeléctrica de El Pueyo (Huesca) a Aragón.

En las páginas anteriores ha quedado expuesta, de manera necesariamente sintética, la doctrina constitucional sobre el deslinde de competencias en materia de aguas. Su adecuada exposición exigiría muchos más detalles y precisiones. He destacado la labor hermenéutica «constructiva» del Tribunal Constitucional para ordenar el complejo y contradictorio «bloque de la constitucionalidad» y la labor de desarrollo llevada a cabo por el legislador estatal y los legisladores regionales. El sistema ha evolucionado a partir de aquellas premisas, evidenciando ciertas disfunciones y una insatisfacción sostenida de las CC. AA. por su escasa participación en la gestión del agua. Atrás quedó la fase de transitoriedad aplicable a las CC. AA. del 143 CE, que han reformado sus Estatutos de Autonomía asumiendo —con exceso de voluntarismo— las máximas competencias posibles en el marco del 149.1.22.^a CE, olvidando con frecuencia que la mayoría de ellas no disponen de cuencas internas, por ser todas intercomunitarias. Las reformas de los Estatutos de Autonomía iniciadas en 2006 (Comu-

nidad Valenciana, Cataluña, Andalucía, Aragón, Islas Baleares y Castilla y León) han incrementado notablemente el contenido relacionado con el agua hasta extremos que, en algunos casos, han resultado incompatibles con la consolidada doctrina constitucional expuesta (SSTC 30 y 32/2011, Guadalquivir y Duero), al tiempo que han incorporado indebidamente ciertas secuelas de la conflictividad territorial suscitada por la gestión del agua (derecho a las aguas excedentarias de otras cuencas, SSTC 247 y 249/2007; reserva de caudales para uso exclusivo de los aragoneses, SSTC 110/2011 y 111/2017; informes previos regionales a los trasvases, SSTC 31/2010, 138/2010, 110/2011, 15/2015 y 155/2017). Todos estos Estatutos reformados, salvo el de Islas Baleares, han sido recurridos ante el Tribunal Constitucional, entre otros motivos, por la regulación del agua (Comunidad Valenciana, SSTC 247 y 249/2007; Cataluña, SSTC 31/2010, 48/2010, 49/2010, 137/2010, 138/2010; Andalucía, STC 30/2010; Castilla y León, STC 32/2011; Aragón, STC 110/2011). Salvo las anulaciones señaladas, en todos los demás casos han abundado las interpretaciones conformes de los preceptos impugnados o su conformidad a la CE, con algún sorprendente cambio jurisprudencial (autorizaciones de vertidos) o y policía del dominio público.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, M., «El nuevo enfoque estatutario sobre la distribución de competencias en materia de aguas», *RAP*, núm. 173, 2007, págs. 317-353.

EMBED IRUJO, A., «Las competencias sobre las aguas continentales. Planteamiento normativo y realidad jurídica», en EMBED IRUJO, A. (Dir.), *Legislación del agua en las Comunidades Autónomas*, Tecnos, Madrid, 1993, págs. 17 y ss.

- «Competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas», en *Diccionario de Derecho de Aguas*, Iustel, Madrid, 2007.
- «Los nuevos Estatutos de Autonomía y el reparto de competencias sobre el agua y las obras hidráulicas entre el Estado y las Comunidades Autónomas», en *Agua y Territorio (Consideración especial Estatutos Autonomía)*, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2007, págs. 13-80.

FANLO LORAS, A., *La unidad de gestión de las cuencas hidrográficas*, FIEA, Murcia, 2007.

- «Competencias en materia de aguas de las Comunidades Autónomas que pertenecen a cuencas intercomunitarias (el caso de Aragón, La Rioja, Cantabria y Navarra)», REALA, núm. 255-256, 1992, págs. 549 y ss.
- «Las competencias del Estado y el principio de unidad de gestión de cuenca a través de las Confederaciones Hidrográficas», RAP, núm. 183, 2010, págs. 309-334.
- «La unidad de cuenca en la jurisprudencia constitucional», Anuario Jurídico de La Rioja, núm. 14, 2009, págs. 11-79, edición electrónica publicada en diciembre de 2011.
- «Coordinación y prevalencia de la planificación hidrológica en materia de espacios naturales protegidos», REDA, núm. 182, 2017, págs. 59-80.

GALLEGO ANABITARTE, A., MENÉNDEZ REXACH, A. y DÍAZ LEMA, J. M., *El Derecho de Aguas en España*, MOPU, Madrid, 1986.

GARRORENA MORALES, A., «El Derecho de aguas ante la reforma de la Constitución y los Estatutos de Autonomía», *Teoría y realidad constitucional*, núm. 18, 2006, págs. 77-104.

GONZÁLEZ PASCUAL, M. I., «Las competencias estatutarias sobre aguas: las cuencas hidrográficas como criterio competencial (comentario a las Sentencias 32/2011 y 30/2011 del Tribunal Constitucional)», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 20, 2011.

LÓPEZ MENUDO, F., «Agua y territorio», en *Informe de Comunidades Autónomas 2007*, IDP, Barcelona, 2008, págs. 46-82.

MARTÍN RETORTILLO, S., «Competencias constitucionales y autonómicas en materia de aguas», *RAP*, núm. 128, 1992, págs. 23 y ss.

- Derecho de Aguas, Civitas, Madrid, 1997.

SASTRE BECEIRO, M., «Nuevas propuestas estatutarias españolas en materia de aguas. Análisis crítico», *Working Paper*, núm. 38, Madrid, junio 2007.

VALENCIA MARTÍN, G., *Jurisprudencia constitucional y medio ambiente*, Cap. XI Aguas, Thomson Reuters-Aranzadi, 2017, págs. 347-411.

ENERGÍA

Ver el número 25 del art. 149.1.

ARTÍCULO 149.1.23.^a

23.^a Legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección. La legislación básica sobre montes, aprovechamientos forestales y vías pecuarias.

Sumario: I. Medio ambiente. 1. La finalidad tuitiva. 2. La transversalidad. 3. La densidad normativa. II. Montes y vías pecuarias.

ARMANDO SALVADOR SANCHO
ALICIA CAMACHO GARCÍA

LETRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. MEDIO AMBIENTE

El derecho-deber configurado como principio rector en el art. 45 CE constituye el pórtico que define las finalidades, derechos y obligaciones en esta materia, siendo parámetro interpretativo de la jurisprudencia constitucional en ámbitos que trascienden a la propia distribución de competencias en materia de medio ambiente. Destaca en este punto su impacto en materia de aguas (SSTC 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 15; 30/2011, de 16 de marzo, FJ 6; 32/2011, de 17 de marzo, FJ 6; 116/2017, de 19 de octubre, FJ 2), y costas [SSTC 149/1991, de 4 de julio, FJ 1. C) y D), y 233/2015, de 5 de noviembre, FJ 2]. También es, lógicamente, referencia constante en la jurisprudencia constitucional relativa al art. 149.1.23 CE (entre otras, SSTC 64/1982, de 2 de noviembre, FJ 4; 102/1995, de 26 de junio, FJ 4; 69/2013, de 14 de marzo, FJ 2; y 45/2015, de 5 de marzo, FJ 5).

Los rasgos característicos de la legislación básica sobre protección del medio ambiente, primeramente sistematizados en la STC 101/2005, de 20 de abril, FJ 5.c), apare-

cen condensados en la STC 141/2014, de septiembre, FJ 5. E): «La característica de esta competencia estatal reside en que su carácter transversal y polifacético determina precisamente la afectación «a los más variados sectores del ordenamiento (STC 64/1982) y provoca una correlativa complejidad en el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas» (STC 102/1995, de 26 de junio, FJ 3). Sin embargo, la transversalidad de este título «no puede justificar su *vis expansiva*, ya que en esta materia no se encuadra cualquier tipo de actividad relativa a esos recursos naturales, sino solo la que directamente tienda a su preservación, conservación o mejora» (STC 102/1995, FJ 3). Por ello, en la delimitación competencial de este título con otros colindantes o conexos, hay que atender fundamentalmente a un criterio teleológico, de tal forma que solo las normas estatales cuyo objetivo directo e inmediato sea la protección del medio ambiente pueden afectar legítimamente a las competencias autonómicas conexas. En definitiva, «la afectación transversal del título competencial del Estado, que se ciñe al ámbito de lo básico (art. 149.1.23 CE), será conforme con el orden

constitucional de competencias, en su condicionamiento de las competencias sectoriales de las Comunidades Autónomas, cuando dicha afectación se traduzca en la imposición de límites a las actividades sectoriales en razón a la apreciable repercusión negativa que el ejercicio ordinario de la actividad sectorial de que se trate pueda tener» (STC 69/2013, FJ 1). Y «por el contrario ... resultará vulneradora del orden competencial cuando la normativa estatal comporte, más que el establecimiento de limitaciones específicas o puntuales de las actividades sectoriales, una regulación de mayor alcance, incluso aunque dicha regulación presente una finalidad de protección ambiental... no puede ignorarse, y debe ser reiterado una vez más, que para que la afectación transversal de las competencias sectoriales implicadas favorezca el ejercicio de todas ellas son convenientes mecanismos de cooperación y coordinación de las Administraciones competentes (STC 194/2004, FF. JJ. 8 y 9)» (STC 69/2013, FJ 1)».

El Tribunal combina así tres perfiles: finalidad tuitiva, transversalidad y densidad normativa, que merecen una consideración separada, aunque en la jurisprudencia presentan constantes interacciones.

1. La finalidad tuitiva

El criterio decisivo para calificar como básica una norma de protección del medio ambiente no es lo genérico o lo detallado, lo abstracto o lo concreto de cada norma, sino, precisamente, la finalidad tuitiva [SSTC 102/1995, FF. JJ. 3 y 9; 69/2013, FJ 6.b); y 5/2016, de 21 de enero, FJ 4]. Aparece en la propia denominación de la competencia estatal, y es el hilo conductor de todo el ordenamiento medioambiental: este «no es neutro, no se entiende si se olvida que nace con esta impronta, con el sello de identidad de esta finalidad tuitiva, para hacer frente a los fenómenos de degradación y a las amenazas de todo género que pueden comprometer la supervivencia del patrimonio natural, de las especies y, en último

término, afectar negativamente a la propia calidad de vida en los hábitats humanos, dada la interdependencia entre unos y otros» (STC 233/2015, de 5 de noviembre, FJ 2). A partir de las consideraciones ahí vertidas sobre el alcance de **la idea de no regresión en el ordenamiento constitucional**, la STC 132/2017, de 14 de noviembre, refleja sus consecuencias para el legislador medioambiental, tanto estatal como autonómico: «la Constitución no somete a un escrutinio específico cualquier retroceso en el nivel de protección ambiental, sino solo supuestos cualificados. En la mencionada Sentencia señalamos que «el deber de conservación que incumbe a los poderes públicos tiene una dimensión, la de no propiciar la destrucción o degradación del medio ambiente, que no consentiría la adopción de medidas, carentes de justificación objetiva, de tal calibre que supusieran un patente retroceso en el grado de protección que se ha alcanzado tras décadas de intervención tuitiva». Al mismo tiempo recordamos que las normas no son intangibles y que «la apreciación del potencial impacto negativo de su modificación sobre la conservación del medio ambiente requiere una cuidadosa ponderación, en la que, como uno más entre otros factores, habrá de tomarse en consideración la regulación preexistente» (...) No hay, en principio, impedimento alguno para proyectar la anterior idea de no regresión también sobre la acción del legislador autonómico, si bien debe tenerse en cuenta que se trata de un legislador que opera en el espacio previamente delimitado por el legislador básico estatal, de forma que sus opciones legislativas suelen estar ampliamente encuadradas y enmarcadas por el contenido de las bases estatales dictadas al amparo tanto de competencias sectoriales como transversales (STC 101/2005, de 20 de abril, FJ 5). En consecuencia, la capacidad del legislador autonómico para propiciar una patente degradación del medio ambiente en su territorio, sin vulnerar al mismo tiempo las bases estatales, es, tendencialmente, limitada, sin que pueda descartarse de antemano un eventual resultado de esa naturaleza» [FJ 4.b)].

2. La transversalidad

Esta competencia estatal se proyecta potencialmente sobre cualquier actividad sectorial que pueda tener repercusión negativa sobre los recursos naturales: vale decir, sobre prácticamente todas las actividades con incidencia en el espacio físico. El carácter transversal determina la afectación a los más variados sectores del ordenamiento, incluso a los caracterizados como competencia exclusiva autonómica, como la ordenación del territorio y el urbanismo [STC 141/2014, FJ 8. A)], el transporte urbano (STC 174/2013, de 10 de octubre), o los puertos que no son de interés general (STC 34/2014, de 27 de febrero).

Ahora bien, la transversalidad de este título competencial no atrae todas las regulaciones con una vertiente medioambiental: esta es un factor a considerar en las demás políticas públicas sectoriales con incidencia sobre los diversos recursos naturales, entre ellas la de montes y aprovechamientos forestales, recogida en la misma regla competencial del art. 149.1 (STC 49/2013, de 28 de febrero, FJ 5). La vertiente medioambiental no puede suponer la disminución o incluso la anulación de la vigencia y eficacia de otros títulos competenciales: «ello produciría, al socaire de la protección del medio ambiente ínsita en el conjunto de las políticas públicas, la merma en el ejercicio de otras competencias atribuidas al Estado y a las Comunidades Autónomas en virtud de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía. Como en otros casos en los que la titularidad competencial se establece por referencia a una «política», y no por sectores concretos del ordenamiento o de la actividad pública, tal competencia no puede ser entendida en términos tales que la sola incardinación del fin perseguido por la norma (o por el acto concreto) en tal política permita desconocer la competencia que a otras instancias corresponde si la misma norma o acto son contemplados desde otras perspectivas» (STC 165/2016, de 6 de octubre, FJ 7).

Buena muestra de la complejidad inherente a esta concepción es el tratamiento competencial de la **evaluación de impacto ambiental**. Recogiendo la doctrina anterior, la STC 53/2017, de 11 de mayo, resume su singularidad: si bien las disposiciones articuladoras de la evaluación ambiental se encuadran en la materia de medio ambiente, en la que el Estado tiene competencia para regular con carácter básico este instrumento, la evaluación de impacto ambiental propiamente dicha no puede caracterizarse como ejecución o gestión en materia de medio ambiente. Todas las Administraciones públicas deben valorar el impacto ambiental cuando ejercen sus competencias sobre cualquiera de las obras, instalaciones u otras actividades sometidas a reglas específicas de reparto de competencias, que por su naturaleza y finalidad atraen a la de medio ambiente. Por ello es conforme con el orden constitucional de competencias confiar la evaluación del impacto ambiental a la propia Administración que realiza o autoriza el proyecto de una obra, instalación o actividad que se encuentra sujeta a su competencia (STC 13/1998, de 22 de enero, FJ 8).

La jurisprudencia constitucional ha hecho hincapié en que, en la competencia de protección ambiental en sentido estricto, han de encuadrarse exclusivamente las medidas tuitivas, encaminadas directamente a la preservación, conservación o mejora de los recursos naturales, como soportes físicos de una pluralidad de actuaciones públicas y privadas que el bloque de la constitucionalidad ha deslindado en diferentes títulos competenciales (STC 306/2000, de 12 de diciembre, FJ 6). La incidencia del art. 149.1.23 CE es por ello particularmente intensa en las competencias autonómicas más directamente relacionadas con los recursos naturales.

La competencia del Estado en materia de medio ambiente se extiende y proyecta sobre los **espacios naturales protegidos**, materia asumida por las Comunidades Autónomas en sus Estatutos de Autonomía. La STC 102/1995 ha establecido importantes principios acerca

de la delimitación de las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas sobre estos espacios naturales: (i) la ley básica estatal puede establecer el principio general de protección de cualquier ámbito territorial del territorio nacional, así como de las aguas continentales y los espacios marítimos sometidos a su jurisdicción, incluida la zona económica exclusiva y la plataforma continental (FJ 16); (ii) puede, asimismo, contener una tipología general de categorías de protección de los espacios naturales, en razón a sus características específicas, y asignar a cada categoría un marco jurídico general de protección (FJ 17); (iii) la declaración y gestión de los espacios naturales (con la singularidad de los Parques Nacionales) corresponde a las Comunidades Autónomas (FJ 18); (iv) la declaración y gestión de los espacios naturales situados en el territorio de dos o más Comunidades Autónomas corresponde a estas y no al Estado (FJ 19); (v) es, asimismo, inconstitucional que el Estado se reserve la declaración y gestión de espacios naturales situados en el dominio público marítimo-terrestre, de titularidad estatal (FJ 20).

La STC 101/2005 permite una amplia intervención al Estado para establecer la normativa básica reguladora de la protección ambiental en los **Parques Nacionales**. Sin embargo, a partir de la STC 194/2004, de 4 de noviembre, el Tribunal ha rechazado la fórmula de gestión conjunta ideada como consecuencia de la STC 102/1995. Alcanza esta conclusión una vez valorados en su alcance los títulos o instrumentos que el Estado tiene atribuidos constitucionalmente para intervenir en la gestión de los Parques Nacionales (que solo pueden ser tres: las normas básicas en materia de medio ambiente, la función coordinadora, implícita y complementaria de la anterior, y la función cooperadora con otras Administraciones, presupuesto de funcionamiento del Estado). Como excepción, la STC 99/2013, de 23 de abril, confirma la competencia estatal para la gestión de los parques nacionales declarados sobre aguas marinas bajo soberanía o jurisdicción nacio-

nal, siempre que el ecosistema protegido carezca de continuidad ecológica con la parte terrestre o la zona marítimo-terrestre situadas en la Comunidad Autónoma. En los restantes casos, la competencia de gestión es autonómica.

La conservación de la flora y la fauna silvestres, en su dimensión proteccionista, forma parte también de la competencia estatal del art. 149.1.23 CE y, según la STC 102/1995, se materializa en varias direcciones: estableciendo medidas generales de protección (prohibición de dar muerte o dañar a los animales silvestres y de alterar o destruir la vegetación), catalogando las especies amenazadas para su protección, en un marco que puede incluir especies endémicas de un solo territorio (STC 146/2013, de 11 de julio), y prohibiendo su caza o pesca. Por su detalle y minuciosidad, el Tribunal rechaza que el Estado establezca la relación de especies que pueden ser objeto de caza o pesca continental, debiendo limitarse a la fijación de directrices (FJ 20). El listado estatal de procedimientos prohibidos para la captura de animales mereció inicialmente un juicio adverso, si bien esta decisión fue objeto de *overruling* en la STC 69/2013, FJ 6.b) en la que primó la finalidad tuitiva de la medida frente a su carácter detallado. También se ha considerado adecuada la prohibición estatal de la caza en los Parques Nacionales, salvo moratorias (STC 101/2005, FJ 9).

3. La densidad normativa

La legislación básica no cumple una función de uniformidad relativa, sino más bien de ordenación mediante mínimos (o normas mínimas de protección) que han de respetarse en todo caso, pero que pueden y deben permitir a las Comunidades Autónomas establecer niveles de protección más altos que amplíen la tutela prevista en la legislación estatal (SSTC 196/1996, de 28 de noviembre, FJ 2, 166/2002, de 18 de septiembre, FJ 9, 69/2013, FJ 1, y 141/2014, de 11 de septiembre, FJ 5).

Este criterio no ha estado exento de matizaciones. Si la STC 149/1991 (FJ 1) concibió la competencia estatal con mayor amplitud normativa que en otras materias, la STC 102/1995 (FJ 8) parece corregir esta idea: «el deber estatal de dejar un margen al desarrollo de la legislación básica por la normativa autonómica, aun siendo menor que en otros ámbitos, no puede llegar, frente a lo afirmado en la STC 149/1991 [FJ 1. D, *in fine*], de la cual hemos de apartarnos en este punto, a tal grado de detalle que no permita desarrollo legislativo alguno de las Comunidades Autónomas con competencias en materia de medio ambiente, vaciándolas así de contenido (STC 102/1995, FJ 8)» [STC 101/2005, FJ 5.c)]. En pronunciamientos posteriores, atendiendo al vector de la finalidad tuitiva sin perder de vista la necesidad de dejar un margen de intervención autonómico, el Tribunal ha retomado la idea de que el art. 149.1.23 CE determina un ámbito de intervención estatal que puede ser singularmente intensa, en la medida en que la legislación básica, que posee la característica técnica de normas mínimas de protección, venga justificada por la necesidad de dar respuesta adecuada a la situación (STC 69/2013, FJ 2). Junto al cambio de criterio sobre los métodos prohibidos de caza, antes aludido, cabe aludir a la STC 45/2015, de 5 de marzo, FJ 6: el Estado puede regular medidas muy concretas y restrictivas de competencias sectoriales autonómicas a la vista de su fuerte conexión con exigencias europeas e internacionales y su manifiesta finalidad protectora frente a riesgos graves; asimismo, atendiendo a la necesidad de una política global en materia de medio ambiente, también pueden llegar a considerarse básicas reglas que introduzcan dosis mínimas de coherencia y cohesión territorial.

En el campo normativo resultante, la competencia autonómica para elevar los estándares básicos de protección ambiental halla sus límites en la necesidad de armonizar su ejercicio con la explotación de los recursos naturales, y en el respeto a otras competen-

cias estatales. Es el caso, entre otros, de las actividades extractivas (STC 64/1982 y las recientes resoluciones sobre las prohibiciones o limitaciones introducidas por la legislación autonómica sobre el *fracking*: SSTC 106/2014, de 24 de junio, y 8/2018, de enero); de las normas que afectan a la defensa nacional (SSTC 82/2012, de 18 de abril, FJ 4, 154/2014, de 25 de septiembre, 182/2014, de 6 de noviembre, y 192/2014, de 20 de noviembre); a las cuencas intercomunitarias (SSTC 166/200, de 15 de junio); o a las infraestructuras estatales de transporte viario, marítimo y ferroviario (STC 5/2013, de 17 de enero).

II. MONTES Y VÍAS PECUARIAS

La STC 49/2013, de 28 de febrero, admite que la tarea de deslindar las distintas materias implicadas de acuerdo con la finalidad predominante de la norma «contiene, a veces, elevadas proporciones de convención y artificio» (FJ 12), y afirma que la legislación básica en materia de montes integra una vertiente de protección del medio ambiente (FJ 5). El Tribunal ha destacado como notorio el valor ambiental de los montes, tanto como fuente de recursos naturales como por ser proveedores de múltiples servicios ambientales (STC 214/2015, de 22 de octubre, FJ 4).

También repara en las profundas interacciones de la ordenación de los recursos forestales con otros ámbitos, como la ordenación del territorio y el urbanismo: de los cambios de uso de los terrenos incendiados tratan las SSTC 97/2013, de 23 de abril, FJ 4, 162/2014, de 7 de octubre, FJ 4, 132/2017, de 14 de noviembre, FJ 3, y 147/2017, de 14 de diciembre, FJ 3. También la regulación sobre los **incendios forestales** presenta un objeto mixto: atiende tanto a la prevención y superación de una situación de grave riesgo o catástrofe (por lo que entra en juego la materia de protección civil y, por esta vía, la competencia estatal en materia de seguridad pública, art. 149.1.29 CE), como a la protección del monte

cuya misma existencia se pone en riesgo por el incendio.

Como título específicamente prevalente, la legislación básica estatal de montes comprende la regulación del **régimen jurídico de los montes públicos y privados** (STC 49/2013, FJ 5), así como las reglas relativas a la actuación preventiva, disuasoria y represiva

de la **policía y guardería forestal**, sin agotar la regulación de la materia (STC 214/2015, FJ 4).

En materia de **vías pecuarias** no son de reseñar pronunciamientos específicos. Cabe aludir a la STC 118/2017, de 19 de octubre, que trata de los «camino naturales», como red que incluye las vías pecuarias, entre otros itinerarios.

BIBLIOGRAFÍA

LÓPEZ RAMÓN, F., «El medio ambiente en la Constitución Española», *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 222, 2005, págs. 183-197.

LOZANO CUTANDA, B. (Dir.), *Tratado de Derecho ambiental*, Centro de Estudios Financieros, 2014.

PÉREZ MARTOS, J., «Veinte años de jurisprudencia constitucional sobre medio ambiente», *Revista de Estudios de la Administración Local*, núm. 286-287, 2001, págs. 385-431.

POMED SÁNCHEZ, L., «La protección del medio ambiente como función estructural del Estado en el seno de la Unión Europea: entrecruzamientos competenciales», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 98, 1998, págs. 165-190.

RUIZ-RICO RUIZ, G., «La jurisprudencia constitucional española en materia de medio ambiente», en *La protección jurisdiccional del medio ambiente*, Consejo General del Poder Judicial 2001, págs.177-230.

VALENCIA MARTÍN, G., «Jurisprudencia ambiental del Tribunal Constitucional», en LÓPEZ RAMÓN, F. (Dir.), *Observatorio de políticas ambientales: 1978-2006*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2006, págs. 213-270.

VELASCO CABALLERO, F., «Protección del medio ambiente en el constitucionalismo europeo», *CISS. Noticias de la Unión Europea*, núm. 190, 2000, págs. 183-190.

ARTÍCULO 149.1.24.^a

24.^a Obras públicas de interés general o cuya realización afecte a más de una Comunidad Autónoma.

LA COMPETENCIA ESTATAL SOBRE OBRAS PÚBLICAS

Sumario: I. Consideraciones previas. II. Dos títulos competenciales complementarios en materia de obras públicas. III. Tres elementos complementarios de estos títulos competenciales.

JULIO V. GONZÁLEZ GARCÍA

CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

De todas las reglas de distribución de competencias en materia de obras públicas la que configura la base del sistema es precisamente esta del art. 149.1.24.^a, que aúna dos criterios de distribución de competencias con la finalidad de dotar de coherencia al sistema de infraestructuras a partir de las competencias del Estado, tal como tendremos ocasión de ver con posterioridad.

Analizando con cierta perspectiva histórica la regla contenida en el art. 149.1.24.^a CE y, en general, las de distribución de competencias en materia de obras públicas, hay que recordar la discrepancia sobre el carácter sustantivo o accesorio de este título competencial. Frente a la posición de algunos autores, la STC 65/1998, de 18 de marzo, recalcó su carácter sustantivo, en la medida en que «nada obliga a interpretar la competencia sobre «obras públicas» como una competencia puramente instrumental o adjetiva de otras competencias, pues en tal caso resultaría superflua su inclusión en los listados del art. 148.1 y del art. 149.1 CE».

En segundo lugar, hay que recordar que este título competencial afecta a la totalidad de las potestades en relación con la construcción de infraestructuras, tal como reconoció en la misma resolución, al afirmar que «la Constitución no impone una interpretación que relegue el título relativo a las obras públicas a su mera construcción o financiación, y que no permita comprender todos los aspectos a los que se extiende la regulación contenida en la Ley 25/1988, esto es, la «planificación, proyección construcción, conservación, financiación, uso y explotación de las carreteras estatales»». Es una respuesta razonable teniendo en cuenta la interrelación entre todos los elementos que se acaban de indicar.

II. DOS TÍTULOS COMPETENCIALES COMPLEMENTARIOS EN MATERIA DE OBRAS PÚBLICAS

En el art. 149.1.24.^a se contiene la regla fundamental de atribución de competencias al Estado en materia de obras públicas, regla que, como se verá en otros epígrafes de este precepto, se complementa con otras disposicio-

nes específicas sobre ciertas modalidades de obras públicas. De acuerdo con este inciso el art. 149.1, dos son los criterios de atribución de competencias al Estado: uno de naturaleza cualitativa —que se trate de una obra de interés general— y otro de naturaleza cuantitativo-territorial —que se trate de una obra pública que afecte a más de una Comunidad Autónoma—.

El primer criterio, que se trate de obras de interés general, tiene naturaleza cualitativa de la acción, de tal manera que no es el territorio directamente afectado sino el impacto que tiene la obra sobre el Estado lo que cualifica su catalogación como de interés general y, por consiguiente, recaerá en el Estado su realización. Como señaló la STC 65/1998, es un criterio que sirve para proporcionar racionalidad al sistema de distribución de competencias en esta materia, dado que «viene a complementar al puramente territorial, sin excluirlo esencialmente, pero añadiendo al mismo una dimensión cualitativa (...) introduciendo así una mayor racionalidad en el reparto de competencias en la materia». Precisamente por ello, una infraestructura de alcance intraautonómico puede ser de competencia estatal si el impacto que tiene hace que sus efectos resulten especialmente significativos, tal como reconoció la STC 227/1988.

Precisamente por ello, será el Estado el que se encargue de la catalogación de la infraestructura como de interés general, lo cual será siempre susceptible de control por parte del Tribunal Constitucional, tal como se señaló en la STC 40/1998, en relación con los puertos de interés general sostuvo que «puesto que el constituyente no ha precisado qué deba entenderse por «puerto de interés general», sin que pueda darse a la expresión un sentido unívoco, los órganos estatales —y muy singularmente el legislador— disponen de un margen de libertar para determinar en qué supuestos concurren las circunstancias que permiten calificar a un puerto como de interés general. Este Tribunal tiene solo, como se ha dicho, un control externo, en el sentido de

que su intervención se limita a determinar si se han transgredido los márgenes dentro de los cuales los órganos del Estado pueden actuar con libertad». Es, por lo demás, una regla afirmada desde la STC 68/1984, en donde se reconoce un poder discrecional para el Estado a la hora de determinar la presencia de esta modalidad de interés general. Es la plasmación de lo afirmado por NIETO de que con los intereses generales «ha recuperado el Derecho su vieja condición de arte, no de ciencia, de resolver conflictos reales sin caer en la trampa de las generalizaciones brillantes».

La jurisprudencia constitucional ha sido flexible a la hora de la determinación de los requisitos formales para efectuar dicha cualificación: aunque se ha pronunciado afirmando la preferencia por la norma con rango de ley, no ha rechazado un complemento por parte del Reglamento; tal como señalaron las SSTC 68/1984, 7/1985 y 12/1985, en donde adoptaron el criterio de que en función de cada momento temporal en el que se realice esta operación habrá un instrumento normativo más apropiado.

Conviene recordar un dato que resulta muy expresivo de cómo ha jugado esta regla de determinación de competencias: a pesar de lo que pueda parecer, la controversia mayor ha sido siempre para la asunción de las competencias por parte del Estado. En efecto, la doctrina ha señalado que el elemento central de disputa estriba en que el Estado catalogue una determinada infraestructura como de interés general para que asuma su construcción y explotación.

La segunda regla es bastante más sencilla de plasmar en la práctica, ya que supone la introducción de un criterio meramente territorial en cuanto a la incidencia de la obra pública. Esta regla es una consecuencia del ámbito territorial de las competencias autonómicas, que impide que extiendan la competencia fuera de su territorio; por lo que aquellas obras públicas que afecten a más de una Comunidad Autónoma serán siempre de competencia

estatal (así, entre otras, la STC 132/1996, de 22 de julio).

No obstante, desde una perspectiva cualitativa de las obras públicas el criterio del territorio tiene una importancia menor que el de su catalogación como de interés general. En efecto, teniendo en cuenta que buena parte de las infraestructuras están insertas dentro de una red. En todo caso, desde la perspectiva de la distribución de competencias, este título ha desplegado una influencia considerable en relación con los restantes títulos que se refieren a la distribución del poder sobre las obras públicas. Algo que, más allá de las reglas específicas, está en la base de la jurisprudencia constitucional, como ocurrió con la STC 65/1998, de 15 de marzo, donde se afirmó con rotundidad que «el título competencial que, sin duda alguna, específicamente ampara la competencia del Estado para sostener una Red propia de carreteras, la existencia de carreteras estatales, es el previsto en el art. 149.1.24 CE, que reserva al Estado competencia exclusiva sobre las «obras públicas de interés general o cuya realización afecte a más de una Comunidad Autónoma», pues las carreteras son, indudablemente, una de las modalidades de obra pública más características...».

III. TRES ELEMENTOS COMPLEMENTARIOS DE ESTOS TÍTULOS COMPETENCIALES

Conviene señalar tres elementos complementarios que se extienden a la distribución de competencias sobre la totalidad de las obras públicas: por un lado, la potestad que tiene el Estado de hacer prevalecer sus infraestructuras de interés general sobre los instrumentos de planeamiento territorial, siempre y cuando la limitación al ejercicio de las competencias autonómicas sea proporcionada, tal como ha reconocido recientemente la STC 46/2007, de 1 de marzo. Así, se ha afirmado sobre los planes de ordenación territorial en la STC 149/1998, en donde se dijo que «vulnera el or-

den constitucional de competencias, ya que atribuye a la discrecional decisión del Gobierno vasco la introducción o no de rectificaciones en los instrumentos de ordenación territorial derivadas de las decisiones adoptadas por el Estado en el ejercicio de sus competencias». Y sobre los planes urbanísticos, es clásica la cita de la STC 56/1986, de 13 de mayo, en la que sostuvo que «el Estado no puede verse privado del ejercicio de sus competencias exclusivas por la existencia de una competencia, aunque también sea exclusiva, de una Comunidad Autónoma... pues tal ineficacia equivaldría a la negación de la misma competencia que le atribuye la Constitución. Estos criterios son aplicables a las facultades excepcionales reconocidas por el art. 180.2 de la LS. El Estado podrá ejercerlas en cuanto lo haga en uso de una competencia exclusiva a él atribuida y siempre que se den los presupuestos que señala el mismo art. 180.2 de la LS, es decir, la urgencia y excepcional interés público, de forma que solo acudiendo a lo preceptuado en dicho artículo sea posible el ejercicio de las referidas competencia». Y, por último, sustituyendo las licencia de obra por un informe de las autoridades competentes, cuya virtualidad ha sido reconocida en la STC 40/1998, siempre que se refieran a las infraestructuras en sentido estricto y no a bienes anejos a los mismos, como ocurría en este caso con las construcciones en las zonas de servicios de los puertos.

En segundo lugar, la *vis atractiva* que ha tenido esta competencia en materia de obras públicas para recabar ciertas competencias en manos del Estado, tal como lo aceptó la STC 13/1998 —aunque con un jugoso voto particular del Magistrado García Manzano—: «es conforme con el orden constitucional de competencias que la normativa impugnada confíe la evaluación del impacto ambiental a la propia Administración que realiza o autoriza el proyecto de una obra, instalación o actividad que se encuentra sujeta a su competencia, a tenor del bloque de la constitucionalidad. La Administración está ejerciendo sus competencias sectoriales propias cuando asegure

que el organismo o la empresa que promueve la obra u otra actividad proyectada realiza el estudio de impacto ambiental; cuando realiza consultas con otras autoridades, y les pide informes; y cuando finalmente, a la vista del resultado del estudio, de las alegaciones de los particulares y de los puntos de vista de los restantes Departamentos y Administraciones públicas, formula la declaración de impacto ambiental, la cual viene a formar parte de la autorización final del proyecto».

Y, por último, la necesidad de recurrir a mecanismos de cooperación y colaboración interadministrativa. Es una necesidad teniendo en cuenta que en ocasiones son varios los intereses afectados, son diversas las soluciones

para obtener un mismo resultado y son distintos los titulares de las competencias. La participación de una pluralidad de entidades logra, de esta forma, una realización más satisfactoria del bien, en la medida en que se racionaliza el gasto público (por evitar la duplicidad de las obras), se logra una mejor incoordinación de la infraestructura en el conjunto del sistema general y, habitualmente, se anticipa la ejecución de la obra (que solía estar paralizada precisamente por ese conflicto interadministrativo para la determinación del ente competente). Se trataría de un «mecanismo de optimización del ejercicio de ambas competencias», tal como se señaló en la STC 193/1998, de 1 de octubre, en relación con la Ley de puertos deportivos de Andalucía.

ARTÍCULO 149.1.25.^a

25.^a Bases del régimen minero y energético.

Sumario: I. Planteamiento general. II. La jurisprudencia constitucional en materia de bases del régimen energético. 1. La articulación en materia energética entre los títulos competenciales regulados en los arts. 149.1.13 y 149.1.25 CE. 2. Las relaciones entre los títulos competenciales referentes al campo de la energía (art. 149.1.25 CE) y a la investigación científica y técnica (art. 149.1.15 CE). 3. La compaginación de las competencias energéticas (art. 149.1.25 CE) y medioambientales (art. 149.1.23 CE). 4. El legislador estatal no puede incidir, con carácter general, en el sistema de delimitación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, establecido por la Constitución y los Estatutos de Autonomía, sin una expresa previsión constitucional o estatutaria. 5. Las competencias estatales y autonómicas en materia de planificación eléctrica. III. La doctrina constitucional sobre las bases del régimen minero. 1. Las relaciones entre la protección del medio ambiente y la legislación minera estatal. 2. La determinación de las bases estatales en materia minera y el ámbito autonómico de actuación. A) La forma de determinación de la competencia estatal en materia de bases del régimen minero. B) La competencia autonómica para imponer requisitos y cargas para el otorgamiento de las autorizaciones, permisos y concesiones mineras. C) Los límites a la actuación autonómica en el ámbito de las autorizaciones mineras. 3. Los aprovechamientos de aguas derivados de explotaciones mineras.

VICENTE ÁLVAREZ GARCÍA

CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO
UNIVERSIDAD DE EXTREMADURA
EXLETRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

Los títulos constitucionales específicos (estos, prescindiendo del título genérico previsto en el art. 149.1.13 CE, que, como es sabido, atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre las «(B)ases y coordinación de la planificación general de la actividad económica») relativos al reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en las materias de energía y minería son esencialmente dos: el art. 149.1.22 CE (que prevé la competencia estatal en relación con «(L)a legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando

las aguas discurren por más de una Comunidad Autónoma, y la autorización de las instalaciones eléctricas cuando su aprovechamiento afecte a otra Comunidad o el transporte de energía salga de su ámbito territorial»); y el art. 149.1.25 CE (que hace lo propio con respecto a las «(B)ases del régimen minero y energético»).

Las líneas que a continuación siguen tienen como protagonista absoluto el análisis del último título competencial referido, analizando la jurisprudencia constitucional emanada, en primer término, sobre las «bases del régimen energético» y, en segundo término, en rela-

ción con las «bases del régimen minero». En todo caso, debe tenerse en cuenta que, **si, según el art. 149.1.25 CE, el Estado tiene competencia exclusiva para la fijación de las «(B)ases del régimen minero y energético», todas las Comunidades Autónomas tienen en la actualidad competencias de «desarrollo legislativo y de ejecución» en materia de «régimen minero y energético», atribuidas por sus respectivos Estatutos de Autonomía:** 1.º) Art. 11.2.c) EAPV; 2.º) Art. 133 EACataluña; 3.º) Art. 28.3 EAGalicia; 4.º) Art. 49 EAAndalucía; 5.º) Art. 11.6 EAAsturias; 6.º) Art. 25.8 EACantabria; 7.º) Art. 9.2 EARioja; 8.º) Art. 11.4 EAMurcia; 9.º) Art. 50.5 EAVallencia; 10.º) Art. 75.2.ª, 4.ª y 7.ª EA Aragón; 11.º) Art. 32.8 EACastilla-La Mancha; 12.º) Art. 32.9 EACanarias; 13.º) Art. 57.f) LO de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra; 14.º) Arts. 9.1.37 y 10.1.7 EAEExtremadura; 15.º) Art. 31.15 EAIles Balears; 16.º) Art. 27.8 EAMadrid; 17.º) Art. 71.10.º EACastilla y León.

Un análisis de la doctrina generada en torno a la interpretación por el Tribunal Constitucional del **art. 149.1.22 CE en relación con los aprovechamientos hidroeléctricos y con las instalaciones energéticas**, puede verse en los trabajos de **ÁLVAREZ GARCÍA y DUARTE MARTÍNEZ** (1997, 40 a 58), y **ÁLVAREZ GARCÍA** (2010).

II. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE BASES DEL RÉGIMEN ENERGÉTICO

1. La articulación en materia energética entre los títulos competenciales regulados en los arts. 149.1.13 y 149.1.25 CE

El Tribunal Constitucional ha fijado las reglas de articulación en materia energética entre los títulos competenciales constitucionalizados en los arts. 149.1.13 y 149.1.25 de nuestra Carta Magna en su Sentencia 197/1996, de 28

de noviembre, resolutoria de un recurso de inconstitucionalidad formulado por la Comunidad Autónoma de Cataluña en relación con la Ley estatal 34/1992, de 22 de diciembre, de ordenación del sector petrolero. Estas reglas, reiteradas en su esencia con posterioridad en la STC 223/2000, de 21 de septiembre (FJ 5), y en la STC 18/2011, de 3 de marzo (FJ 6), son las siguientes:

a) Es, sin duda, cierto que nuestro más Alto Tribunal ha establecido como criterio general que, en los supuestos de concurrencia de títulos competenciales, debe prevalecer la regla específica sobre la más genérica. Ahora bien, según ha precisado también dicho Alto Tribunal, este criterio no puede tener un carácter absoluto. Partiendo de estas apreciaciones, el Tribunal Constitucional ha remarcado que «no podría afirmarse con carácter general, y menos aun absoluto, que, en un sector tan importante para el desarrollo de la actividad económica en general como el del petróleo —de ahí sin duda la concurrencia de una pluralidad de títulos competenciales—, las competencias específicas, por ejemplo, en materia energética, hayan de prevalecer necesariamente y en todo caso sobre las relativas a la planificación económica; y mucho menos que las primeras hayan de desplazar totalmente a las segundas. **Las competencias de ordenación o dirección general de la economía —entre las que han de encuadrarse las relativas a la planificación, de un lado, y, de otro, las de ordenación de concretos sectores económicos, entre los que se cuenta el energético y, dentro de este, el subsector del petróleo— han de ejercerse conjunta y armónicamente, cada cual dentro de su respectivo ámbito material de actuación, que será preciso delimitar en cada caso»** (STC 197/1996, FJ 4).

b) En este contexto, nuestro Guardián de la Constitución «ha declarado reiteradamente que dentro de la competencia de dirección de la actividad económica general tienen cobertura «las normas estatales que fijan las lí-

neas directrices y los criterios globales de ordenación de sectores económicos concretos, así como las previsiones de acciones o medidas singulares que sean necesarias para alcanzar los fines propuestos dentro de la ordenación de cada sector» [...]. Doctrina aplicable con mayor razón a supuestos en los que existen, como en el presente, reservas competenciales expresas en favor del Estado tanto respecto de la actividad económica general (art. 149.1.13 CE) como del específico sector energético (art. 149.1.25 CE). Por lo que no es preciso efectuar esfuerzo interpretativo alguno para afirmar, respecto al presente supuesto, que **de esa competencia estatal de dirección general de la economía a la que este Tribunal se ha referido forman parte, en cuanto la misma pueda recaer sobre el sector petrolero no solo las genéricas competencias relativas a las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, sino también las más específicas de ordenación del sector energético, referentes a las bases del régimen del mismo**» (STC 197/1996, FJ 4).

c) En todo caso, debe tenerse presente que **no son «equivalentes o intercambiables el título genérico relativo a la planificación económica y el específico referente a la ordenación de un sector, aun en el supuesto en que ambos pertenezcan a un mismo titular, como aquí ocurre. Pues cuando se trata de reconocer o negar carácter básico a un concreto precepto legal, será preciso determinar en cada caso si este opera realmente, por ejemplo, en el ámbito de la planificación económica, o bien, también por ejemplo, en el del régimen energético.** Sin olvidar, finalmente, que la competencia estatal en cuanto a planificación económica *ex art. 149.1.13 CE* —y en ello difiere de la relativa al régimen energético *ex art. 149.1.25 CE*— no se agota en las bases, sino que comprende además la «coordinación» en tal materia. Esto es, le corresponde una facultad que presupone lógicamente la existencia de competencias autonómicas,

aun de mera ejecución, que deben ser respetadas, y con la que se persigue, en esencia, la integración de las diversas partes del sistema en el conjunto del mismo mediante la adopción por el Estado de medios y sistemas de relación, bien tras la correspondiente intervención económica bien incluso con carácter preventivo, para asegurar la información recíproca, la homogeneidad técnica en ciertos aspectos y la acción conjunta de las autoridades estatales y autonómicas en el ejercicio de sus respectivas competencias [...]» (STC 197/1996, FJ 4).

2. Las relaciones entre los títulos competenciales referentes al campo de la energía (art. 149.1.25 CE) y a la investigación científica y técnica (art. 149.1.15 CE)

Esta problemática está tratada en la STC 98/2001, de 5 de abril, resolutoria de un conflicto positivo de competencia promovido por la Comunidad Autónoma de Cataluña contra la Orden del Ministerio de Industria y Energía de 6 de febrero de 1997, que aprueba las bases reguladoras de la concesión de subvenciones en el marco del Plan de Ahorro y Eficiencia Energética (PAEE) para el período 1997-1999 y convoca las del ejercicio 1997. Pues bien, al abordar esta resolución constitucional la relación entre las reglas 15 y 25 del ap. 1 del art. 149 CE indica que: «Debe tenerse en cuenta que **cuando realmente se fomenta la «investigación científica y técnica», el título competencial del Estado (art. 149.1.15 CE) puede desplazar al título competencial autonómico en materia de «energía» (art. 10.1.6 EAC),** de acuerdo con nuestra doctrina (STC 53/1988, de 24 de marzo, FJ 1), por lo que se hace preciso comprobar que la apelación a la investigación no es «una mera invocación formal, pues hemos afirmado que para que resulte de aplicación este título competencial debe ser patente que la actividad principal o predominante fuera la investigadora (STC 186/1999, FJ 8)» (SSTC 242/1999, de 21 de diciembre,

FJ 14, y 190/2000, de 13 de julio, FJ 8). Precisamente, en la misma STC 190/2000, FJ 8, añadimos que «el ámbito del art. 149.1.15 CE», por su propia naturaleza, debe concebirse en sus términos estrictos, a fin de no desplazar y determinar el vaciamiento de otros títulos competenciales con los que concurre [STC 242/1999, FJ 14.a)]» (FJ 5).

3. La compaginación de las competencias energéticas (art. 149.1.25 CE) y medioambientales (art. 149.1.23 CE)

Esta cuestión se ha planteado de manera frontal en la jurisprudencia constitucional en materia de fractura hidráulica (o *fracking*) como técnica para la exploración, investigación y explotación de hidrocarburos no convencionales. Esta jurisprudencia fue inaugurada por la STC 106/2014, de 24 de junio, mediante la que se declaró la inconstitucionalidad de una Ley cántabra por la que se prohibía la utilización en este territorio autonómico de la fractura hidráulica para la investigación y extracción del gas no convencional.

Esta técnica ha sido autorizada en España por la Ley estatal 17/2013, de 29 de octubre, que modificó con esta finalidad la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos. El Tribunal Constitucional reconoce en su referida Sentencia el carácter básico, tanto desde la perspectiva formal como desde la material, de esta regulación *ex art.* 149.1, reglas 13 y 25, CE. En este sentido, recuerda la STC 106/2014 de manera general su doctrina según la cual «corresponde al Estado la competencia para regular la ordenación del sector energético, y dentro de este el subsector gasístico, mediante la aprobación de la legislación básica; y a las Comunidades Autónomas corresponden las competencias de desarrollo normativo y ejecutiva, respetando las bases establecidas por el Estado» [FJ 6.b)]. A partir de aquí, **reconoce el Alto Tribunal el carácter materialmente**

básico de la regulación estatal de la técnica de la fractura hidráulica en base a dos argumentos principales: a) «La fijación por el Estado de unos criterios uniformes en cuanto a las técnicas que pueden ser utilizadas en la exploración, investigación y explotación de hidrocarburos constituye una norma básica, con arreglo al art. 149.1.13 y 25 CE; se trata de evitar los posibles desequilibrios o desigualdades en el conjunto del sistema a los que podría conducir la fijación de criterios unilaterales por las Comunidades Autónomas que supongan la inclusión o exclusión de determinadas técnicas habituales en la industria para la investigación y extracción de hidrocarburos». Y b) «Por otra parte, el interés que lleva consigo el aprovechamiento de hidrocarburos no convencionales por su contribución al abastecimiento energético, muy especialmente en países de acusada y crónica dependencia energética, como es notoriamente el caso de España, justifica también el carácter básico de la autorización de la fractura hidráulica, por las posibilidades que ofrece esta técnica de mejorar la productividad de las explotaciones de los yacimientos de gas no convencional» [FJ 6.c)].

La referida Ley estatal 17/2013 no solo modificó la Ley del sector de hidrocarburos, sino que también hizo lo propio con la normativa básica en materia de evaluación de impacto ambiental de proyectos en base a las competencias estatales en materia medioambiental *ex art.* 149.1.23 CE, introduciendo la exigencia de una declaración de impacto ambiental favorable para la eventual autorización de proyectos que requieran la utilización de la técnica de la fractura hidráulica.

Pues bien, la constatación de la naturaleza básica *ex art.* 149.1.13 y 25 CE de la regulación estatal de la autorización del uso de esta técnica del *fracking* para la exploración, investigación y explotación de hidrocarburos no convencionales, sometiendo dicha autorización a una previa declaración de impacto ambiental favorable —previsión tam-

bién de naturaleza básica *ex art. 149.1.23 CE*—, lleva al Tribunal Constitucional a declarar la inconstitucionalidad mediata (esto es, por infringir la normativa básica estatal) de la Ley cántabra que prohíbe de manera «absoluta e incondicionada» la utilización de dicha técnica en el territorio autonómico, dado que, si bien es cierto que las Comunidades Autónomas pueden con un objetivo de protección medioambiental «imponer requisitos y cargas para el otorgamiento de autorizaciones y concesiones no previstos por la legislación estatal», no pueden «alterar el ordenamiento básico en materia de régimen minero y energético»; **«la prohibición absoluta e incondicionada de una determinada técnica de investigación y explotación de hidrocarburos —dice nuestro Alto Tribunal— no puede decidirse por una Comunidad Autónoma.** De la doctrina constitucional se infiere sin dificultad que, **con la finalidad de protección del medio ambiente, la Comunidad Autónoma puede imponer requisitos y cargas para el otorgamiento de autorizaciones y concesiones no previstas por la legislación estatal, pero sin alterar el ordenamiento básico en materia de régimen minero y energético.** La prohibición de la técnica del *fracking* que establece el art. 1 de la Ley autonómica impugnada vulnera la competencia estatal *ex art. 149.1.13 y 25 CE*, al excluir la eficacia en el territorio de Cantabria de la legislación básica que se dicta al amparo de los referidos títulos competenciales» [STC 106/2014, FJ 8.a)].

Esta doctrina, recogida para el *fracking* en la reseñada STC 106/2014, y que tiene su origen remoto en la STC 64/1982, de 4 de noviembre (donde se declaró la necesidad de compaginar la protección del medio ambiente con el desarrollo económico —en el caso concreto materializado en las actividades mineras—), ha sido reiterada para esta misma técnica extractiva por las SSTC 134/2014, de 22 de julio; 208/2014, de 15 de diciembre; 73/2016, de 14 de abril; o 8/2018, de 25 de enero.

4. El legislador estatal no puede incidir, con carácter general, en el sistema de delimitación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, establecido por la Constitución y los Estatutos de Autonomía, sin una expresa previsión constitucional o estatutaria

Esta regla general está establecida para el ámbito energético por, entre otras, la ya referida STC 197/1996, de 28 de noviembre. Esta resolución constitucional precisa, no obstante, que, como contrapartida a la misma, ha de admitirse que, «al usar de sus facultades legislativas sobre las materias de su competencia, tanto el Estado como las Comunidades Autónomas han de operar a partir de un determinado entendimiento interpretativo del bloque de la constitucionalidad (STC 214/1989, FJ 5.º)». Tal entendimiento respecto a una determinada materia ha de concretarse en la norma, legal o reglamentaria, que, referida a su propio ámbito competencial, dicte el legislador, estatal o autonómico. Sin embargo, si como ocurre respecto a la Ley 34/1992, el primero ha ido más allá, con la finalidad de establecer una ordenación general de la materia y ha incluido las distintas actividades en el sector petrolero sujetas a intervención de la Administración, estatal o autonómica, ello puede ciertamente estimarse inapropiado en un ordenamiento complejo como el nuestro, en que la respuesta global a una determinada cuestión requerirá, en muchos casos, la integración de la norma estatal y de la autonómica. [...] Pero en todo caso, como se desprende de la propia STC 214/1989, lo decisivo a los fines de nuestro enjuiciamiento es determinar si el entendimiento del que ha partido el legislador estatal coincide o no con lo dispuesto en el bloque de la constitucionalidad, y, consiguientemente, si ha invadido o no una competencia ajena» (FJ 21).

La aplicación de esta doctrina de que **«el legislador estatal no puede incidir en la de-**

limitación competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas sin una expresa previsión constitucional o estatutaria» (dado que «ni el legislador estatal ni el autonómico pueden situarse en la posición propia del poder constituyente») llevó al Tribunal Constitucional a la declaración en su STC 18/2011, de 3 de marzo, de la inconstitucionalidad de un precepto de la vieja Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico, porque «el legislador estatal, al determinar las competencias de la Comunidad Autónoma de Canarias en materia de sector eléctrico, ha excedido el tenor de su propia competencia, penetrando en el ámbito reservado por el bloque de la constitucionalidad a las Comunidades Autónomas» [FJ 7.a)]. Recordemos que, en el precepto declarado inconstitucional (esto es, en el art. 3.3 de la referida Ley de 1997), el legislador estatal pretendía determinar las competencias de las Comunidades Autónomas en relación con el sector eléctrico.

5. Las competencias estatales y autonómicas en materia de planificación eléctrica

El Tribunal Constitucional ha subrayado en su STC 18/2011, de 3 de marzo, el carácter estratégico de la energía eléctrica para el funcionamiento de nuestro país, y ya no solo por su propia importancia intrínseca como un sector específico más de la economía nacional, sino también por constituir un factor clave para el resto de los sectores económicos, «condicionando de manera determinante en muchos casos su competitividad» [FJ 21.a)].

De manera coherente con la declaración expresa de la importancia económica esencial de esta actividad energética, el Tribunal Constitucional ha reconocido la competencia del Estado ex arts. 149.1.13 y 149.1.25 CE «para llevar a cabo una actividad planificadora en relación con el sector eléctrico». En este sentido, conside-

ra la referida STC 18/2011 que la regulación por parte de la vieja Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico (en adelante, LSE), de la «planificación energética estatal» con un carácter básico resulta plenamente constitucional, subrayando que «tiene como finalidad asegurar, mediante la utilización de esta técnica, el correcto funcionamiento del sistema eléctrico nacional a través de una planificación indicativa en la mayor parte de sus extremos (así ocurre en ámbitos tan esenciales como en los de la generación o de la comercialización), de manera acorde con la idea de progresiva liberalización del sector eléctrico, ofreciendo los parámetros bajo los que cabe esperar que se desenvuelva el sector eléctrico nacional en un futuro próximo y que deben ilustrar a las Administraciones públicas y a los operadores económicos para facilitar las diferentes decisiones de inversiones en el sector. El ámbito de la obligatoriedad queda circunscrito tan solo a las instalaciones de transporte, dado el carácter de monopolio natural de este tipo de redes» [FJ 7.b)].

Las competencias estatales en materia de planificación eléctrica no excluyen, según la meritada STC 18/2011, la capacidad planificadora en este sector por parte de las Comunidades Autónomas, siempre y cuando estas últimas Administraciones Territoriales actúen, por un lado, en los ámbitos que les son atribuidos por sus respectivos Estatutos de Autonomía [FJ 7.b)], y sus planes eléctricos no entren en contradicción, por otro lado, con la planificación estatal (FJ 19). Dice, en concreto, nuestro Alto Tribunal que: «la propia naturaleza indicativa de la planificación —salvo en materia de transporte— excluye por principio la idea de una planificación de detalle en la que se marginen las competencias autonómicas en materia de planificación eléctrica, al menos en todo lo relativo a las actividades destinadas a garantizar el suministro eléctrico distintas a la ordenación de las instalaciones de transporte. En efecto, la competencia estatal delimitada en los arts. 3.1.a) y 4.1 LSE no excluye la correlativa potestad pla-

nificadora autonómica en su ámbito de atribuciones, puesto que nada hay en los preceptos impugnados que excluya la competencia de planificación eléctrica de las Comunidades Autónomas en las materias que tienen atribuida por los Estatutos de Autonomía» [FJ 7.b)]. El obligado respeto que tiene que observar la planificación eléctrica autonómica con respecto a la estatal lleva a nuestro Tribunal Constitucional a la declaración de la inconstitucionalidad de un precepto de la Ley reguladora del sector eléctrico de Canarias (Ley autonómica 11/1997, de 2 de diciembre), que establece «una planificación eléctrica autonómica vinculante a largo plazo en relación con la generación, el transporte y la distribución eléctrica», en la medida en que «contradice la idea de planificación plasmada en la normativa básica estatal», que no es una planificación vinculante u obligatoria, sino meramente indicativa (salvo en materia de transporte, dado el carácter de monopolio natural de las redes mediante las que se realiza esta última actividad) (FJ 19).

III. LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL SOBRE LAS BASES DEL RÉGIMEN MINERO

1. Las relaciones entre la protección del medio ambiente y la legislación minera estatal

Esta problemática ha sido examinada por la STC 64/1982, de 4 de noviembre, mediante la que se estima parcialmente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Estado contra la Ley catalana 12/1981, de 24 de diciembre, por la que se establecen normas adicionales de protección de los espacios de especial interés natural. En esta resolución constitucional se afirma, en lo que aquí interesa, que: «El art. 45 [CE] recoge la preocupación ecológica surgida en las últimas décadas en amplios sectores de opinión que [se] ha plasmado también en numerosos documentos internacionales. En su virtud no puede considerarse como objetivo primordial y ex-

cluyente la explotación al máximo de los recursos naturales, el aumento de la producción a toda costa, sino que **se ha de armonizar la «utilización racional» de esos recursos con la protección de la naturaleza**, todo ello para el mejor desarrollo de la persona y para asegurar una mejor calidad de la vida. Estas consideraciones son aplicables a las industrias extractivas como [a] cualquier otro sector económico y supone, en consecuencia, que no es aceptable la postura del representante del Gobierno, repetida frecuentemente a lo largo de sus alegaciones, de que exista una prioridad absoluta del fomento de la reproducción [*sic*] minera frente a la protección del medio ambiente. [...] La actual legislación minera muestra que la armonización de la protección del medio ambiente con la explotación minera no es contraria a sus principios, sino que se apoya en ellos. Basta con recordar los arts. 5.3, 17.2, 34.3, 66, 69.1 y 81 de la Ley de Minas. Especialmente significativo es el 5.3, que encomienda al Ministerio de Industria realizar los estudios oportunos para fijar las condiciones de protección del medio ambiente «que serán imperativas» en el aprovechamiento de los recursos mineros «y que se establecerán por Decreto», previsión esta que no se ha cumplido todavía, a pesar de que la Ley citada es de 1973» (FF. JJ. 2 y 5).

2. La determinación de las bases estatales en materia minera y el ámbito autonómico de actuación

A) *La forma de determinación de la competencia estatal en materia de bases del régimen minero*

Hay que tener en cuenta que el grueso de la vigente normativa estatal en el ámbito minero [en particular: la Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas; y la Ley 6/1977, de 4 de enero, de Fomento de la Minería] ha sido dictado con anterioridad a la promulgación de la Constitución Española de 1978, por lo que, **a la hora de extraer normas básicas, «la legisla-**

ción minera ha de contemplarse en su conjunto y, sobre todo, tratándose de una legislación en su núcleo básico preconstitucional, ha de interpretarse a la luz de los preceptos constitucionales y en este caso particularmente del art. 45 de la norma suprema» (STC 64/1982, FJ 5).

B) La competencia autonómica para imponer requisitos y cargas para el otorgamiento de las autorizaciones, permisos y concesiones mineras

La Comunidad Autónoma de Cataluña tiene como regla general, según la jurisprudencia constitucional, la competencia para imponer requisitos y cargas para el otorgamiento de las autorizaciones, permisos y concesiones mineras, no previstos en la legislación general del Estado, en la medida en que tales requisitos y cargas estén dirigidos a la protección de un bien constitucional como es el medio ambiente, y «siempre que esas cargas y requisitos no alteren el ordenamiento básico minero, sean razonables, proporcionados al fin propuesto y no quebranten el principio de solidaridad consagrado en los arts. 2 y 138 de la Constitución con carácter general, en el 45 [también de la CE] con relación específica a la protección del medio ambiente y recogido también en el preámbulo del Estatuto de Cataluña» (STC 64/1982, FJ 5).

C) Los límites a la actuación autonómica en el ámbito de las autorizaciones mineras

Partiendo de la referencia al principio de solidaridad (arts. 2 y 138 CE), así como de la previsión constitucional de que «toda la riqueza del país en sus distintas formas y fuese cual fuere su titularidad está subordinada al interés general» (art. 128.1 CE), el Tribunal Constitucional considera que, **aunque «la imposición de una carga adicional para la protección del medio ambiente no es en sí contraria a la Constitución ni al Estatuto, sí lo es la prohibición con carácter general de las actividades extractivas de**

las secciones C y D, que son las de mayor importancia económica, en una amplia serie de espacios, aunque se exceptúen de esa prohibición los casos en que a nivel estatal y según el plan energético o cualquier otro análogo sea definida la prioridad de aquella actividad con referencia a otros intereses públicos concurrentes (art. 3.3 de la Ley). Cuestión distinta es que puedan prohibir la actividad minera en casos concretos, siempre que no exista un interés prioritario, pero el carácter general, con la excepción citada, que prevé el art. 3.3 de la Ley impugnada debe tacharse de inconstitucional por exceder la finalidad de la Ley y por sustraer a la riqueza nacional posibles recursos mineros. Claro está que la inconstitucionalidad se refiere solo a la prohibición y no al hecho de que a estas explotaciones se apliquen, en su caso, las disposiciones de la Ley, como dispone expresamente el apartado primero del mismo artículo» (STC 64/1982, FJ 6), destinadas en última instancia a la protección medioambiental.

Esta doctrina constitucional ha sido reiterada por la STC 235/2015, de 5 de noviembre, mediante la que se declara la inconstitucionalidad de un precepto de una Ley balear por contradecir las bases estatales establecidas por la Ley de Minas de 1973, «al configurar como irregistrable la totalidad del territorio autonómico», impidiendo de este modo la explotación de los recursos mineros contemplados en la sección C del art. 7.1 de la referida Ley estatal. Y es que, dictamina el Tribunal Constitucional, «la declaración genérica de todo el territorio de una Comunidad Autónoma como no registrable no es una medida proporcionada, y que permita «armonizar la protección del medio ambiente con la explotación de los recursos económicos», de acuerdo con la doctrina constitucional, inaugurada por la referida STC 64/1982, según la cual **las Comunidades Autónomas pueden «imponer deberes y cargas para el otorgamiento de autorizaciones, permisos y concesiones mineras, con la finalidad de proteger el medio ambiente, siempre que las mismas sean ra-**

zonables y proporcionadas al fin propuesto», considerando «contrario al orden constitucional de distribución de competencias que deriva de lo dispuesto en el art. 149.1.23 CE, el establecimiento de prohibiciones genéricas, absolutas e incondicionadas, como son las que se contemplan el precepto controvertido» (FJ 6).

3. Los aprovechamientos de aguas derivados de explotaciones mineras

Esta cuestión ha sido abordada por la STC 227/1988, de 29 de noviembre, mediante la que se enjuician, por un lado, diversos recursos de inconstitucionalidad promovidos contra la vieja Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas; y, por otro, varios conflictos positivos de competencia contra distintos reglamentos de desarrollo de dicha norma legal.

Pues bien, en el FJ 23.g) de esta resolución constitucional se indica que el art. 55 de la Ley de Aguas de 1985, encuadrado dentro del epígrafe relativo a la ordenación de los usos comunes y privativos del dominio público hidráulico, regula, en concreto, un supuesto específico de utilización de las aguas que se capten con ocasión de las explotaciones mineras y cuyo destino exclusivo ha de ser el de los propios aprovechamientos de las minas. Pues bien, y no obstante su inserción en el texto de la citada Ley de Aguas de 1985, «este precepto viene a regular en realidad un aspecto importante del régimen de explotación de los recursos mineros y, por lo mismo, debe considerarse incluido entre las bases del régimen minero que corresponde establecer al Estado según lo dispuesto en el art. 149.1.25.^a de la Constitución, ya que, dado el contenido del precepto impugnado, ese último título competencial es preferente sobre el más general relativo a los aprovechamientos hidráulicos».

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ GARCÍA, V., «El régimen constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia energética y minera», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 24, 2010.

ÁLVAREZ GARCÍA, V. y DUARTE MARTÍNEZ, R., *Administración Pública y Electricidad*, Civitas, Madrid, 1997.

ARCENEGUI FERNÁNDEZ, I., *Derecho minero*, Civitas, Madrid, 2002.

ARIÑO ORTIZ, G. y LÓPEZ DE CASTRO, L., *El sistema eléctrico español: regulación y competencia*, Montecorvo, Madrid, 1998.

CES, *El sector eléctrico en España*, Informe núm. 4, 2017.

FERNÁNDEZ-ESPINAR Y LÓPEZ, L. C., «Bases del Régimen Minero», *REDA*, núm. 51, 1986.

MUÑOZ MACHADO, S., *Servicio Público y Mercado. Tomo IV: El sistema eléctrico*, Civitas, Madrid, 1998.

— *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, 2.^a ed., T. I, Iustel, 2007.

MUÑOZ MACHADO, S., SERRANO GONZÁLEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, M. (Dirs.), *Sector energético* (Tomo III de la colección «Derecho de la regulación económica», dirigida por S. MUÑOZ MACHADO), Iustel, Madrid, 2009.

QUINTANA LÓPEZ, T., *La repercusión de las actividades mineras en el medio ambiente: su tratamiento jurídico*, Montecorvo, Madrid, 1987.

TORNOS MAS, J., «La distribución de competencias en el sector energético», en MUÑOZ MACHADO, S., SERRANO GONZÁLEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, M. (Dirs.), *Sector energético* (Tomo III, Volumen I de la colección «Derecho de la regulación económica», dirigida por S. MUÑOZ MACHADO), Iustel, Madrid, 2009.

ARTÍCULO 149.1.26.^a

26.^a Régimen de producción, comercio, tenencia y uso de armas y explosivos.

Véase el comentario al artículo 149.1.29.^a

ARTÍCULO 149.1.27.^a

27.^a Normas básicas del régimen de prensa, radio y televisión y, en general, de todos los medios de comunicación social, sin perjuicio de las facultades que en su desarrollo y ejecución correspondan a las Comunidades Autónomas.

MEDIOS DE COMUNICACIÓN SOCIAL

Sumario: I. Alusión al panorama competencial sobre medios de comunicación social. II. Doctrina constitucional en materia de radio y televisión. III. Redes sociales y medios de comunicación social.

LUIS POMED SÁNCHEZ

PROFESOR TITULAR DE DERECHO ADMINISTRATIVO
LETRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El art. 149.1.27.^a CE atribuye al Estado la competencia exclusiva para el establecimiento de las «normas básicas del régimen de prensa, radio y televisión y, en general, de todos los medios de comunicación», al tiempo que hace posible que las Comunidades Autónomas asuman facultades para «su desarrollo y ejecución». Como puede observarse, **es en este apartado del art. 149.1 CE donde de manera más acabada se precisan las potestades** que pueden corresponder a las Comunidades Autónomas en aquellas materias donde el Estado ostenta competencia básica.

La claridad con que el precepto constitucional identifica los ámbitos de intervención co-

respondientes al Estado y a las Comunidades Autónomas no ha tenido adecuado reflejo en el ejercicio de las respectivas competencias. Ello ha dado lugar a un **abigarrado panorama que ha podido calificarse incluso de «sorprendente galimatías normativo»** (FERNÁNDEZ FARRERES, 1997, 59).

I. ALUSIÓN AL PANORAMA COMPETENCIAL SOBRE MEDIOS DE COMUNICACIÓN SOCIAL

La caracterización ahora reseñada se refiere específicamente a la televisión, medio de comunicación social predominante en la socie-

dad de la segunda mitad del siglo xx y que por ello mismo ha venido recibiendo mayor atención del legislador. Ciertamente, ese mismo predominio del medio televisivo le ha dotado de una mayor potencialidad conflictiva. Lo que resulta más difícil de explicar es la confusión que ha reinado en esta materia y que puede ilustrarse con un simple ejemplo.

Como es sabido, mediante el art. 3.e) de la Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre, se transfirieron a las Comunidades Autónomas de Asturias, Cantabria, La Rioja, Región de Murcia, Aragón, Castilla-La Mancha, Extremadura, Islas Baleares, Madrid y Castilla y León las competencias de desarrollo legislativo y ejecución de las bases estatales sobre «prensa, radio, televisión y otros medios de comunicación social». En buena lógica, el presupuesto de esta transferencia había de ser la carencia de los títulos competenciales que la Constitución permitía asumir a las referidas Comunidades Autónomas, carencia que se supliría haciendo uso del instrumento previsto en el art. 150.2 CE. Sin embargo, o esa ausencia no era tal o los diferentes legisladores autonómicos no vieron en ella un obstáculo no solo para dictar las respectivas leyes sobre los consejos asesores territoriales de RTVE, sino, incluso, para crear sus propias Corporaciones de Radio y Televisión, invocando en ocasiones la existencia en el Estatuto de Autonomía de «referencias genéricas a la posible existencia de servicios de radio y televisión propios de la Comunidad Autónoma» (Ley de las Cortes de Aragón 8/1987, de 15 de abril). Algo más concretas son las referencias estatutarias a las que aludieron los legislativos de la Comunidad de Madrid (Ley 13/1984, de 30 de junio), Islas Baleares (Ley 7/1985, de 22 de mayo) y la Región de Murcia (Ley 9/1988, de 11 de noviembre).

Este paradójico panorama se explica, al menos en parte, si reparamos en la necesidad de deslindar dos competencias autonómicas de diferente objeto y alcance. Así, tenemos por un lado la competencia de desarrollo legislativo y ejecución de las bases establecidas por el

Estado al amparo del art. 149.1.27.^a CE y, por otro, la facultad de regular, crear y mantener unos medios de comunicación propios (STC 10/1982, de 23 de marzo, FJ 2). Debe insistirse, no obstante, en que **este deslinde de títulos autonómicos no logra dar razón de algunas de las soluciones normativas adoptadas por los legisladores autonómicos**, pues, como ya se ha apuntado, no han faltado supuestos de creación de tales medios de comunicación sin previsión estatutaria expresa o de puesta en funcionamiento de los mismos sin haber intermediado la previa concesión estatal del espacio radioeléctrico.

Uno de los aspectos que ha merecido especial atención en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sido el relativo a los términos estatutarios de definición de las competencias autonómicas. Y ello porque a partir del art. 16.1 del primer Estatuto de Autonomía de Cataluña, los posteriores **textos estatutarios acotaron el espacio de intervención autonómica en materia de radio y televisión a «los términos y casos establecidos en la Ley que regule el Estatuto jurídico de la Radio y la Televisión»**. Al respecto, ha afirmado el Tribunal Constitucional que mediante esta fórmula viene a limitarse la asunción de la competencia autonómica, que no se extiende a todos los campos en los que sea posible un desarrollo legislativo de la normativa básica estatal, ni a toda la función ejecutiva de la materia, pudiendo reservarse el Estado competencias concretas en la fase de desarrollo y ejecución (SSTC 26/1982, de 24 de mayo, FJ 2, y 168/1993, de 23 de mayo, FJ 2). Respecto a la función concretamente desempeñada por el Estatuto de la Radio y la Televisión —formalizado en la Ley 4/1980, de 10 de enero, luego sustituida por la Ley 17/2006, de 5 de junio, que ha sido objeto de numerosas reformas en sus doce años de vigencia; la más reciente de ellas se ha plasmado en la Ley 5/2017, de 29 de septiembre, por la que se modifica la Ley 17/2006, de 5 de junio, de la radio y la televisión de titularidad estatal, para recuperar la independencia de la Corporación RTVE y el

pluralismo en la elección parlamentaria de sus órganos—, el Tribunal Constitucional ha precisado que si bien «contribuye a delimitar el ámbito competencial de la Comunidad [Autónoma], no podrá operar como una mera «norma habilitante de competencia» en sentido estricto, dado que la competencia en cuestión ha sido ya asumida por el Estatuto de Autonomía [...] sobre la base del art. 149.1.27 de la Constitución y por tanto la limitación en él impuesta («en los términos y casos») no puede interpretarse de modo que vacíe de contenido dicha asunción» (STC 26/1982, de 24 de mayo, FJ 2; en similares términos, SSTC 168/1993, de 27 de mayo, FJ 5, y 278/1993, de 23 de septiembre, FJ 3).

Nótese que el Estatuto del País Vasco era el único Estatuto de Autonomía en el que, habiéndose asumido la competencia autonómica de desarrollo legislativo y ejecución, no se remitía su ejercicio a los términos y casos previstos en el Estatuto de la Radio y la Televisión. Ello no fue óbice para que el Tribunal Constitucional se decantara por una interpretación que tenía por objetivo último homologar el alcance de las competencias autonómicas, evitando así la eventual asimetría que pudiera resultar de las previsiones estatutarias. Concretamente, en la STC 44/1982, de 8 de julio, se señaló que «aun sin remisión del art. 19.1 del EV a la Ley 4/1980, el hecho es que el «desarrollo legislativo de las normas básicas del Estado en materia de medios de comunicación social» viene a ser aquí desarrollo de la Ley 4/1980 y de sus disposiciones complementarias de orden técnico, es decir, esencialmente el Real Decreto 2648/1978, de 27 de octubre, regulador del Plan Técnico Nacional de Radiodifusión Sonora, y el Real Decreto 1433/1979, de 8 de junio, por el que se establece el Plan Técnico Transitorio del Servicio Público de Radiodifusión Sonora en Ondas Métricas con Modulación de Frecuencia» (FJ 3; en el mismo sentido, STC 154/1989, de 5 de octubre, FJ 4).

En relación con las reformas estatutarias llevadas a cabo entre 2006 y 2011 y que afecta-

ron a siete Estatutos de Autonomía, es decir, un tercio del total (las Leyes Orgánicas 1/2006, de 10 de abril, y 6/2006, de 19 de julio, procedieron a reformar los Estatutos de la Comunidad Valenciana y Cataluña; en 2011, la Ley Orgánica 1/2011, de 28 de enero, reformó el Estatuto de Autonomía de Extremadura; entre unos y otro se modificaron los Estatutos de Autonomía de las Islas Baleares —Ley Orgánica 1/2007, de 28 de enero—, Andalucía —Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo—, Aragón —Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril— y Castilla y León —Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre—), interesa señalar que no afectaron de manera sustancial a la homogeneidad material de las competencias autonómicas en esta materia. Por lo demás, los textos estatutarios resultantes de este proceso de reformas tampoco prestan atención alguna al creciente fenómeno de la sustitución de los medios de comunicación de masas tradicionales por las redes sociales y las aplicaciones informáticas. Pareciera que se trata de una realidad ajena por entero al Estado autonómico o, acaso peor, que el Estado autonómico no se preocupara por la realidad que nos circunda y viviera ensimismado en su querrela de las competencias.

II. DOCTRINA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE RADIO Y TELEVISIÓN

La radio y la televisión han sido los únicos medios de comunicación cuya ordenación ha supuesto la formalización de controversias competenciales ante el Tribunal Constitucional. Acaso por eso mismo, el Tribunal Constitucional ha evitado establecer una definición rigurosamente dogmática del concepto «medios de comunicación social». Lo que no ha sido óbice para que apuntase algunos extremos dignos de consideración.

Así, ha indicado que «Desde las pautas constitucionales, y de los preceptos estatutarios, no puede decirse que cuando el art. 149.1.27 de la CE y luego el art. 16.2 del EA Cataluña ha

enunciado unos medios de comunicación social completando la fórmula con la expresión «y en general, de todos los medios de comunicación social», **atrae a su campo las manifestaciones culturales que tienen en otros preceptos sus propias y prevalentes reglas competenciales** (STC 49/1984, de 5 de abril, FJ 5). En particular, ha señalado que resulta impropio de la invocación de tales competencias cuando el objeto de la controversia viene constituido por normas destinadas al fomento y estímulo de los bienes culturales (*ibidem*) o que regulan la explotación empresarial de este mismo tipo de bienes» (STC 87/1987, de 2 de junio, FJ 2). Aproximándose al concepto desde la vertiente positiva, ha subrayado que en los medios de comunicación social la finalidad primordial que persiguen es informativa (STC 153/1985, de 7 de noviembre, FJ 3), poniendo asimismo el acento en su consideración como **instrumentos privilegiados para el ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 20 CE** (SSTC 26/1982, de 24 de mayo, FJ 6; 44/1982, de 8 de julio, FJ 7, y 168/1993, de 27 de mayo, FJ 4).

La vinculación con esos derechos fundamentales ha sido empleada para deslindar el alcance de las competencias reservadas al Estado por los aps. 21 y 27 del art. 149.1 CE. Concretamente, en la STC 168/1993, FJ 4, se apuntó que los aspectos «conectados con las libertades y derechos fundamentales recogidos en el art. 20 CE, en los que prevalece la consideración de la radio y la televisión como medio de comunicación social mediante un fenómeno que no es sustancialmente distinto al de la prensa, encuentran un natural acomodo en el art. 149.1.27 CE a efectos de la distribución de competencias». Por el contrario, «aquellos aspectos claramente atinentes a la regulación de los extremos técnicos del soporte o instrumento del cual la radio y la televisión se sirven —las ondas radioeléctricas o electromagnéticas— quedan dentro de la materia radiocomunicación y, por tanto, de **la competencia estatal ex art. 149.1.21 CE para ordenar el dominio público ra-**

dioeléctrico. Y es constitucionalmente legítimo que el Estado regule desde una concepción unitaria —dada la unidad intrínseca del fenómeno— la utilización del dominio público radioeléctrico y proceda a una ordenación conjunta de todas las variantes de telecomunicación y de radiocomunicación, en particular, y no solo las destinadas a emisiones de radio y televisión calificadas por su recepción por un gran número de usuarios». Esta tarea de deslinde se cierra con la reiteración de una regla hermenéutica, **el principio de no vaciamiento de los diversos títulos competenciales en presencia**, aquí por referencia a su incidencia en los correlativos asumidos por las Comunidades Autónomas: «es indudable —afirma el Tribunal Constitucional— que siendo el contenido del título competencial del art. 149.1.21 CE virtualmente más expansivo que el otro del art. 149.1.27 CE, debe ser interpretado restrictivamente para evitar una exclusión de las competencias autonómicas sobre radio y televisión». Esta misma distinción entre los títulos competenciales «medios de comunicación social» (en conexión con las libertades de expresión e información) y «telecomunicaciones» (en conexión con los aspectos técnicos relativos al uso de las ondas radioeléctricas o electromagnéticas) fue posteriormente reiterada, entre otras muchas, en la STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 85.

El deslinde competencial entre las materias «telecomunicaciones» y «medios de comunicación social» —un deslinde que no debe confundirse con la desatención a las distintas conexiones entre uno y otro título, habida cuenta de que las telecomunicaciones están en la base misma del «desenvolvimiento de los medios de comunicación social como la radio o la televisión» (SSTC 8/2012, de 18 de enero, FJ 6, y 8/2016, de 21 de enero, FJ 3)— ha sido el presupuesto para la resolución de controversias constitucionales trabadas en torno a la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones (STC 168/1993) y al ejercicio de potestades públicas de carácter estrictamente ejecutivo, como es la imposición de sancio-

nes y medidas cautelares a quien utiliza frecuencias radioeléctricas sin autorización administrativa (STC 5/2012, de 17 de enero). A este respecto, el Tribunal ha hecho hincapié en el distinto alcance de las competencias estatales en una y otra materia: competencias exclusivas para la ordenación de la telecomunicación y la radiocomunicación (art. 149.1.21.^a CE) y compartida con las Comunidades Autónomas, reservándose al Estado exclusivamente la definición de lo básico en el caso de los medios de comunicación social (art. 149.1.27.^a CE). Según se señaló en las sentencias de las que ahora se hace mención, «el punto de conexión que permite seleccionar la aplicación de uno u otro título es, por una parte, la directa relación de la radiodifusión, en cuanto medio de comunicación social, con las libertades y derechos fundamentales recogidos en el art. 20 CE y referidos de algún modo al derecho a comunicar y recibir información y a la libertad de expresión, circunstancia que hace que tanto la radio como la televisión configuren un fenómeno, en esencia, no distinto a la prensa; juega en estos casos el art. 149.1.27 CE como regla de distribución competencial. Mientras, en cambio, aspectos técnicos claramente atinentes a la regulación del soporte o instrumento del cual la radio y la televisión se sirven —las ondas radioeléctricas, hertzianas o electromagnéticas— quedan dentro de la competencia estatal exclusiva *ex* art. 149.1.21 CE para ordenar el dominio público radioeléctrico; dominio que no es ocioso ahora recordarlo, es susceptible de distintos usos para otros tipos de comunicaciones que se efectúan también mediante ondas radioeléctricas y distintas de la radiodifusión; razón por la cual es menester una ordenación unitaria del problema mediante la asignación de frecuencias y potencias para cada uno de los usos, en cumplimiento de la disciplina internacional del tema, así como la previsión de otros problemas como, *v. gr.*, puede ser la evitación de interferencias. Dicho esto con la advertencia de que el empleo de uno u otro punto de conexión debe venir presidido por una inevitable cautela: habida cuenta de que el título

competencial del art. 149.1.21 CE es virtualmente más expansivo que el dispuesto en el art. 149.1.27 CE y para impedir una injustificable exclusión de las competencias autonómicas sobre radio y televisión aquella regla de deslinde debe ser interpretada restrictivamente» (SSTC 168/1993, FJ 4, y 5/2012, FJ 5; con posterioridad destaca la STC 20/2016, de 4 de febrero).

Retornando a la STC 168/1993, ya mencionada, conviene señalar que en ella el Tribunal Constitucional concluyó que la implantación de los servicios públicos de radiodifusión sonora supeditada a lo establecido en los **Planes Técnicos Nacionales que elabore el Gobierno**, «es una consecuencia lógica de la configuración constitucional de la radiocomunicación (art. 149.1.21 CE) en nuestro ordenamiento como una competencia exclusiva del Estado, y de las subsiguientes facultades estatales para dictar las normas que delimiten la utilización del espacio radioeléctrico y permitan coordinar la prestación de los servicios en virtud de sus características técnicas y de los compromisos internacionales» (STC 168/1993, de 27 de mayo, FJ 6). Y se añade: «igualmente, que la Ley atribuya al Gobierno la aprobación de los correspondientes Reglamentos Técnicos y de Prestación de los Servicios de Difusión (art. 25.6 de la LOT), y al Ministerio estatal correspondiente y, con carácter previo al comienzo de la prestación de un servicio, la facultad de aprobar los proyectos o propuestas técnicas de las instalaciones, la inspección de las mismas, y la aprobación de los Reglamentos Técnicos y de Prestación de los Servicios (art. 26.6 de la LOT) es también una consecuencia de la competencia del Estado para ordenar y coordinar la comunicación a través de ese soporte o medio técnico que son las ondas radioeléctricas o electromagnéticas. Y ya en las SSTC 26 y 44/1982 declaramos que estos extremos son de competencia estatal, si bien —dijimos entonces— por virtud del título competencial del art. 149.1.27 CE». Como puede verse, en este inciso final se apunta la reconducción de la actividad al título competencial estatal del

art. 149.1.21.^a CE, si bien no llega a cerrarse formalmente la argumentación. Más recientemente, en la STC 78/2017, de 22 de junio, el Tribunal, al enjuiciar la Ley 22/2005, de 29 de diciembre, de comunicación audiovisual de Cataluña, declaró que las potestades de gestión de los planes técnicos de la radio y la televisión forman parte de las competencias autonómicas de ejecución en materia de medios de comunicación social [FJ 6.d)]. La constitucionalidad de otros preceptos de esta misma Ley fue examinada en la STC 86/2017, de 4 de julio, que declaró la nulidad de aquellos preceptos legales autonómicos que hacían recaer sobre los medios de comunicación social la carga de deslindar claramente opinión e información por el efecto desaliento que esta carga pudiera representar para el ejercicio de las libertades de expresión e información.

También en relación con el servicio de radiodifusión, el Tribunal Constitucional ha declarado que **la competencia autonómica para el otorgamiento de las correspondientes licencias está sometida a «una serie de condicionamientos** derivados de la naturaleza del servicio objeto de concesión, de las competencias que el Estado se reserva en esta materia y de los compromisos internacionales por él asumidos» (STC 44/1982, de 8 de julio, FJ 7). Posteriormente, en la STC 168/1993, de 27 de mayo, indicó que entre las competencias que el Estado tiene en su mano reservarse pueden figurar algunas típicamente ejecutivas, «claro está que cuando exista una justificación bastante para ello» (FJ 5). Supuesto que medie esa justificación, cabe preguntarse si el encaje competencial de esas actividades ejecutivas no debiera buscarse en el título reservado al Estado por el art. 149.1.21.^a CE, habida cuenta de que, por lo común, traerán causa de la necesidad de gestión unitaria del dominio público radioeléctrico.

Por lo que se refiere a las regulaciones complementarias de carácter técnico que pueden establecerse para la adecuada ordenación de la actividad de comunicación, en la STC 248/1988,

de 20 de diciembre, se declara que «es preciso distinguir entre los que regulan las limitaciones que se imponen a las personas físicas y jurídicas para ser titulares de más de una concesión de emisoras de ondas métricas en frecuencia modulada [...], así como el plazo de concesiones [...], de las que disciplinan aspectos tan detallados como la publicidad en las emisoras institucionales y el horario mínimo de emisión. Los primeros abordan condiciones o requisitos esenciales de las concesiones, pues así deben considerarse los términos en que puede accederse a la utilización de un medio de comunicación social privilegiado, en régimen de sustancial igualdad en todo el territorio nacional, y un elemento inherente a toda concesión administrativa, como es el plazo. No puede decirse lo mismo de las reglas sobre la publicidad en las emisoras institucionales y sobre los horarios, que afectan, más que al régimen de los requisitos y para obtener la concesión, a prescripciones sobre la programación y su contenido, respecto de las cuales no es fácil entender por qué deben formar parte del común denominador normativo aplicable a todo el territorio nacional que constituyen las bases» (FJ 6; posteriormente, en STC 168/1993, de 27 de mayo, FJ 9). Por otro lado, el Tribunal Constitucional ha reiterado que **el ejercicio de la policía administrativa, en particular la facultad de inspección —y sancionadora en su caso— debe corresponder a quien ostente la competencia para el otorgamiento** de la concesión para la gestión del servicio. Ello ha supuesto el reconocimiento de competencias tanto a las Comunidades Autónomas, respecto de algunas modalidades de radiodifusión (STC 108/1993, de 25 de marzo), como al Estado en el caso de la televisión (STC 278/1993, de 23 de septiembre), siempre en función de la normativa reguladora de esos medios de comunicación.

Finalmente, por lo que a la organización de la televisión pública se refiere, es oportuno mencionar las SSTC 10/1982, de 23 de marzo, y 14/1993, de 29 de abril, que versaron sobre los Consejos Asesores de RTVE en Cataluña y

La Rioja, respectivamente. En estas resoluciones se acotó de manera precisa el espacio normativo que queda a la disposición de los legisladores autonómicos respecto de un órgano de titularidad estatal. Al margen de estas y bien que desde una perspectiva no estrictamente competencial, interesa citar la reciente STC 150/2017, de 21 de diciembre, que declaró la inconstitucionalidad parcial del Real Decreto-Ley 15/2012, de 20 de abril, de modificación del régimen de administración de la Corporación RTVE, previsto en la Ley 17/2006, de 5 de junio.

III. REDES SOCIALES Y MEDIOS DE COMUNICACIÓN SOCIAL

Como ya se ha indicado en páginas anteriores, el proceso de reformas estatutarias que se desarrolló en España entre 2006 y 2011 apenas prestó atención al creciente protagonismo de las redes sociales. Desde la perspectiva competencial, que es la única que ahora nos ocupa, los nuevos textos estatutarios de Cataluña y Andalucía se limitaron a asumir competencias ejecutivas en materia de «comunicaciones electrónicas» (arts. 140.7 y 64.9 respectivamente). Por el contrario, los nuevos Estatutos de la Comunidad Valenciana, Baleares, Aragón, Castilla y León y Extremadura guardan absoluto silencio sobre este particular.

De esas dos modestísimas referencias estatutarias a las comunicaciones electrónicas, la recogida en el art. 140.7 del Estatuto de Autonomía de Cataluña fue objeto de examen en la STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 85. Una lectura precipitada de este fundamento jurídico pudiera hacer pensar que su contenido se agota en la reafirmación del principio de territorialidad de las competencias autonómicas, en este caso por referencia a la asunción estatutaria de la función de «resolución de conflictos entre operadores de radiodifusión que compartan múltiple de cobertura no superior al territorio de Cataluña» [art. 140.7.c) del Estatuto de Cataluña]. Siendo indiscutible

la confirmación del principio de territorialidad en el fundamento jurídico de referencia, no parece, sin embargo, que su contenido no trascienda este punto, pues se apunta en él una consideración competencial de los medios electrónicos e informáticos de comunicación y difusión, al concluirse que «quedarían fuera de dicha competencia autonómica de gestión los conflictos derivados de la dimensión técnica vinculada al uso del dominio público radioeléctrico que está en manos del Estado, que es su titular (art. 149.1.21 CE)» (reitera esta doctrina la STC 78/2017, de 22 de junio, FJ 8).

Nada que oponer al encuadramiento de las comunicaciones electrónicas primordialmente en la materia «telecomunicaciones». Ahora bien, la potencialidad de dichas «comunicaciones» rebasa con creces los diques de este título competencial, por robustos que los imaginemos.

En efecto, esas «comunicaciones electrónicas» han mostrado su potencialidad como alternativa a los medios de comunicación social. Si trascendemos por un momento el ámbito del correo electrónico, en el que induce a pensar la literalidad del texto estatutario, inevitablemente viene a la mente el fenómeno de las redes sociales, al que invita a pensar la apertura de la STC 31/2010, FJ 85. Estas redes sociales, bien abiertas —Facebook, Twitter, Instagram...—, bien cerradas —WhatsApp, Telegram...— se están convirtiendo en un medio suministrador (si de tal cosa puede hablarse en un entorno eminentemente interactivo como es el de las redes sociales) de información, de noticias, de opinión. De modo que no es solo la comunicación electrónica *stricto sensu* sino la comunicación múltiple entre creadores de noticias, con sus pros y sus contras, lo que habrá de ocuparnos cada día más en lo porvenir.

Desde la perspectiva competencial, parece que corresponde al Estado el grueso de las competencias *ex* arts. 149.1.21.^a y 149.1.27.^a CE, pero en la medida en que está en juego la

efectividad de las libertades de expresión e información, elemento de referencia de la competencia estatal —y sus correspondientes autonómicas— que ahora nos ocupa, habrá de reconocerse el margen de intervención de las Comunidades Autónomas en este ámbito. Una intervención que no debe reducirse exclusivamente al empleo de medios represivos, sino que debe ponderar adecuadamente el valor de la educación para la con-

formación de la ciudadanía de una sociedad en red como es la nuestra; pues la facilidad de acceso a las redes nos recuerda inevitablemente que las libertades de expresión e información hunden sus raíces en la libertad de pensar. Ojalá quienes tienen competencias en unas y otras de estas materias sepan ejercerlas para la mayor efectividad del diálogo entre ciudadanos libres e iguales en una democracia deliberativa.

BIBLIOGRAFÍA

BASTIDA FREJEDO, F. J., «Las televisiones regionales en España», *Autonomies-RCDP*, núm. 7, 1987, págs. 55-73.

CARLÓN RUIZ, M., *Régimen jurídico de las telecomunicaciones. Una perspectiva convergente en el Estado de las Autonomías*, La Ley, Madrid, 2000.

ESTEVE PARDO, J., *Régimen jurídico-administrativo de la Televisión*, INAP, Madrid, 1984.

FERNÁNDEZ FARRERES, G., *El paisaje televisivo en España*, Aranzadi, Pamplona, 1997.

ARTÍCULO 149.1.28.^a

28.^a Defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español contra la exportación y la expoliación; museos, bibliotecas y archivos de titularidad estatal, sin perjuicio de su gestión por parte de las Comunidades Autónomas.

LAS COMPETENCIAS SOBRE EL PATRIMONIO HISTÓRICO

Sumario: I. El patrimonio histórico. II. La pluralidad de títulos del Estado. III. Los bienes de interés cultural. IV. La defensa frente a la expoliación. V. La defensa frente a la exportación. VI. La difusión internacional. VII. Los archivos. VIII. Conclusión.

JUAN MANUEL ALEGRE ÁVILA

CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO
EXLETRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. EL PATRIMONIO HISTÓRICO

1. La jurisprudencia constitucional sobre «Patrimonio Histórico», vale decir acerca de los arts. 148.1.15.^a y 16.^a y 149.1.28.^a de la Constitución (rótulo de la Ley que se dice a continuación), tiene una precisa referencia legal y un concreto pronunciamiento, en concreto la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español [en adelante, LPHE], por lo que hace a aquella, y la STC 17/1991, de 31 de enero, por lo que a este atañe. La STC 17/1991 resuelve, en efecto, los recursos de inconstitucionalidad (cuatro) interpuestos frente a la Ley 16/1985, y deducidos por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, la Junta de Galicia, el Gobierno Vasco y el Parlamento de Cataluña.

2. El texto de los citados preceptos constitucionales es el que sigue.

A) Art. 148.1:

«Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias:

[...]

15.^a Museos, bibliotecas y conservatorios de música de interés para la Comunidad Autónoma.

16.^a Patrimonio monumental de interés de la Comunidad Autónoma.»

B) Art. 149.1:

«El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:

[...]

28.^a Defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español contra la exportación y la expoliación; museos, bibliotecas y archivos de titularidad estatal, sin perjuicio de su gestión por parte de las Comunidades Autónomas.»

3. Los recursos de inconstitucionalidad, con mención de los preceptos impugnados, interpuestos frente a la LPHE fueron los siguientes:

— Recurso 830/1985, del Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña: arts. 1.3; 2.3; 4; 9 (y, por conexión, el art. 18 y la disposición transitoria sexta); 12; 13; 26, 28.2; 30.h) e i); 32.3; 33; 38; 49.5; 51; 56; 69.2 y disposición transitoria segunda.

— Recurso 847/1985, de la Junta de Galicia: arts. 1.3; 2.2 y 3; 9; 12.1; 13; 18; 26.1 y 5; 32.3; 33; 38.4; 49.5; 51.1; 53 y disposición transitoria sexta, ap. 1.º

— Recurso 850/1985, del Gobierno Vasco: arts. 4; 6.b); 7; 9; 12; 13.1; 18; 28.2; 32; 33; 49.5; 69.2; disposición adicional cuarta y disposición transitoria sexta, ap. 1.º

— Recurso 858/1985, del Parlamento de Cataluña: arts. 1.3; 2.3; 9; 12; 18; 26; 33; 38; 49.5; 51; 69; disposición transitoria segunda y disposición transitoria séptima.

4. La sustancial coincidencia en los preceptos recurridos va de la mano de la razón de su impugnación, a saber, que dada la índole de las Comunidades Autónomas recurrentes, Comunidades que desde el principio habían accedido al máximo nivel competencial permitido por la Constitución, el Estado, en una materia como la de Patrimonio Histórico, había de ceñirse estrictamente a lo dispuesto en el art. 149.1.28.^a, que refiere la competencia de aquel a la defensa de este Patrimonio frente a la exportación y la expoliación. Frente a esta tesis, la STC 17/1991 plasmará una interpretación conforme a la Constitución de determinados preceptos impugnados (los arts. 2.3; 9.1; 9.2; 9.5, párrafo final, disposición

transitoria sexta.1 y art. 49.5), a partir de la afirmación de que el Estado ostenta, a la hora de disciplinar la materia en cuestión, una pluralidad de títulos, esto es, no solo el específico del núm. 28 del art. 149.1, sino también los que se desprenden de los núms. 6, 8 y 18 y, por supuesto, el ap. 2 de este art. 149 de la Constitución.

II. LA PLURALIDAD DE TÍTULOS DEL ESTADO

El punto de partida, constatada la exclusividad con que ha sido asumida la materia de Patrimonio Histórico en los Estatutos de las Comunidades Autónomas recurrentes, es la determinación de los títulos de que dispone el legislador estatal para dictar la LPHE. Señalará el Tribunal: «[...] aunque no se impugne, pues, el contenido íntegro de la ley, sino solo preceptos singulares, resulta inicialmente útil alguna consideración acerca de la general potestad del Estado para legislar en una materia tan amplia y variada como la relativa al Patrimonio Histórico-Artístico», a cuyo efecto se recalca que «esta ley pretende establecer el estatuto peculiar de unos determinados bienes, que, por estar dotados de singulares características, resultan portadores de unos valores que les hacen acreedores a especial consideración y protección en cuanto dichos valores (y hasta los mismos bienes) son patrimonio cultural de todos los españoles e incluso de la comunidad internacional por constituir una aportación histórica a la cultura universal».

Esta consideración de los bienes integrantes del Patrimonio Histórico como «patrimonio cultural» es la que permite la inserción de la regulación de aquellos en la competencia (concurrente) sobre cultura que establece el art. 149.2 de la Constitución, dado que, como señalaron las SSTC 47/1984, 157/1985 y 106/1987, «la cultura es algo de la competencia propia e institucional tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas», estribiando ahí «la razón a que obedece el art. 149.2 CE, en el que, después de reconocer la

competencia autonómica, se afirma una competencia estatal, poniendo el acento en el servicio de la cultura como deber y atribución esencial» (FJ 2.º).

Así pues, la «integración de la materia relativa al Patrimonio Histórico-Artístico en la más amplia que se refiere a la cultura permite hallar fundamento a la potestad del Estado para legislar en aquella», habida cuenta de que dicha potestad se extiende al establecimiento de los «tratamientos generales» a que se refiere la STC 49/1984, dentro de los que han de entenderse comprendidos los amplios desígnios que alberga la LPHE al prever y regular el entero régimen jurídico del Patrimonio Histórico Español, amén de la integración en dicha potestad estatal de aspectos no acogidos por los Estatutos de Autonomía y, en particular, lo concerniente al régimen de defensa contra la exportación y la expoliación *ex art.* 149.1.28.^a

III. LOS BIENES DE INTERÉS CULTURAL

1. La STC 17/1991 aborda en su FJ 10 la constitucionalidad del art. 9.1 LPHE, que consigna la declaración individualizada «mediante Real Decreto» de los Bienes de Interés Cultural, aquellos que, en atención a su relevancia dentro del Patrimonio Histórico Español (art. 1.3 LPHE) gozan de «singular protección y tutela» (art. 9.1 LPHE).

El art. 9 LPHE, precepto que, como constata el Tribunal, constituye «un nudo esencial en el régimen de competencias debatido», fue impugnado sobre el entendimiento de que el Estado carece de competencias ejecutivas en este ámbito, más allá de lo estrictamente indispensable para asegurar la defensa del Patrimonio Histórico frente a la exportación y la expoliación, de suerte que la declaración controvertida debía anclarse en la competencia de las Comunidades Autónomas. Alegato frente al que el Tribunal Constitucional señalará que «la calificación formal como Bienes de Interés Cultural de «los más relevantes» del Patrimo-

nio Histórico Español (art. 1.3 de la Ley) constituye un requisito para que puedan gozar de singular protección y tutela (art. 9.1) y también, por tanto, para su defensa contra la exportación y la expoliación; pero lo es asimismo para la sumisión a un régimen singular derivado de su importancia cultural, y que en su propia complejidad abarca medidas de estricta protección y defensa, junto a otras que no lo son, y tienen naturaleza jurídica variada».

Esta amplitud de consecuencias anudada a la declaración de Bien de Interés Cultural «tiene, por tanto, un alcance general respecto al régimen del mismo y no solo en relación con su defensa frente a la expoliación y la exportación». Alcance general que, empero, no es óbice para que las pertinentes declaraciones hayan de entenderse comprendidos dentro de las facultades atribuidas por sus Estatutos a las Comunidades Autónomas. Dirá así el Tribunal:

«La categoría legal de los Bienes de Interés Cultural dentro del Patrimonio Histórico Español está integrada por los más relevantes del mismo, normalmente *[sic]* situados en alguna de las Comunidades Autónomas. Y a ellas, en cuanto la tengan asumida estatutariamente, debe corresponder la competencia para emitir su declaración formal, sin perjuicio de la del Estado en los supuestos singulares en que a este le viene atribuida por la Constitución y se señalan en el ap. b) del citado art. 6. En consecuencia, el inciso final del art. 9.1 (“declarados de Interés Cultural mediante Real Decreto de forma individualizada”) no se ajusta al bloque de la constitucionalidad más que si se entiende referido solamente a aquellos supuestos en que es competente el Estado para la ejecución de la ley, es decir, los mencionados en el párr. b) del citado art. 6. Pero sería contrario a aquel si se le *[sic]* considerase aplicable en todo caso. Así depurado el precepto de su exceso competencial (incluso el inciso inicial del

párr. 2), el resto de sus normas no implican extralimitación y son aplicables a todos los expedientes de declaración, tanto los de competencia del Estado como de las Comunidades Autónomas.»

Por tanto, según el Tribunal Constitucional, la adecuación al bloque de la constitucionalidad exige entender que la Administración del Estado está facultada para proceder a la declaración de Bien de Interés Cultural únicamente en los supuestos contemplados en el art. 6.b) LPHE, esto es, cuando se trate de bienes «adscritos a servicios públicos gestionados por la Administración del Estado o que formen parte del Patrimonio Nacional». En todos los demás supuestos, vale decir con carácter general, la competencia de declaración ha de entenderse de las Comunidades Autónomas «en cuanto la tengan asumida estatutariamente».

2. Objeto de impugnación lo fue asimismo el art. 49.5 LPHE, que señalaba que «la Administración del Estado podrá declarar constitutivos del Patrimonio documental aquellos documentos que, sin alcanzar la antigüedad indicada en los apartados anteriores, merezcan dicha consideración». Aun cuando el Tribunal considere que «la competencia que se atribuye aquí a la Administración del Estado y la trascendencia del acto no puede paragonarse con la del art. 9», acaba por concluir en que «este precepto no excluye que esa declaración pueda ser realizada por las Comunidades Autónomas en el ámbito de su competencia» (FJ 11).

3. Igualmente impugnados lo fueron los arts. 12.1 (Registro General de Bienes de Interés Cultural), 13.1 (Título oficial identificador de los Bienes de Interés Cultural), 26.1 (Inventario General de Bienes Muebles), 51.1 (Censo del Patrimonio Documental y Catálogo colectivo del Patrimonio Bibliográfico) y 53 (Sección especial del Inventario General para los bienes del Patrimonio Documental y Bibliográfico de singular relevancia), en tanto que instrumentos administrativos cuya gestión se encomienda por la LPHE a la Administración

del Estado. El Tribunal Constitucional, como argumento en favor de su constitucionalidad, esgrimirá que los mismos «constituyen manifestaciones del designio de la ley de articular los mecanismos de coordinación, conocimiento y publicidad precisos para desarrollar las competencias en la materia», que dichos Registros, Catálogos o Censos no agregan competencia alguna al Estado (que este no posea, ha de entenderse, en virtud de sus específicos títulos en la materia) ni privan de las competencias asignadas por sus Estatutos a las Comunidades Autónomas, de suerte que «su necesaria existencia no implica, pues, negar la posibilidad de que se creen los instrumentos equivalentes en el seno de aquellas Comunidades Autónomas que hayan asumido competencias en la materia». En definitiva:

«La propia naturaleza de los bienes a los que esas medidas generales de constancia, identificación formal y publicidad se refieren, o sea, los más relevantes del Patrimonio Histórico Español (es decir, común a todo el Estado) en el caso del Registro, los muebles de especial relevancia que no han sido objeto de aquella declaración en el caso del inventario general (art. 26) y el censo y catálogo y listín especial de los Patrimonios documental y bibliográfico, determinan también la competencia constitucional del Estado en cuanto la formación, publicidad y control unificado no solo serán exigencia previa para la defensa específica de esos bienes, sino, sobre todo, porque es de ese modo como su contribución a la cultura general se muestra organizada y con alcance general, justificando así la competencia de aquel para «facilitar la comunicación cultural entre las Comunidades Autónomas, de acuerdo con ellas» (art. 14.2 CE), porque esa comunicación respecto de esta clase de bienes se posibilita mediante su constancia y publicidad en los referidos instrumentos que, por ello mismo, tienen carácter único.»

IV. LA DEFENSA FRENTE A LA EXPOLIACIÓN

1. El art. 4 LPHE señala que «a los efectos de la presente Ley se entiende por expoliación toda acción u omisión que ponga en peligro de pérdida o destrucción todos o algunos de los valores de los bienes que integran el Patrimonio Histórico Español o perturbe el cumplimiento de su función social». No obstante su anclaje en la dicción del art. 149.1.28.^a de la Constitución («defensa contra la exportación y la expoliación»), su impugnación por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña y el Parlamento Vasco obedecía a que el precepto en cuestión había efectuado una interpretación del término «expoliación» que excedía del sentido propio que a este vocablo ha de atribuirse (expoliación como sinónimo de «acción de despojar con violencia o iniquidad»), amén de por incorporar, como contenido de las acciones u omisiones en el mismo englobadas, la referencia a la perturbación del cumplimiento de la función social que los bienes del Patrimonio Histórico cumplen.

Frente a esta interpretación, el Tribunal Constitucional (FJ 7.º) sostendrá que «la acepción constitucional del concepto expoliación no debe quedar limitada al estricto significado gramatical del término, como ocurre en general con los conceptos indeterminados, que rebasan su acepción literal para alcanzar el sentido que la experiencia les ha ido atribuyendo», pues la estricta acepción literal del término «expoliación» supondría «restringir la competencia del Estado a las meras funciones de vigilancia, protección y represión contra los ataques físicos que dañen o destruyan el patrimonio o priven ilegalmente del mismo, competencia que en general ya le viene atribuida por el art. 149.1.6.^a de la CE como comprendida en las medidas de orden público, penales o civiles, en cuanto el despojo o destrucción violentos ya tengan trascendencia de infracción penal (art. 46 CE) o simplemente la privación ilícita». En consecuencia:

«Algún mayor alcance habrá que atribuir al término que delimita, en el

art. 149.1.28.^a, la competencia para la defensa contra la expoliación, cuya mención en otro caso sería innecesaria. La utilización del concepto de defensa contra la expoliación ha de entenderse como definitoria de un plus de protección respecto de unos bienes dotados de características especiales. Por ello mismo abarca un conjunto de medidas de defensa que a más de referirse a su deterioro o destrucción tratan de extenderse a la privación arbitraria o irracional del cumplimiento normal de aquello que constituye el propio fin del bien según su naturaleza, en cuanto portador de valores de interés general necesitados, estos valores también, de ser preservados. Así, pues, la Ley llama perturbación del cumplimiento de su función social a la privación del destino y utilidad general que es propio de cada uno de los bienes, aunque materialmente el bien mismo permanezca.»

Corrección, pues, del entendimiento que del concepto «expoliación» como atributivo de competencia estatal ha efectuado el art. 4 LPHE, en la medida en que, de acuerdo a la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, en el mismo han de comprenderse todas aquellas acciones u omisiones que frustren la consecución de los objetivos inherentes a la legislación histórica, esto es, la puesta en peligro de pérdida o destrucción de los valores propios de los bienes históricos, así como la frustración del destino o utilidad que, de acuerdo a sus caracteres, sirven estos bienes (la perturbación de su función social, en los términos del art. 4 LPHE). En consecuencia, el enjuiciamiento de dicho precepto ha de llevarse a cabo no en términos abstractos sino apreciando la conformidad de las concretas medidas adoptadas *ex* art. 4 LPHE con «lo que racionalmente debe integrar la protección de esos bienes en un significado finalista». De ahí que «una hipotética invasión competencial no vendría así dada por la utilización en el precepto legal de la expresión «perturbe el cumplimiento de su función

social», sino por una aplicación extensiva en cada caso y es allí donde cabría remediarla».

De lo que antecede se desprende la legitimidad constitucional de distintos preceptos de la LPHE que pueden considerarse situados en la órbita del art. 4 LPHE. Así, el art. 18 LPHE, que somete a la preceptiva autorización de la Administración del Estado el desplazamiento o remoción de los Bienes de Interés Cultural, en la medida en que (FJ 14) «el cambio de emplazamiento de un inmueble o su remoción implica riesgos para la propia existencia o también para la función social, cultural o histórica a la que aparece vinculado; y no solo esto, sino que la situación de un inmueble confiere de ordinario a su entorno un carácter derivado de aquel, de tal manera que, no ya el bien singular, sino el paraje, quedan de hecho calificados al calificarse el primero». De ahí que sea «preciso someter el desplazamiento a autorización previa por parte de la Administración del Estado, como garante de la preservación de tales bienes en cuanto se den las citadas circunstancias y como consecuencia de la evidente relación que existe entre la remoción del bien y la privación o lesión de su propio destino».

Igualmente, es la defensa frente a la expoliación el fundamento del art. 28.2 LPHE, según el cual «los bienes muebles que forman parte del Patrimonio Histórico Español no podrán ser enajenados por las Administraciones Públicas», limitación de la facultad de disposición que constituye (FJ 15) «una medida de conservación del acervo cultural español del que esos bienes forman parte, por lo cual su adopción legislativa no puede negarse al Estado en aplicación del art. 149.2 CE». Más aún, la entrega del contenido del art. referido a la regulación autonómica supondría vulnerar la competencia del Estado sobre la legislación civil (art. 149.1.8.^a de la Constitución) o, incluso, sobre el régimen jurídico (básico) de las Administraciones Públicas (art. 149.1.18.^a de la Constitución).

Asimismo, la defensa frente a la expoliación ampara el dictado de la disposición transito-

ria séptima LPHE, a cuyo tenor «en el plazo de cinco años a partir de la entrada en vigor de la Ley, los responsables de la instalación deberán retirar la publicidad comercial, así como los cables y conducciones a que se refiere el art. 19.3» (precepto este último, por cierto, no impugnado en ninguno de los recursos de inconstitucionalidad).

2. Asimismo, la noción expoliación se erige en clave de bóveda de la STC 122/2014, de 17 de julio, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta senadores del Grupo Parlamentario Socialista contra diversos preceptos de la Ley de la Asamblea de Madrid 3/2013, de 18 de junio, de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid. Un pronunciamiento que, junto a la STC 17/1991, conforma el corpus constitucional sobre el alcance y extensión de la competencia estatal en materia de Patrimonio Histórico y, por ende, el ámbito de la competencia autonómica sobre los bienes históricos o culturales, en particular por lo que atañe a la posición de la LPHE en el entramado de la regulación acerca del Patrimonio Histórico. A este propósito, la doctrina incorporada a la STC 122/2014 puede sintetizarse del modo que sigue:

— Las previsiones constitucionales y estatutarias en materia de patrimonio histórico «resultan suficientes, por sí sol[a]s, como instrumentos de delimitación de las competencias en la materia».

— La LPHE «no constituye en sí misma bases materiales ni define el canon o parámetro de constitucionalidad» del enjuiciamiento de las leyes autonómicas en la materia.

— Este enjuiciamiento pasa por verificar si las determinaciones de la LPHE [en el caso, los preceptos de la LPHE alegados por los recurrentes como término de contraste de la constitucionalidad de la ley autonómica impugnada] pueden imbricarse en las distintas «submaterias» que integran el contenido de las «competencias estatales» en la materia, específicamente, la comprendida en el primer inciso del

art. 149.1.28.^a de la Constitución en el particular atinente a la «defensa contra la expoliación».

Por tanto, si como consecuencia de esa labor de verificación se aprecia que «esos ámbitos materiales», esas «submaterias», se integran «en el contenido y alcance de las citadas competencias estatales, muy en particular en la determinada por el art. 149.1.28.^a CE», la consecuencia no puede ser sino que los mismos «quedarán extramuros de la competencia general atribuida a la Comunidad Autónoma de Madrid en relación al patrimonio histórico en virtud del art. 26.1.19 EAM [Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid], de modo que si las normas impugnadas de la LPHCM inciden en esas materias estarán invadiendo las referidas competencias estatales». En todo caso, se recalca con renovado énfasis, «no es la LPHE, por sí misma, la que opera como parámetro de constitucionalidad, en tanto que las normas constitucionales que atribuyen tales títulos competenciales al Estado, según han sido interpretadas por la doctrina de este Tribunal, amparan su concreto contenido material como competencia estatal». Formulación, pues, del cometido del Tribunal Constitucional:

«En definitiva, el análisis del fondo de este recurso de inconstitucionalidad exigirá [...] verificar si los preceptos de la LPHE propuestos por los recurrentes regulan una submateria comprendida en alguna de las competencias estatales invocadas por aquellos y, en caso afirmativo, comprobar si la norma autonómica impugnada en cada caso incide en ese sector material o, por el contrario, respetándolo, regula otro de los contenidos que abarca la materia competencial patrimonio histórico.»

En otros términos, la norma autonómica solo será inconstitucional si «incide» en alguno de los sectores materiales, o «submaterias», inculcados en los específicos contenidos a que dan cobertura las «competencias estatales» en

la materia «patrimonio histórico», que, como se viene insistiendo, no agotan el entero repertorio de aquella, resultando, por el contrario, conforme a la Constitución si, respetando esos específicos contenidos, regula otros de los comprendidos en la referida materia.

Dicho esto, y antes de abordar el examen de las impugnaciones dirigidas frente a los concretos preceptos recurridos, el Tribunal Constitucional insistirá, como quicio de la resolución del recurso de inconstitucionalidad, en que «las competencias estatales invocadas no aparecen configuradas en la Constitución como competencias básicas, por lo que corresponde a este Tribunal, interpretando directamente los enunciados del texto constitucional, delimitar qué submaterias comprenden aquellas». De este aserto se desprenden dos consecuencias, la primera, a su vez, verbalizada en dos planos o vectores.

Así, en primer lugar, el haz de la primera consecuencia: «[...] este Tribunal puede reconocer que alguno de estos contenidos que integran los títulos estatales en presencia, y que por formar parte de dichos títulos las Comunidades Autónomas no pueden regularlos, son [...] los disciplinados en la LPHE»; y, sin solución de continuidad, el envés de esta primera consecuencia: «Pero es igualmente posible que identifique como submaterias que forman parte de estos títulos competenciales estatales ciertos contenidos que, respondiendo a su sentido y funcionalidad propios, no estén normados por el Estado en la LPHE u otra ley estatal».

Y, de seguido, la segunda consecuencia: «[...] tales submaterias se insertan en los referidos títulos competenciales estatales no porque estén regulados en la LPHE u otra ley estatal, como ocurriría si la atribución estatal en estas materias (arts. 149.1.28.^a y 149.2 CE) fuese una competencia básica, sino porque así delimita este Tribunal el alcance de los mismos».

En suma, forman parte de los sectores materiales, o «submaterias», incorporados a las «competencias estatales» en materia de patri-

monio histórico, aquellos contenidos que el Tribunal Constitucional «interpretando directamente los enunciados del texto constitucional», reconoce como tales, hállese o no disciplinados en la LPHE. En este sentido, por tanto, tales «submaterias» se integran en los títulos competenciales del Estado en virtud de la específica «delimitación» operada por el Tribunal Constitucional, no por el hecho de la incorporación de su regulación a la LPHE, u otra ley estatal, como ocurriría de haber procedido el texto constitucional a la atribución en favor del Estado de una «competencia básica».

3. Sobre la base de las meritadas consideraciones, la STC 122/2014 analiza las concretas impugnaciones deducidas frente a la Ley de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid. Un análisis que conduce a un fallo cuyo tenor es el que sigue:

«Primero: Estimar parcialmente el presente recurso de inconstitucionalidad y, en consecuencia, declarar inconstitucionales y nulos los arts. 2.2, 8.5, 19.2, 23.1, 23.2, último inciso del 24.2 a) que señala «salvo casos excepcionales y previa autorización expresa de la Consejería competente en materia de patrimonio histórico», 24.5 y 27.

Segundo: Declarar que es constitucional el art. 26.1 entendido en los términos que se exponen en el FJ 13.

Tercero: Desestimar el presente recurso de inconstitucionalidad en todo lo demás.»

La *ratio decidendi* de los transcritos pronunciamientos es, desde la óptica del art. 149.1.28.^a del texto constitucional, bien la vulneración por los preceptos afectados de la competencia estatal «defensa frente a la expropiación» bien, en el caso del art. 26.1 de la Ley autonómica, la no conculcación de la referida competencia estatal siempre y cuando el precepto en cuestión se interprete en los términos del FJ 13. Importa, pues, transcribir el texto de las prescripciones legales que son objeto de enjuiciamiento por la STC 122/2014:

— Art. 2.2: «Serán Bienes de Interés Cultural los bienes que, formando parte del patrimonio histórico de la Comunidad de Madrid, tengan un valor excepcional y así se declaren expresamente. En todo caso, serán Bienes de Interés Cultural los bienes muebles que integran los fondos de museos y colecciones de titularidad de la Comunidad de Madrid».

— Art. 8.5: «La declaración de Bien de Interés Cultural únicamente podrá dejarse sin efecto, en todo o en parte, siguiendo los mismos trámites establecidos para tal declaración y solo si se justifica la pérdida irreparable o la inexistencia del valor excepcional en virtud del cual fue protegido».

— Art. 19.2 [el rótulo del art. 19, inserto en el Capítulo I —«Normas comunes»— del Título IV —«Régimen específico de protección de los Bienes de Interés Cultural»— es «Autorización de intervenciones»]: «Esta autorización no será necesaria en los siguientes supuestos: a) En las intervenciones de mantenimiento en bienes inmuebles declarados en las categorías previstas en las letras b), c) o e) del art. 3.1 que tengan como finalidad mantener el bien en condiciones de salubridad, habitabilidad y ornato, siempre que no se alteren las características morfológicas, ni afecten al aspecto exterior del bien protegido. b) En las transformaciones del interior de los inmuebles que formen parte de entornos delimitados. c) Cuando los Bienes de Interés Cultural hayan sido declarados en las categorías previstas en las letras b), c), e) o g) del art. 3.1 y se haya redactado un plan especial de protección, en los términos establecidos por los aps. 2 y 3 del art. 26».

— Art. 23 [«Desplazamientos y segregaciones»], aps. 1 y 2: «1. Los bienes inmuebles declarados de Interés Cultural son inseparables de su emplazamiento. No obstante, se podrá proceder a su desplazamiento o remoción, previa autorización de la Consejería competente en materia de patrimonio histórico, cuando concurren causas debidamente justificadas. 2. Los Monumentos y Jardines Histó-

ricos no podrán ser objeto de segregación parcelaria. No obstante, solo se admitirá excepcionalmente cuando concurren causas debidamente justificadas y previa autorización de la Consejería competente en materia de patrimonio histórico».

— Art. 24 [«Normas específicas de intervención en bienes inmuebles y sus entornos de protección»], ap. 2, letra a) en el inciso «salvo casos excepcionales y previa autorización expresas de la Consejería competente en materia de patrimonio histórico»: «2. Las obras de conservación, restauración o rehabilitación en Monumentos y Jardines Históricos se realizarán de acuerdo con los siguientes criterios: [...]. b) Se respetarán los valores históricos y las características esenciales del bien, pudiendo autorizarse el uso de elementos, técnicas y materiales actuales para la mejor adaptación del bien al uso. Se conservarán alineaciones, rasantes y las características volumétricas definidoras del inmueble, salvo casos excepcionales y previa autorización expresa de la Consejería competente en materia de patrimonio histórico».

— Art. 24.5: «Deberá evitarse la colocación de publicidad comercial, cables, antenas y conducciones visibles en los Jardines Históricos y en las fachadas y cubiertas de los Monumentos. En todo caso, su colocación deberá ser autorizada por la Consejería competente en materia de patrimonio histórico. En aquellos inmuebles en los que se desarrollen actividades culturales se podrán colocar rótulos indicadores de su horario de visitas, historia, patrocinio, o difusión de las actividades que se celebren en el bien, previa comunicación a la Consejería competente en materia de patrimonio histórico».

— Art. 27 [«Régimen de visitas»]: «Los titulares o poseedores de bienes inmuebles de titularidad pública declarados de Interés Cultural deberán permitir la visita pública al menos una vez al mes. La Consejería competente en materia de patrimonio histórico podrá dispensar de dicha obligación cuando concorra causa justificada».

— Art. 26 [«Planes especiales de protección»], ap. 1: «Los Municipios en que se encuentren Bienes de Interés Cultural declarados en las categorías a que se refieren las letras b), c), e) o g) del art. 3.1 podrán redactar un plan especial de protección del área afectada por la declaración o incluir en su planeamiento general determinaciones de protección suficientes a los efectos de esta ley. La aprobación de estos instrumentos urbanísticos requerirá el informe favorable de la Consejería competente en materia de patrimonio histórico». Precepto que, a tenor de lo señalado, «es constitucional [...] entendido en los términos que se exponen en el FJ 13 [de la STC 122/2014]». FJ 13 que dice así:

«Al art. 26.1, primer inciso, de la Ley de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid se le reprocha que, a diferencia de lo regulado en el art. 20.1, primer inciso, LPHE, no establezca la obligatoriedad de aprobar planes especiales de protección de los inmuebles declarados como bien de interés cultural, lo que se deja a la disponibilidad facultativa del Ayuntamiento respectivo con la consiguiente reducción de la protección contra la expoliación. Tras glosar nuevamente la legislación autonómica sobre el particular, los recurrentes afirman que el plan especial de protección es un mecanismo que perfecciona y completa la integración entre la legislación urbanística y la legislación de patrimonio histórico. Sin embargo, lo que en el resto de España es obligatorio, en la Comunidad de Madrid se transforma en potestativo, a disposición de los Ayuntamientos que pueden redactar o no redactar esos planes especiales, lo cual se hace conculcando las competencias del Estado previstas en el art. 149.1.28.^a CE.

El art. 26 de la Ley autonómica, referido a los «planes especiales de protección», dispone en su ap. 1 que «los Municipios en que se encuentren Bienes de Interés Cultural declarados en las categorías a que se refieren las letras b), c), e) o g) del art. 3.1 podrán redactar un plan especial de protección del área afectada por la declaración o incluir en su planeamiento gene-

ral determinaciones de protección suficientes a los efectos de esta ley. La aprobación de estos instrumentos urbanísticos requerirá el informe favorable de la Consejería competente en materia de patrimonio histórico».

Por su parte, el art. 201, primer inciso, LPHE, establece que «la declaración de un Conjunto Histórico, Sitio Histórico o Zona Arqueológica, como Bienes de Interés Cultural, determinará la obligación para el Municipio o Municipios en que se encontraren de redactar un Plan Especial de Protección del área afectada por la declaración u otro instrumento de planeamiento de los previstos en la legislación urbanística que cumpla en todo caso con las exigencias en esta Ley establecidas».

La obligación de dispensar atención específica en los planes urbanísticos a las áreas declaradas conjunto histórico, sitio histórico o zona arqueológica está orientada a la defensa de esos bienes de interés cultural frente a la explotación y, por tanto, encaja plenamente en la competencia exclusiva del Estado *ex art.* 149.1.28.^a CE. Ahora bien, como dijimos en el FJ 5 en relación a la definición por el Estado de las notas que caracterizan a los bienes de interés cultural, la regulación agotadora de la obligación que nos ocupa supondría la extensión de la competencia estatal en materia de protección de la cultura y del patrimonio histórico a ámbitos no queridos por el constituyente (STC 17/1991, de 31 de enero). Esta delimitación adquiere todo su sentido en relación al art. 20.1 LPHE, que no impone que esta atención específica haya de realizarse necesariamente mediante un plan especial de protección sino que admite también que se materialice a través de «otro instrumento de planeamiento de los previstos en la legislación urbanística», siempre que en él se contemple de un modo especial la protección de estos bienes.

En otras palabras, lo que está reservado al Estado en ejercicio de la competencia exclusiva que le atribuye el art. 149.1.28.^a CE es prever normativamente que las áreas declaradas conjunto histórico, sitio histórico o zona ar-

queológica han de recibir una atención particular y adecuada en los planes urbanísticos. La precisión de esta determinación normativa, siempre que no la contradiga o menoscabe de otra manera, al quedar fuera de esa competencia, puede ser abordada por las Comunidades Autónomas que tengan asumidas competencias en materia de patrimonio histórico, como es el caso de la Comunidad de Madrid en el art. 26.1.19 EAM.

Teniendo en cuenta este reparto competencial, procede ahora examinar si el art. 26.1 de la Ley autonómica invade o no la competencia exclusiva estatal *ex art.* 149.1.28.^a CE. Es relevante en este examen, de un lado, que la opción que brinda el precepto impugnado a los municipios con la locución «podrán» se refiere a que estos están habilitados para elegir uno u otro de los instrumentos que cita el propio precepto de manera alternativa, esto es, redactar un plan especial de protección o incluir las «determinaciones de protección suficientes» en el planeamiento urbanístico general. De este modo, el art. 26.1 de la Ley de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid no conviene en voluntario para los municipios la adopción de estas medidas de protección.

Es importante también, de otro lado, que el art. 26.1 de la Ley autonómica no permite que la protección de estas áreas en los planes urbanísticos se verifique mediante la previsión de medidas generales de aplicación indistinta a todo tipo de suelos, sino que exige que se trate de medidas especiales y adecuadas, posibilitando eso sí que las mismas se instrumenten en un plan especial de protección del área afectada o se incluyan en su planeamiento general determinaciones de protección suficientes a los efectos de esta Ley.

De lo expuesto se desprende que el art. 26.1 de la Ley autonómica no invade el ámbito material que atribuye al Estado el art. 149.1.28.^a CE, que se concreta en la obligación de los municipios de prever en los planes urbanísticos medidas específicas destinadas a proteger las áreas declaradas conjunto histórico,

sitio histórico o zona arqueológica, sino que, respetando esa obligación esencial, precisa los detalles de la misma, que ya no forman parte de la competencia estatal indicada, pudiendo regularlos la Comunidad Autónoma de Madrid en virtud de la competencia que le asigna el art. 26.1.19 EAM y entendido de esta forma el precepto sería constitucional, interpretación que se llevará al fallo.»

4. La Ley 21/2005, de 17 de noviembre, de restitución a la Generalitat de Cataluña de los documentos incautados con motivo de la guerra civil custodiados en el Archivo General de la Guerra Civil Española y de creación del Centro Documental de la Memoria Histórica, ha dado lugar a tres pronunciamientos [directos o inmediatos] y aun a un cuarto y a un quinto [indirecto o mediatos] del Tribunal Constitucional. Aquellos, las SSTC 20/2013, de 31 de enero, 67/2013, de 14 de marzo, y 68/2013, de 14 de marzo [caso: papeles de Salamanca o Archivo de la Guerra Civil I, II y III] resuelven los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por la Junta de Castilla y León, por más de cincuenta senadores del Grupo Parlamentario Popular del Senado y por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los diputados, respectivamente. El *leitmotiv*, en lo que aquí interesa, de las impugnaciones de que conocieron los referidos pronunciamientos constitucionales estribaba en que la restitución ordenada por la ley cuestionada vulneraba la integridad del archivo estatal concernido y, en consecuencia, era constitutiva de expoliación. El Tribunal Constitucional, en síntesis, desestima el alegado vicio de constitucionalidad declarando, en consecuencia, que a la mencionada devolución o restitución no cabe anudar el reproche denunciado por los recurrentes.

Paralelamente a la impugnación resuelta por la STC 20/2013, la Junta de Comunidades de Castilla y León aprobó la Ley 8/2004, de 22 de diciembre, por la que se modifica la Ley 12/2002, de 11 de julio, del patrimonio cultural de Castilla y León, con la pretensión de tratar de impedir la salida del territorio de

Castilla y León de los documentos cuya devolución o restitución era el objeto de la Ley 21/2005. En esta ocasión, la Ley de la Comunidad Autónoma de Castilla y León fue recurrida ante el Tribunal Constitucional por el Presidente del Gobierno de la Nación. La STC 136/2013, de 6 de junio [caso: declaración de bien de interés cultural como colección de documentos contenidos en archivos estatales], el cuarto de los pronunciamientos constitucionales que, esta vez de manera mediata o indirecta, se refieren a los conocidos como papeles de Salamanca, al estimar el oportuno recurso de inconstitucionalidad, declaró inconstitucional y nulo el art. único de la ley autonómica.

Igual suerte a la de la Ley de Castilla y León 8/2004 corrió la igualmente Ley de la Comunidad Autónoma de Castilla y León 7/2004, de 22 de diciembre, cuyo art. único daba nueva redacción al art. 47 de la Ley 6/1991, de 19 de abril, de archivos y patrimonio documental de Castilla y León: Recurrida por el Presidente del Gobierno, la STC 38/2013, de 14 de febrero [caso: integración en sistema archivístico autonómico de archivos estatales] declaró la inconstitucionalidad y nulidad del art. único de la Ley 7/2004, cuyo objetivo era, de modo coincidente con el que animaba a la Ley 8/2004, tratar de evitar o impedir la salida del territorio de Castilla y León de los papeles de Salamanca, bien que en este caso a través del expediente genérico de declarar la integración en el sistema archivístico de la Comunidad Autónoma de los archivos estatales radicados en el territorio de Castilla y León, singularmente, el Archivo General de la Guerra Civil Española, radicado en Salamanca.

5. Aun cuando sin conexión con la noción apelación en el contexto del reparto de competencias en materia de patrimonio histórico entre el Estado-aparato y las Comunidades Autónomas, aunque sí en el seno de las relaciones entre las atribuciones competenciales de las diferentes Comunidades Autónomas, conviene dar cuenta de la STC 6/2012, de 18 de enero, que estimó el conflicto de compe-

tencias planteado por la Generalitat catalana frente al ejercicio por la Comunidad Autónoma de Aragón del derecho de retracto con ocasión de la venta de los bienes del Monasterio de Sigüenza. En la ocasión el Tribunal Constitucional consideró improcedente el referido ejercicio del derecho de retracto en relación a unos bienes que en el momento de su venta se encontraban en el territorio de Cataluña. Aun cuando se acepta la proyección extraterritorial del ejercicio de las competencias de la Comunidad Autónoma de Aragón, el fallo estimatorio trae causa de la observación de los que los bienes en cuestión se hallaban adecuadamente protegidos en virtud del ejercicio de sus propias competencias en materia de patrimonio histórico por la Comunidad Autónoma de Cataluña, sin que a este propósito, y para la consecución del meritado objetivo, sea pertinente la entrada en juego del derecho de retracto por parte de una Comunidad Autónoma en cuyo territorio no se encontraban, en el momento del ejercicio de aquel derecho o potestad administrativa, los bienes a que se contraía su ejercicio; con desconocimiento así de que el fin u objetivo de tal derecho o potestad administrativa no estriba tanto en la protección de los bienes en cuestión cuanto en la ampliación de los patrimonios públicos de bienes históricos o culturales.

V. LA DEFENSA FRENTE A LA EXPORTACIÓN

1. Junto a la defensa frente a la expoliación como título atributivo de competencia estatal en materia de Patrimonio Histórico, el segundo de los que *nominatim* ampara la intervención estatal en este ámbito es, igualmente recogido en el art. 149.1.28.^a de la Constitución, la defensa frente a la exportación. Con expresa invocación de este título, la STC 17/1991 abordará el examen de la constitucionalidad de los arts. 30, aps. h) e i); 32 y 33 (en relación con el 56), precepto este último que atribuye a la Administración del Estado la facultad de adquisición preferente con ocasión de la solicitud de exportación de un bien del Patrimo-

nio Histórico, y cuya corrección ratificará el Tribunal a partir de las exigencias de la señalada «defensa frente a la exportación», si bien ha de señalarse que este art. 33 era impugnado junto a los arts. 38 y 56 (referido el segundo de estos al Patrimonio Documental y Bibliográfico), preceptos todos que tienen en común la atribución a la Administración del Estado del derecho de prelación en relación con el comercio exterior e interior de bienes del Patrimonio Histórico, razón por la cual el Tribunal habrá de atender, sucesivamente, al fundamento constitucional de la potestad del Estado para regular el ejercicio de este derecho de prelación, así como la preferencia otorgada en todo caso a la Administración del Estado, cuestiones que hallarán en cada caso una explicación diferente (la competencia sobre la legislación civil y sobre el régimen jurídico de las Administraciones Públicas —arts. 149.1.8.^a y 149.1.18.^a de la Constitución, respectivamente—, en el primer caso, y las exigencias de la defensa frente a la expoliación —supuesto del ejercicio de los derechos de tanteo y retracto en el comercio interior: arts. 149.1.28.^a y 149.2 de la Constitución— y la exportación —derecho de prelación en el comercio exterior: art. 149.1.28.^a—, en el segundo).

2. En primer lugar, el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña impugnaba los aps. h) e i) del art. 30 LPHE, preceptos que regulan la gestión y el destino de la tasa exigida por el otorgamiento de la autorización de exportación. Entendía el recurrente que el hecho de que aquellos atribuyeran la gestión de la tasa al Ministerio de Cultura, así como que su importe se ingresara en el Tesoro Público, suponían una contravención de lo dispuesto en el ap. b) 4 del Real Decreto 1010/1981, de 27 de febrero, de traspasos a Cataluña, en el cual se contemplaba la competencia de la Comunidad Autónoma para tramitar las solicitudes de exportación. En este sentido, consideraban (FJ 16) que «la norma únicamente sería constitucional si se entendiese que la gestión y cobro de la tasa correspondería a aquella Administración que tramitase el expediente y, por consiguiente, prestase el servicio conducente al otorgamiento de la autorización, o, en

todo caso, a ambas Administraciones en la proporción que corresponda».

Frente a este razonamiento, y sobre la base de que en el contraste entre la LPHE y el Decreto de traspasos hay implicadas dos cuestiones (la competencia para gestionar los expedientes de exportación, de un lado, y, de otro, la atribución o distribución del producto de la tasa), entenderá el Tribunal que «la competencia exclusiva que el Estado ostenta para la defensa contra la exportación es lo que permite en el ejercicio de la misma someterla a previa licencia», licencia cuyo otorgamiento se configura como hecho imponible de la tasa, y que, en todo caso, es otorgada por la Administración del Estado (art. 5.2 LPHE), sin perjuicio de la tramitación de la oportuna solicitud de exportación por la Comunidad Autónoma.

Por otra parte, y en segundo lugar, la base imponible de la tasa no se fija, como sostiene el recurrente, en atención al coste de la prestación del servicio, sino en consideración al valor real del bien cuya exportación se solicita, afectándose el producto de la tasa a la adquisición de bienes de interés para el Patrimonio Histórico Español. Esta es la razón por la que el Tribunal dará por buena la atribución de la gestión de la tasa al Ministerio de Cultura y la incorporación de su importe al Tesoro Público. Se dirá así:

«Es, pues, en la competencia atribuida a la Administración del Estado por el art. 149.1.28.^a CE donde se justifica la de otorgamiento de la licencia, y esta, a su vez, justifica la exacción de la tasa correspondiente (cuyo fundamento de imposición cabe referir al art. 133.1). No se contradice el que la gestión se atribuya al Ministerio de Cultura y la tasa se ingrese en el Tesoro con el hecho de que los expedientes para la autorización de la exportación se tramiten por la Comunidad Autónoma, puesto que la fase final de otorgamiento (si la autorización no es antes denegada) se atribuye al Ministerio, incluso en el Real Decreto de Transferencia;

esto último no implica privarles de la competencia para la tramitación, sino solo para el otorgamiento de la licencia. No hay, por tanto, contradicción alguna entre las competencias que el RD 1010/1981 encomienda a la Comunidad Autónoma catalana y la regulación contenida en el art. 30 de la Ley 16/1985, de 25 de junio.»

3. Con apoyo, igualmente, en el art. 149.1.28.^a, el Tribunal desestimará la objeción suscitada en relación con el art. 32.3 LPHE, que permite a la Administración del Estado declarar de Interés Cultural, a solicitud de su propietario, y antes del transcurso del plazo de diez años contemplado en este precepto, los bienes importados en los términos del art. 32.1 LPHE. La constitucionalidad del precepto impugnado se fundamentará en el carácter excepcional del régimen incorporado al apartado en cuestión:

«La evidente relación de la situación de tales bienes respecto de las posibilidades de su exportación y la excepcionalidad del supuesto, que permite incluirlo entre los casos de necesidad previstos en el art. 6.b) de la Ley, así como la transitoriedad de tales bienes durante ese período derivada de las posibilidades de su exportación, son razones determinantes de que, durante tal período, haya de corresponder al Estado una actuación extraordinaria de protección, como es la declaración anticipada prevista en dicho precepto, que claramente se apoya en el inciso final del art. 149.1.28.^a CE.»

4. En segundo lugar (y en este punto el Tribunal acudirá, para justificar la competencia del Estado, a diversos títulos del art. 149.1 de la Constitución: singularmente, el núm. 28 —defensa frente a la exportación y la expoliación—, mas también los aps. 8 y 18), se cuestionaba la regulación que la LPHE (arts. 33, 38 y 56) llevaba a cabo de la facultad de adquisición preferente, y adquisición preferente en favor de la Administración del Estado, con

ocasión del tráfico interno y externo de bienes del Patrimonio Histórico Español. Un cuestionamiento tanto de la misma regulación por el Estado de la referida facultad de adquisición preferente como, en todo caso, de la preferencia atribuida en su ejercicio a la Administración del Estado.

A) La corrección del primer extremo se hace derivar, en línea de la traída a colación en este ámbito del Patrimonio Histórico de una pluralidad de títulos competenciales, de los títulos consignados en los núms. 8 (legislación civil) y 18 (régimen jurídico —básico— de las Administraciones Públicas) del art. 149.1 de la Constitución.

B) En lo atinente a la preferencia atribuida a la Administración del Estado con ocasión del comercio exterior de bienes del Patrimonio Histórico, entiende el Tribunal que «es evidente que a la Administración del Estado debe corresponder el ejercicio de este derecho de tanteo, puesto que el mismo es claramente un medio de defensa de los bienes contra la exportación, materia de su competencia (art. 149.1.28.^a CE)». Es, pues, específicamente, la «defensa frente a la exportación» *ex* art. 149.1.28.^a de la Constitución el título que ampara la cuestionada, y constitucional, preferencia en favor de la Administración del Estado cuando se trata de exportar un bien del Patrimonio Histórico Español.

C) Finalmente, y por lo que se refiere al ejercicio de los derechos de tanteo y retracto en relación con las enajenaciones de bienes dentro del territorio nacional, el Tribunal recalca que la preferencia en favor de la Administración del Estado únicamente lo es (art. 38.4 LPHE) cuando «se trate de adquirir bienes muebles para un museo, archivo o biblioteca de titularidad estatal», preferencia que ha de encuadrarse en la competencia del Estado sobre museos, archivos y bibliotecas de titularidad estatal (art. 149.1.28.^a de la Constitución), así como en la función de comunicación cultural a que se contrae el art. 149.2 del texto constitucional.

VI. LA DIFUSIÓN INTERNACIONAL

El art. 2.3 LPHE dice así:

«A la Administración del Estado compete igualmente la difusión internacional del conocimiento de los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español, la recuperación de tales bienes cuando hubiesen sido ilícitamente exportados y el intercambio, respecto a los mismos, de información cultural, técnica y científica con los demás Estados y con los organismos internacionales, de conformidad con lo establecido en el art. 149.1.3.^a de la Constitución. Las demás Administraciones competentes colaborarán a estos efectos con la Administración del Estado.»

Del precepto transcrito se cuestionaban los incisos que atribuyen a la Administración del Estado competencia para la difusión internacional del conocimiento de los bienes del Patrimonio Histórico Español, así como en relación con el intercambio respecto de los mismos de información cultural, técnica y científica con los demás Estados y con los organismos internacionales (FJ 6.^o). A este propósito, entiende el Tribunal que no cabe acudir a la competencia exclusiva del Estado para defender el Patrimonio Histórico contra la exportación y la expoliación, ni tampoco recabar para el Estado la exclusividad de la competencia en este precepto señalada acudiendo a la noción de relaciones internacionales del art. 149.1.3.^a de la Constitución. Por el contrario, se trata de una competencia concurrente del Estado y las Comunidades Autónomas, que deriva del art. 149.2 de la Constitución, siempre que los actos que en dicha labor de difusión internacional o de intercambio de información lleven a cabo las Comunidades Autónomas no generen responsabilidad del Estado, de índole política o económica, con terceros.

VII. LOS ARCHIVOS

1. Una alusión a la STC 103/1988, de 8 de junio, resolutoria del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno contra diversos preceptos de la Ley de Andalucía 3/1984, de 9 de enero, de Archivos. El recurso se fundamentaba en dos motivos (FJ 1): uno, que «la Ley entra a regular una materia —los archivos de titularidad estatal— que está excluida de la competencia legislativa de la Comunidad Autónoma»; dos, que «la Ley contiene normas de alcance extraterritorial».

2. En relación con el primer extremo, el Tribunal efectúa una interpretación «sistemática» de la norma impugnada que le permite sostener su adecuación a la Constitución, a cuyo efecto ensaya «una comprensión de los preceptos de la Ley que contienen regulaciones sustantivas de los archivos como referidos únicamente a aquellos que efectivamente estén bajo la dependencia de la Comunidad Autónoma, quedando fuera del ámbito de la Ley los de titularidad estatal, incluso aunque estos custodien fondos que la Ley andaluza declara como pertenecientes al patrimonio documental andaluz». La sintetizada es, pues, «la interpretación más razonable del texto, de forma que los archivos estén, en cada caso, sujetos a una regulación unitaria» (FJ 4.º). Así interpretados los preceptos cuestionados, estos no son inconstitucionales.

3. El segundo motivo de impugnación, el basado en la eficacia extraterritorial de los preceptos cuestionados, es asimismo desestimado. El argumento se contiene en el FJ 5.º:

«Por lo que hace al segundo motivo del recurso, tampoco son aceptables las alegaciones que se invocan para afirmar que los artículos impugnados vulneran el principio de territorialidad consagrado en el art. 137 de la Constitución. No hay duda de que los preceptos destinados a la regulación del patrimonio documental andaluz incidirán sobre el régimen de los archivos o documentos situados en el territorio de la Comunidad

Autónoma andaluza que pertenezcan a entidades de alcance superior al territorio de la Comunidad, pero tampoco es dudoso que esta situación sea el resultado de las disposiciones constitucionales y estatutarias. La Constitución solo reserva a la competencia estatal los «museos, bibliotecas y archivos de titularidad estatal» (art. 149.1.28.ª) y, por lo mismo, es plenamente aplicable a la Comunidad Autónoma de Andalucía la previsión del art. 149.3 de que «las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas en virtud de sus respectivos Estatutos». Pues bien, el art. 13.28 del Estatuto de Andalucía atribuye competencia exclusiva [...] a la Comunidad Autónoma en materia de «archivos, museos, bibliotecas y demás colecciones de naturaleza análoga que no sean de titularidad estatal». De la conjunción de las normas constitucional y estatutaria no resulta en modo alguno una reserva en favor de la competencia estatal, excluyendo a la autonómica, referida a archivos de titularidad no estatal que pertenezcan o se integren en entidades de ámbito territorial superior al de la Comunidad, ni se especifica tampoco, como parece indicar la demanda, que la competencia de esta se extienda solo a archivos de interés para la Comunidad Autónoma. Por el contrario, resulta de la Constitución y del Estatuto (en su art. 10) que el ámbito de la competencia sobre esta materia no viene definido por el criterio del interés, sino por el criterio general de localización de los archivos dentro del territorio de la Comunidad.»

4. Y por cerrar el capítulo atinente a archivos [centros de depósito cultural en relación a los que, de modo idéntico a lo que ocurre con museos y bibliotecas, la competencia *ex art.* 149.1.28.ª del texto constitucional se construye sobre la titularidad o propiedad], una alusión a las SSTC 14/2013, de 31 de enero, 38/2013,

de 14 de febrero, 66/2013, de 14 de marzo y 136/2013, de 6 de junio. De las SSSTC 38/2013 y 136/2013 ya se dejó constancia al hilo del concepto o noción expoliación; en ambos casos, la impugnación de las oportunas leyes autonómicas condujo a su declaración de inconstitucionalidad y nulidad. Por el contrario, el fallo de las SSTC 14/2013 [caso: Archivo de la Corona de Aragón I] y 66/2013 [caso: Archivo de la Corona de Aragón II] es desestimatorio de los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el Presidente del Gobierno de la Nación contra sendas leyes catalana y valenciana, en concreto, contra los arts. 20.1.a) y f) de la Ley del Parlamento de Cataluña 10/2001, de 13 de julio, de archivos y documentos, y contra el ap. a) del art. 7.4 de la Ley de la Comunidad Valenciana 3/2005, de 15 de junio, de archivos.

VIII. CONCLUSIÓN

1. Así pues, en síntesis, el fallo de la STC 17/1991, típica sentencia interpretativa de rechazo (de rechazo, naturalmente, de la declaración de inconstitucionalidad pretendida por los recurrentes) declara:

A) El art. 2.3 LPHE no es inconstitucional interpretado en el sentido y con el alcance expresados en el FJ 6.

B) Los arts. 9.1, último inciso; 9.2; 9.5, párr. final y disposición transitoria primera LPHE no son contrarios a la Constitución interpretados como resulta del FJ 10.

C) El art. 49.5 LPHE no es inconstitucional interpretado en los términos del FJ 11.

D) En todo lo demás, los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la LPHE son desestimados.

2. De los pronunciamientos sintetizados se desprende:

A) La difusión internacional del conocimiento de los bienes que integran el Patrimonio

Histórico Español corresponde indistintamente al Estado y a las Comunidades Autónomas. No obstante, la competencia autonómica en este ámbito halla un límite inexcusable y relativamente claro: la asunción de responsabilidades internacionales, políticas o económicas, por el Estado español, en cuyo caso la competencia recae en las instancias estatales.

B) La competencia primaria para efectuar las declaraciones de Bien de Interés Cultural (principal categoría de protección prevista en la LPHE) corresponde a las Comunidades Autónomas, salvo que se trate de bienes adscritos a servicios públicos gestionados por la Administración del Estado o que formen parte del Patrimonio Nacional, supuesto en el que la competencia para efectuar las oportunas declaraciones, así como, naturalmente, para incoar e instruir los correspondientes procedimientos, es de los órganos estatales.

C) Las Comunidades Autónomas pueden efectuar la declaración a que se refiere el art. 49.5 LPHE, esto es, podrán declarar que los documentos que no alcanzan la antigüedad indicada en los núms. 2, 3 y 4 de dicho art. 49 merecen la consideración de constitutivos del Patrimonio Documental. En consecuencia, por tanto, la Administración del Estado puede, igualmente, proceder a la referida declaración de pertenencia.

D) Con carácter general, el Tribunal Constitucional avala la corrección de los demás extremos contenidos en la LPHE, en particular de los siguientes que atañen al reparto competencial Estado/Comunidades Autónomas:

a) La posibilidad misma de una ley estatal general sobre Patrimonio Histórico, como la de 25 de junio de 1985.

b) La viabilidad de los pertinentes instrumentos de publicidad y conocimiento de los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español, tal y como se hallan diseñados en la LPHE: Registro General de Bienes de Interés

Cultural; Inventario General del art. 26 LPHE; Censo del Patrimonio Documental; Catálogo Colectivo del Patrimonio Bibliográfico; «listín» del art. 53 LPHE: sección especial del Inventario General del art. 26 LPHE, para los bienes más relevantes de los Patrimonios Documental y Bibliográfico.

c) El ámbito y la extensión de las facultades estatales de adquisición preferente con ocasión del comercio interior y exterior de bienes del Patrimonio Histórico Español, en los

términos, respectivamente, de los arts. 33 y 38 LPHE.

d) El ejercicio de las potestades estatales derivadas del título «expoliación» (art. 4 LPHE), especialmente como cobertura genérica de las intervenciones estatales que sean necesarias, por vía de subrogación, para garantizar la integridad del Patrimonio Histórico Español (así, a modo de ejemplo, para incoar, inscribir y resolver los procedimientos de declaración de Bien de Interés Cultural).

BIBLIOGRAFÍA

ALEGRE ÁVILA, J. M., «Los bienes históricos y el Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 32, 1991, págs. 187 y ss.

- Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico. La configuración dogmática de la propiedad histórica en la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, prólogo de L. Martín Rebollo, Ministerio de Cultura, Madrid, 1994, tomo II, págs. 641 y ss., en particular págs. 754 y ss.
- «Justicia constitucional y legalidad histórica: el tanteo y el retracto ante el Tribunal Constitucional (Los bienes del Monasterio de Sigüenza y la Sentencia del Tribunal Constitucional 6/2012, de 18 de enero)», *Patrimonio Cultural y Derecho*, núm. 16, 2012, págs. 417-441.
- «Archivos estatales: integración en sistemas archivísticos autonómicos y restitución de documentos (A propósito de las SSTC 14/2013, 20/2013, 38/2013, 66/2013, 67/2013, 68/2013 y 136/2013)», *Patrimonio Cultural y Derecho*, núm. 17, 2013, págs. 169-213.
- «La Sentencia del Tribunal Constitucional 122/2014, de 17 de julio y la Ley de la Asamblea de Madrid, 3/2013, de 18 de junio, de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid», *Patrimonio Cultural y Derecho*, núm. 18, 2014, págs. 469 y ss.

ERKOREKA GERVASIO, J. I., «Reflexiones sobre el alcance y contenido de la competencia que el art. 149.1.28 de la Constitución reserva al Estado en materia de patrimonio cultural, artístico y monumental», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 41, 1995, págs. 97 y ss.

GARCÍA FERNÁNDEZ, J., *Estudios sobre el Derecho del Patrimonio Histórico*, Fundación Registral, Madrid, 2008, págs. 137 y ss. y 165 y ss.

MARTÍN REBOLLO, L. y ALEGRE ÁVILA, J. M., «Proyección extraterritorial de las competencias autonómicas en materia de bienes culturales: sobre la funcionalidad y los límites del conflicto de competencias (A propósito de la STC 6/2012: el caso de los bienes del Monasterio de Sigüenza)», en FERNÁNDEZ TORRES, J. R., PRIETO DE PEDRO, J. y TRAYTER JIMÉNEZ, J. M. (Coords.), *El Camino de Santiago y otros itinerarios. Cultura, historia, patrimonio, urbanismo, turismo, ocio y medio ambiente*. Liber Amicorum Enrique Gómez-Reino y Carnota, Xunta de Galicia-Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 313-334.

ARTÍCULO 149.1.29.^a

29.^a Seguridad pública, sin perjuicio de la posibilidad de creación de policías por las Comunidades Autónomas en la forma que se establezca en los respectivos Estatutos en el marco de lo que disponga una ley orgánica.

LAS COMPETENCIAS EN MATERIA DE SEGURIDAD PÚBLICA

Sumario: I. Las competencias sobre seguridad pública. II. Las competencias sobre seguridad ciudadana. III. El régimen jurídico y la coordinación de las Policías locales. IV. Las competencias sobre seguridad privada. V. Las competencias sobre protección civil. VI. Las competencias sobre seguridad nacional. VII. Conclusiones: la expansión de la seguridad pública como título competencial.

VICENÇ AGUADO I CUDOLÀ

PROFESOR TITULAR DE DERECHO ADMINISTRATIVO. ACREDITADO PARA CATEDRÁTICO
UNIVERSITAT DE BARCELONA

I. LAS COMPETENCIAS SOBRE SEGURIDAD PÚBLICA

El art. 149.1.29.^a de la Constitución (CE) atribuye al Estado como competencia exclusiva la: «Seguridad pública, sin perjuicio de la posibilidad de creación de policías por las Comunidades Autónomas en la forma que se establezca en los respectivos Estatutos en el marco de lo que disponga una ley orgánica». También es **de relevancia aunque no constituya propiamente un título competencial el art. 104 de la CE**, donde se establece que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad «bajo la dependencia del Gobierno, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana». Se utilizan, por tanto, en el texto constitucional **las nociones de «seguridad pública»** y de **«seguridad ciudadana»**, que si bien están estrechamente interrelacionadas, no son expresiones totalmente equivalentes. En efecto,

la seguridad pública es una expresión que comprende, además de la seguridad ciudadana, la protección civil y el mantenimiento de la paz pública (que en situaciones de excepcionalidad da lugar a los estados de alarma, excepción y sitio). También se ha incluido dentro de la seguridad pública, como veremos, la seguridad privada y la seguridad nacional.

Por tanto, la competencia estatal no queda reducida solamente a la seguridad ciudadana, sino que resulta una materia mucho más amplia. El Tribunal Constitucional (TC) ha subrayado en la STC 86/2014, de 29 de mayo, que «no es posible realizar una identificación absoluta entre la materia seguridad pública y las actuaciones que son propias de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, es decir, no se reduce la normativa propia de la seguridad pública a regular las actuaciones específicas de la llamada Policía de seguridad (STC 148/2000, de 1 de junio, FJ 6), ya que «la actividad poli-

cial es una parte de la materia más amplia de la seguridad pública» (STC 175/1999, FJ 7)».

La jurisprudencia constitucional ha delimitado lo que debemos interpretar por seguridad pública, de acuerdo con el art. 149.1.29.^a de la CE. En este sentido, la «seguridad pública» es una actividad dirigida esencialmente a la protección de personas y bienes (seguridad en sentido estricto). Ahora bien, lo que podría singularizar a esta actividad respecto a otras reside en el hecho de que la protección tiene como finalidad aún más específica la de evitar graves riesgos potenciales de alteración del orden ciudadano y de la tranquilidad pública (STC 33/1982, de 8 de junio). Para evitar dichos riesgos se habilita la realización de una serie de medidas que inciden en el ámbito de derechos y libertades de los ciudadanos y que permite incluso el uso de la fuerza por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Por tanto, la prevención de estos riesgos delimita el ámbito de actuación de la seguridad pública, constituyendo el presupuesto que habilita la adopción de medidas y al mismo tiempo un límite a su ejercicio. **El factor riesgo como presupuesto habilitante** de la seguridad supone una situación extraordinaria que justifica la intervención, **al mismo tiempo que supone un límite a su ejercicio**. Ahora bien, esta situación en que pueden utilizarse medios extraordinarios no hay que confundirla con una situación excepcional, sino que pueden perfectamente producirse con habitualidad. En determinación a qué tipos de riesgos hace referencia la seguridad pública debe realizarse una distinción en función de los diversos tipos de actuaciones que se incluyen dentro de la materia de seguridad ciudadana. Se trata de una serie de actividades dirigidas a la protección de personas y bienes, pero se singularizan en función del riesgo que tratan de prevenir. Se tratan también de ámbitos en que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad tienen un papel relevante, pero en el que encontramos también la intervención de otros órganos y servicios administrativos. Así, por ejemplo, en el ámbito de la seguridad ciudadana la intervención «se justifica por la existencia de una

amenaza concreta o de un comportamiento objetivamente peligroso que sea susceptible de provocar un perjuicio real, en especial en el libre ejercicio de derechos y libertades individuales, así como el normal funcionamiento de las instituciones» (art. 4.3 de la LOPSC). En cambio, la actuación en el ámbito de protección civil se justifica en «emergencias y catástrofes originadas por causas naturales o derivadas de la acción humana sea esta accidental o intencionada (art. 1.1 de la Ley 17/2015).

La configuración de la seguridad pública como competencia exclusiva comporta, por tanto, que el Estado tenga atribuidas tanto competencias normativas como de ejecución. **No obstante esta exclusividad, las Comunidades Autónomas (CC. AA.) también tienen competencias** en función básicamente de dos elementos importantes: la existencia de un cuerpo policial propio y el margen de configuración que realiza la ley orgánica a la cual se remite expresamente el art. 149.1.29.^a de la CE. Esta ley orgánica, en virtud de la remisión efectuada por el Constituyente, forma parte del denominado «bloque de constitucionalidad» y, por tanto, constituye un parámetro en base al cual puede examinarse la constitucionalidad de la normativa y de la actuación de las CC. AA. en este ámbito. Así, por ejemplo, la STC 86/2014, de 29 de mayo, recuerda que la «Ley Orgánica de fuerzas y cuerpos de seguridad es una norma integrante del bloque de constitucionalidad en esta materia, de suerte que ha de ser tenida en cuenta por este Tribunal para apreciar la conformidad o disconformidad con el bloque de constitucionalidad del precepto impugnado». Señalándose también en esta Sentencia que esta Ley Orgánica «realiza la función delimitadora del régimen jurídico de ambas policías, estatal y autonómicas», ya que «esta Ley Orgánica forma parte del grupo normativo que ha de ser utilizado para apreciar la conformidad o disconformidad con la Constitución de los dos preceptos impugnados, según indica nuestra Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (art. 28.1)» (STC 25/1993, de 21 de enero, FJ 1).

Por tanto, la delimitación competencial de la materia seguridad pública, que la CE reserva «en exclusiva» al Estado, en realidad se configura materialmente como una competencia concurrente. Quizá hubiera sido más apropiado que el criterio de distribución de competencias viniera determinado por otro tipo de criterios en los que predominaran aspectos funcionales o materiales respecto a los orgánicos, ámbito en el que el TC fijaba inicialmente el reparto competencial (STC 117/1984, de 5 de diciembre).

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC) ha delimitado el alcance de las competencias estatales y autonómicas en materia de seguridad pública (STC 154/2005, de 9 de junio), en base a dos criterios fundamentales. El primer criterio es que **el ámbito competencial correspondiente a la creación de las Policías autonómicas comporta no solamente una referencia orgánica sino también funcional**. Este ámbito funcional está concretado por el bloque de constitucionalidad y comprende, además de la organización de la Policía autonómica, el ejercicio dentro de su territorio de las funciones o servicios policiales no estatales. Según el TC, este es el único espacio donde se pueden desarrollar competencias estatutarias relativas a su Policía propia. Por su parte, el segundo criterio parte de la premisa de que **ciertas facultades administrativas no son separables** por su incidencia o complementariedad de las tareas de prevención e investigación de hechos delictivos y persecución de los culpables, del mantenimiento del orden ciudadano y otras análogas que se atribuyen a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

En la STC 86/2014, de 29 de mayo (Ley de ordenación del sistema de seguridad pública de Euskadi): «[...] **en los términos de nuestra doctrina, no basta únicamente la conexión de una determinada función con la materia seguridad pública, para encuadrarla competencialmente en la esfera de responsabilidad del Estado, sino que, además del dato positivo de esa posible conexión, que se daría en todos los casos de funcio-**

nes policiales, es necesario el negativo de la inexistencia de vinculación específica con la competencia derivada de la «creación» de la policía autonómica, cuyo ámbito competencial no comporta solo una referencia orgánica, sino también funcional».

La materia seguridad pública viene condicionada por la existencia de una serie de leyes orgánicas que las CC. AA. deben respetar al configurar sus Cuerpos de Policía y asumir competencias en materia de seguridad. Desde la promulgación de la CE, el Estado ha ejercitado su competencia normativa en materia de seguridad mediante la aprobación de Leyes Orgánicas generales, como la 4/1981, de 1 de junio, de los Estados de alarma, excepción y sitio; la 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (LOFCS). Asimismo, se han aprobado Leyes especiales, como la 9/1983, de 15 de julio, Reguladora del Derecho de Reunión; la 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil, incluyéndose, asimismo, medidas de prevención de la violencia en los espectáculos deportivos mediante la Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte. Específicamente en el ámbito de la seguridad ciudadana cabe destacar la Ley Orgánica 4/2015, de 13 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana (LOPSC). Finalmente, también reseñar la incorporación de los medios técnicos a las funciones de vigilancia policial y su incidencia en los derechos fundamentales, que ha sido objeto de tratamiento específico en la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos.

El proceso de reformas estatutarias ha propiciado la posibilidad de asumir un mayor nivel competencial, dando un nuevo marco de interpretación a la jurisprudencia del TC. Así, **en las reformas estatutarias que se han ido produciendo a partir de 2006** se habla de la competencia autonómica de «planificación y regulación del sistema de seguridad pública». Existe, por tanto, un espacio nor-

mativo autonómico en orden tanto al establecimiento de un sistema de seguridad, la organización de los servicios policiales autónomos como a la habilitación para el ejercicio de determinadas funciones que posibiliten la prestación adecuada de estos servicios.

Los elementos que deberían incluir este sistema serían de naturaleza diversa, no limitándose a un mero plano o aspecto organizativo. La regulación y planificación del sistema de seguridad debería incluir, en cualquier caso, los siguientes aspectos: a) el elemento estructural; b) las relaciones entre las diversas Administraciones que conforman el sistema; c) los servicios policiales cuya responsabilidad asume el sistema; d) los instrumentos necesarios para la delimitación de las tareas que corresponde a los diversos cuerpos policiales; e) la garantía del derecho de los ciudadanos a una prestación homogénea de los servicios en todo el territorio; f) las relaciones con los ciudadanos, posibilitando su participación y su información sobre el funcionamiento del sistema. Este sistema tendría como límite que no podría condicionar las competencias del Estado, según veremos más adelante.

Una materia estrechamente relacionada con la seguridad la encontramos en el art. 149.1.26.^a de la CE cuando reserva al Estado **la competencia exclusiva en materia de «régimen de producción, comercio, tenencia y uso de armas y explosivos»**. En este caso, a diferencia del art. 149.1.29.^a de la CE, no se reservan competencias autonómicas, a través de la cláusula «sin perjuicio». Ello no excluye, sin embargo, la intervención de las CC. AA. en determinados aspectos relacionados con las armas y explosivos tal y como ha puesto de relieve la jurisprudencia constitucional. Así, por ejemplo, la competencia estatal sobre armas y explosivos no impide facultades jerárquicas ni la regulación reglamentaria de la utilización de dichas armas por las Policías locales, tal y como ha sucedido a través de la legislación autonómica sobre coordinación de estas Policías.

II. LAS COMPETENCIAS SOBRE SEGURIDAD CIUDADANA

La identificación entre seguridad pública y seguridad ciudadana como conceptos de parecida o idéntica significación ha estado presente en algunos autores (IZU BELLOSO, 1988). En esta línea se sitúa el Preámbulo de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana: «La Constitución Española de 1978 asumió el concepto de seguridad ciudadana (art. 104.1), así como el de seguridad pública (art. 149.1.29.^a). Posteriormente, la doctrina y la jurisprudencia han venido interpretando, con matices, estos dos conceptos como sinónimos, entendiendo por tales la actividad dirigida a la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad ciudadana». Sin embargo, como hemos señalado anteriormente, si bien seguridad pública y seguridad ciudadana son dos nociones estrechamente relacionadas, no pueden considerarse como sinónimas, por cuando la segunda sería un ámbito específico de la primera.

La vinculación de la seguridad ciudadana con el Estado de Derecho no está únicamente en la afirmación del principio de legalidad y en el control jurisdiccional, sino en la constatación que aquella deviene una garantía para el ejercicio libre de los derechos y libertades por parte de la ciudadanía (Preámbulo de la LOPSC). Se trata, en definitiva, de la misión constitucional que para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad se refiere el art. 104 de la CE.

La seguridad ciudadana (art. 104 de la CE) constituye, además, un bien jurídico constitucionalmente protegido, que es el resultado del libre ejercicio de los derechos y libertades públicas. No puede identificarse con la libertad, que el art. 17 de la CE consagra como un derecho fundamental. Esto es, no se trata de la «seguridad personal, individual, que nace o se produce con el libre ejercicio de los derechos, con ausencia de temores o amenazas», sino que «es el resultado, no el fin, del libre ejercicio de los derechos de todos y de su protección, en principio, por la Policía» (Voto

particular del magistrado De la Vega Benayas a la STC 341/1993, de 18 de noviembre, sobre la Ley orgánica de protección de la seguridad ciudadana). Es por ello que no puede situarse al mismo nivel que los derechos y libertades que la CE reconoce, sino que la seguridad ciudadana habrá que interpretarse, precisamente, de conformidad con los mismos. Se trata de un bien jurídico que es susceptible de limitar el ejercicio de determinados derechos y libertades. Es por ello que debe ser interpretado restrictivamente, la necesidad de ser cuidadoso en la determinación de los criterios, así como en la aplicación del principio de proporcionalidad (Dictamen 7/2015, de 4 de junio, del Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya sobre la Ley Orgánica 4/2015). En esta materia tiene, por tanto, un papel relevante el legislador tanto en la identificación de los riesgos que suponen el elemento habilitante para la adopción de medidas dirigidas al mantenimiento de la seguridad ciudadana como en la concreción de los límites que suponen un elemento de garantía para el respeto de los derechos y libertades ciudadanas dentro del principio de proporcionalidad.

Se ha señalado que la seguridad ciudadana comprendería tanto «la efectividad del ordenamiento jurídico que determina el orden mínimo de convivencia individual y colectiva», así como «el mantenimiento del orden y tranquilidad ciudadanas en sentido material en lugares públicos frente a comportamientos que, pese a no estar ordenados normativamente son considerados sin embargo una amenaza para la convivencia ordenada» (CASINO RUBIO, 2015, 128-129).

En el Preámbulo de la LOPSC se destaca que: «Es a la luz de estas consideraciones como se deben interpretar la idea de seguridad ciudadana y los conceptos afines a la misma, huyendo de definiciones genéricas que justifiquen una intervención expansiva sobre los ciudadanos en virtud de peligros indefinidos, y evitando una discrecionalidad administrativa y una potestad sancionadora genéricas». Cabe destacar el art. 4.3 de la LOPSC considera que «La

actividad de intervención se justifica por la existencia de una amenaza concreta o de un comportamiento objetivamente peligroso que, razonablemente, sea susceptible de provocar un perjuicio real para la seguridad ciudadana, y, en concreto, atentar contra los derechos y libertades individuales y colectivos o alterar el normal funcionamiento de las instituciones públicas. Las concretas intervenciones para el mantenimiento y restablecimiento de la seguridad ciudadana se realizarán conforme a lo dispuesto en el Capítulo III de esta Ley». Las actuaciones que pueden generar ese riesgo se basan, por tanto, en «comportamientos objetivamente peligrosos» o «amenazas concretas». Es decir, actuaciones dirigidas a ocasionar o en las que se da a entender que se pretende hacer algún tipo de daño a personas y bienes. Tales actuaciones como hemos visto se dirigen a alterar la convivencia ciudadana y que pueden comportar una vulneración de los derechos y libertades de la ciudadanía, cuya protección se encomienda por mandato constitucional a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (art. 104 CE).

III. EL RÉGIMEN JURÍDICO Y LA COORDINACIÓN DE LAS POLICÍAS LOCALES

El art. 148.1.22.^a de la CE dispone que las CC. AA. podrán asumir competencias en las siguientes materias: «La vigilancia y protección de sus edificios e instalaciones. La coordinación y demás facultades en relación con las Policías locales en los términos que establezca una ley orgánica». Según la jurisprudencia del TC, «la coordinación general debe ser entendida como la fijación de medios y sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades [...] en el ejercicio de sus respectivas competencias de tal modo que se logra la integración de actos parciales en la globalidad del sistema» (STC 13/1982, de 28 de abril). La coordinación no es por tanto equivalente a régimen jurídico de las Policías

locales, si bien en la práctica algunas CC. AA. han asumido dicha competencia en desarrollo de las previsiones previstas en la LOFCS.

La jurisprudencia constitucional sobre coordinación de las Policías locales se construye, fundamentalmente, durante el año 1993 cuando una parte importante de las leyes autonómicas pasan por el filtro del Tribunal Constitucional a raíz de recursos de inconstitucionalidad. El TC señala que **el bloque de la constitucionalidad solo atribuye a la CA las actividades de coordinación. Señala que el resto de la materia corresponde al Estado**, a quien el art. 149.1.29.^a de la CE ha reservado la competencia exclusiva sobre seguridad pública. En ejercicio de esta competencia ha dictado la LOFCS, que regula aspectos fundamentales de la organización y las funciones de las Policías locales. Estos preceptos condicionan sin duda el ejercicio de la competencia autonómica sobre coordinación de policías locales y, en consecuencia, actúan como parámetro de su validez.

La interpretación del bloque de la constitucionalidad realizada por el TC incluye en la coordinación aspectos tales como: a) establecimiento de normas marco; b) homologación de los diversos cuerpos de Policía local; c) criterios de selección, formación, promoción y movilidad de las Policías locales; d) formación de Policías locales; e) convenios de colaboración entre CC. AA. y entes locales para el ejercicio de determinadas funciones; f) ejercicio extraterritorial de sus competencias; g) deberes de información recíprocos; h) atribución al Alcalde de determinación de los servicios que han de realizarse con armas; i) remisión a normas reglamentaria para homologación de tipos de armas, revisiones prácticas de tiro, medidas de seguridad.

La coordinación permite regular **algunos aspectos relacionados con la actuación extraterritorial dentro límites marcados por la LOFCS**. La jurisprudencia constitucional ha insistido en el carácter excepcional de la actuación extraterritorial de los Cuer-

pos de Policía Local, pero ha afirmado también que caben fórmulas de colaboración y cooperación entre cuerpos de Policía territorial siempre que de las mismas no se derive la creación de un Cuerpo único de Policía o no se realicen con carácter estable y permanente actuaciones fuera del correspondiente término municipal, aceptando incluso mecanismos de colaboración basados en la adscripción o transferencia temporal de efectivos individualmente considerados. Estos convenios los ha reconocido el TC con carácter muy limitado: por ejemplo, que los edificios o instalaciones autonómicas que radiquen en el término municipal sean custodiados por la Policía local (STC 51/1993, de 11 de febrero).

En cambio, existen otros aspectos que rebasan los límites de constitucionalidad en la legislación autonómica de coordinación de policías locales como son, por ejemplo, la autorización autonómica para creación de plazas auxiliares de Policía local, la habilitación autonómica extraterritorialidad en supuestos diferentes a los previstos por la LOFCS y el establecer servicios intermunicipales de carácter eventual.

Una cuestión relevante que planteó una cierta conflictividad fue la posibilidad que las CC. AA. pudieran introducir, a través de sus respectivas leyes de coordinación de Policías locales, **Cuerpos de Policía de ámbito supramunicipal**, con la finalidad de racionalizar costes y estructuras administrativas, y sobre todo paliar la situación de los Municipios carentes de policías propios. El TC declaró que diversas sentencias que la creación de Policías municipales resultaba contraria al bloque de la constitucionalidad por cuanto la LOFCS configuraba en casos excepcionales la actuación de las Policías locales fuera del término municipal. Esta jurisprudencia constitucional originó la modificación de la LOFCS, mediante la Ley Orgánica 16/2007, de 13 de diciembre, complementaria de la Ley para el desarrollo sostenible del medio rural, que añadió una nueva disposición adicional quinta («Colaboración para la prestación de servicios de policía local»). A partir de entonces se permite la aso-

ciación de municipios para la ejecución de las funciones asignadas a las Policías locales cuando «dos o más municipios limítrofes, pertenecientes a una misma Comunidad Autónoma, no dispongan separadamente de recursos suficientes para la prestación de los servicios de policía local». La posibilidad de realizar un acuerdo de colaboración para llevar a cabo esta asociación «respetará las condiciones que se determinen por el Ministerio del Interior y contará con la autorización de este o, en su caso, de la Comunidad Autónoma correspondiente con arreglo a lo que disponga su respectivo Estatuto de Autonomía».

La jurisprudencia constitucional se ha manifestado en diversas ocasiones sobre la **asociación de municipios para la prestación de servicios de policía local**. De esta forma requiere que la Comunidad Autónoma haya asumido estatutariamente competencias en materia de seguridad pública para poder autorizar los acuerdos de colaboración correspondientes. En este sentido se ha pronunciado la STC 172/2013, de 10 de octubre, sobre la Ley 5/2010, de 14 de mayo, de coordinación de policías locales de La Rioja. Según esta sentencia (FJ 3): «Para que una Comunidad Autónoma pueda autorizar el acuerdo de colaboración entre municipios limítrofes para la prestación de servicios de policía local (siempre dentro del respeto a las condiciones fijadas por el Estado para tal colaboración intermunicipal) resulta necesario que esa Comunidad Autónoma haya asumido competencias en materia de protección de personas y bienes y de mantenimiento del orden público; es decir, en materia de seguridad pública». En relación a las Comunidades Autónomas que tienen asumidas competencias en materia de seguridad pública también ha establecido límites al señalar que **se trata en este aspecto de una competencia de mera ejecución, ya que es el Estado quien puede establecer los requisitos para estos acuerdos de colaboración**. En este sentido se ha manifestado la STC 86/2014, de 29 de mayo, sobre la Ley de ordenación del sistema de seguridad pública de Euskadi. Según esta

sentencia: «el inciso «ninguno de los asociados tenga más de 20.000 habitantes o en conjunto no sumen más de 50.000 habitantes, y respeten el resto de condiciones que se determinen reglamentariamente», vulnera las competencias del Estado, único al que corresponde determinar los requisitos que han de cumplir estos acuerdos de asociación, y es, por tanto, inconstitucional y nulo».

También se ha planteado si la legislación autonómica puede prever deberes de información a la policía local. El TC ha considerado que tal previsión se ajustaría al reparto competencial por cuanto no es otra cosa «que una manifestación más de la existencia de deberes recíprocos de intercambio de información entre las Administraciones públicas que es una consecuencia del principio general de colaboración que debe presidir las relaciones entre todas ellas» (STC 154/2017, de 21 de diciembre). Ahora bien, cuestión distinta sería que esta legislación previera que la policía autonómica «centralizará toda la información policial tanto ascendente como descendente para las Policías locales, incluyendo, por tanto, la proveniente de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, así como las que a ellas se dirija». También se ha cuestionado que «toda solicitud de apoyo de los policías locales de investigación policial, de información o de cualquier índole policial se efectuará siempre a través de la policía foral, que valorará dicha solicitud para decidir dirigirla o no a las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado». Estas dos últimas cuestiones consideró el TC que no entraban en la coordinación de las Policías locales, sino que afectaban a competencias del Estado en materia de seguridad pública (STC 154/2017, de 21 de diciembre).

IV. LAS COMPETENCIAS SOBRE SEGURIDAD PRIVADA

El texto constitucional no menciona explícitamente a la seguridad privada. El Estado ha regulado esta materia en base al art. 149.1.29.ª de la CE con la aprobación, fun-

damentalmente, de la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada, y su reglamento de ejecución. La definición legal de la seguridad privada comprende «el conjunto de actividades, servicios, funciones y medidas de seguridad adoptadas de forma voluntaria u obligatoria, por personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, realizadas o prestadas por empresas de seguridad, despachos de detectives privados y personal de seguridad privada para hacer frente a actos deliberados o riesgos accidentales, o para realizar averiguaciones sobre personas y bienes con la finalidad de garantizar la seguridad de las personas, proteger su patrimonio y velar por el normal desarrollo de sus actividades». En esta Ley se ha procedido a regular las competencias de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas (Capítulo II). Respecto a estas últimas distingue entre las Comunidades Autónomas que tienen competencias para la protección de personas y bienes y para el mantenimiento del orden público y las Comunidades Autónomas que hayan asumido competencias ejecutivas en materia de seguridad privada. Respecto a estas últimas se requiere además para ejercerlas que tengan cuerpo de policía propia o establezcan fórmulas de colaboración con el Cuerpo Nacional de Policía previstas en la legislación de fuerzas y cuerpos de seguridad. En cualquier caso, se trata de un listado de materias esencialmente ejecutivas.

En el Preámbulo de la Ley 5/2014 se pone de relieve cómo las CC. AA. han ido asumiendo progresivamente y de forma asimétrica competencias en materia de seguridad privada. Según se señala, desde una perspectiva de coordinación y cooperación interadministrativa:

«Uno de los aspectos donde más se ha puesto de manifiesto el cambio habido desde la aprobación de la Ley 23/1992, de 30 de julio, es en la participación de las Comunidades Autónomas en la materia. Lo que entonces era algo residual se ha transformado en un fenómeno de mayor calado, pues a las Comunidades

Autónomas con competencia estatutariamente asumida para la protección de personas y bienes y el mantenimiento del orden público, se van uniendo otras Comunidades Autónomas cuyos nuevos estatutos de autonomía reconocen su competencia sobre la seguridad privada, aunque en ambos casos con sujeción a lo que el Estado regule de acuerdo con el art. 149.1.29.^a de la Constitución.

Así, la nueva ley quiere reconocer este cambio de situación y contemplar el fenómeno de una manera global, no tangencial, como hasta el momento, reflejando los diferentes niveles competenciales en función de las previsiones estatutarias.

Para que la actuación de las distintas Administraciones públicas sea coherente con el mantenimiento de la armonía del sistema, es fundamental incidir en los principios de coordinación y cooperación interadministrativa.

Al objeto de evitar interferencias y duplicidades, se prevén mecanismos de coordinación institucional, se clarifica el reparto de competencias estatales y autonómicas, se afianza la competencia exclusiva del Estado en materia normativa y se sitúan en la órbita ejecutiva las competencias de las Comunidades Autónomas.»

Por su parte, la jurisprudencia constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse en contadas ocasiones sobre el reparto de competencias entre Estado y CC. AA. en materia de seguridad privada. De especial relevancia es la STC 154/2005, de 9 de junio, que resuelve unos conflictos positivos de competencia promovidos por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad contra el Reglamento de Seguridad Privada y la Orden del Ministerio de Justicia e Interior de 7 de julio que lo desarrolla. Las actividades que eran objeto de conflicto

entre el Estado y las CC. AA. se referían, fundamentalmente, a los requisitos de habilitación, formación y acreditación del personal de seguridad privada, a la obtención de dicha habilitación o a su pérdida, a la acreditación de los centros de formación y también a la prestación de servicios con armas y a la uniformidad, entre otros extremos.

A juicio del TC, **el hecho de que un Estatuto de Autonomía (EA) no mencione la «seguridad privada» como competencia autonómica no quiere decir que se carezca de competencia en la materia.** Según la interpretación del Tribunal, al Estado le corresponden todas las potestades normativas y ejecutivas, salvo las que se deriven de la creación de Policías autonómicas en el marco de lo dispuesto en la Ley Orgánica a que se refiere el art. 149.1.29.^a de la CE. Esta competencia autonómica incluye una doble dimensión orgánica y funcional respecto a los servicios policiales no reservados al Estado y también la actividad normativa que sea inseparable por razón de la inherencia o complementariedad.

La doctrina establecida por el Tribunal Constitucional para la determinación de las competencias estatales y autonómicas gira, por tanto, en relación a **lo que debe entenderse por funciones o servicios policiales en sentido estricto y otros tipos de actuación administrativa.** Por lo que se refiere a los servicios policiales, estos podrán ser autonómicos en la medida que el bloque de la constitucionalidad no los reserve al Estado. Por tanto, el alcance de esta competencia podrá ser mayor o menor en función de lo que se disponga tanto en el Estatuto de Autonomía como en la ley orgánica a la que hace referencia el art. 149.1.29.^a de la CE. En el caso de otros tipos de actuaciones administrativas que no pueden considerarse estrictamente servicios policiales el criterio para determinar si son competencia estatal o autonómica es si son inherentes o complementarios de los servicios policiales. En este último caso podrán ser competencia autonómica, mientras que en caso contrario serán de competencia estatal.

Cabe objetar a esta interpretación del TC que esta calificación de las funciones o servicios no resulta siempre fácil de determinar y tampoco se establecen unos criterios claros, sino que fundamentalmente realiza un análisis casuístico en el que se viene a afirmar si una actuación reviste o no este carácter.

Esta jurisprudencia se hace dentro de un determinado marco constitucional. Ahora bien, **la modificación del bloque de la constitucionalidad podía haber suponer un punto de inflexión.** La consideración de la seguridad privada como una materia autónoma, diferenciada de la seguridad pública, podría implicar un mayor nivel competencial de las CC. AA. En este sentido, las reformas estatutarias han incluido la materia «seguridad privada» procediendo a definir el contenido de dicha competencia que compondría aspectos tales como la autorización de las empresas de seguridad privada que tengan su domicilio social en la CA y cuyo ámbito de actuación esté limitado a su territorio; la inspección y sanción de las actividades de seguridad privada; la autorización de los centros de formación del personal de seguridad privada; o la coordinación de los servicios de seguridad e investigación privadas con la Policía autonómica y local.

Esta asunción competencial habría de suponer: a) por una parte, la singularización de la competencia sobre seguridad privada en el bloque de la constitucionalidad, permitiendo una lectura distinta de la distribución de competencias; b) que las competencias autonómicas en materia de seguridad privada no se fundamentaran solamente en una ley ordinaria del Estado, como venía sucediendo hasta ahora, sino que pasarán a formar parte del bloque de la constitucionalidad a través de los estatutos de autonomía. La modificación del bloque de la constitucionalidad debería replantear la doctrina sentada por la jurisprudencia constitucional a través de la STC 154/2005, de 9 de junio.

El criterio pasa a ser la actividad en sí misma considerada que se realice en el territorio

autonómico. Ello resulta también congruente con la **jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas** (TJCEE) que elimina por contrarios al Derecho europeo los rígidos requisitos para prestar la actividad a través de la necesaria constitución de una empresa con una forma societaria determinada, un capital, unas determinadas garantías y una plantilla mínima determinada (SSTJCEE de 29 de octubre de 1998 y de 26 de enero de 2006, *Comisión contra Reino de España*).

Según ha destacado la STC 86/2014, de 29 de mayo (Ley de ordenación del sistema de seguridad pública de Euskadi): «Tal como también han coincidido todas las partes en el presente proceso, en el ámbito de la seguridad privada las competencias autonómicas, en cuanto referida a actividades inherentes o complementarias a las funciones o servicios policiales, han de tratarse de facultades meramente administrativas en tanto que instrumentales por esa razón de inherencia o complementariedad, que no sean separables de aquello que les proporciona su fundamento en el acervo competencial autonómico, las tareas de prevención e investigación de hechos delictivos y persecución de los culpables, del mantenimiento del orden ciudadano y otras análogas que se atribuyen a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en este caso, la Policía Autónoma». Y añade: «Así, aun cuando pueda calificarse la intervención autonómica sobre el ejercicio de funciones de investigación por personas privadas y la adopción de medidas de seguridad como facultades administrativas inherentes o complementarias a las propias de los servicios policiales autonómicos, tal circunstancia habilitaría a la Comunidad Autónoma para el ejercicio de funciones ejecutivas o actuaciones administrativas inherentes a lo policial (así en la STC 154/2005, FF. JJ. 5 y 8) lo que no es, patentemente, el caso. Tampoco la impugnación puede ser calificada de preventiva, pues lo que se discute es la pretensión del legislador autonómico de atribuir al Gobierno vasco la potestad de dictar disposiciones administrativas de carácter

general en un ámbito en el que las competencias autonómicas son ejecutivas. Esto es, nos encontramos ante una habilitación para el desarrollo reglamentario en dos ámbitos que, por su carácter genérico, no pueden entenderse limitados a la emanación de reglamentos de organización interna y de ordenación funcional de una competencia ejecutiva autonómica, únicos ámbitos en los que tal habilitación sería posible (por todas STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 61)».

La relevancia de considerar que la seguridad privada es seguridad pública o bien que presenta diferencias resulta relevante jurídicamente. Así, algunos autores (CASINO RUBIO, 2015, 131-143) consideran que la denominada seguridad privada es siempre seguridad pública solo que prestada por particulares. Entre los principales argumentos considera que de la reserva del ejercicio de autoridad al poder público no se infiere que se trate de un ámbito de actuación que pueda manifestarse desde la perspectiva económica como derecho a ejercer la actividad privada, señalando la existencia de limitaciones constitucionales que excluirían el derecho a la autotutela o autoprotección privadas. Considera también que no es una actividad que tenga como finalidad principal la satisfacción de intereses privados y mediatamente la del mantenimiento de la seguridad pública, sino que se trata por definición de un asunto público en el que el bien amenazado es siempre la seguridad pública. Mantiene, en definitiva, que la seguridad privada deriva de una decisión política del legislador que es el único que está habilitado constitucionalmente para disponer la colaboración de los particulares en la seguridad pública, por lo que «no es ninguna exigencia constitucional» ni «tampoco está constitucionalmente prohibida».

Sin embargo, desde otras posiciones, se ha defendido que la seguridad privada presenta ciertos rasgos diferenciadores, aunque de forma complementaria y subordinada a la seguridad pública (AGUADO I CUDOLÀ, 2007). En cualquier caso, tales diferencias no suponen que no esté

sujeta a límites constitucionales precisos ni que habilite sin más a una prestación indiscriminada de este tipo de servicios. Cabe destacar que la seguridad privada no comporta el ejercicio de poder público, por lo que le es de aplicación la libertad de establecimiento y la de libre prestación de servicios, según ha reconocido con rotundidad el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencias de 29 de octubre de 1998 (Asunto C-114/1997, *Comisión contra Reino de España*), 9 de marzo de 2000 (Asunto C-355/1998, *Comisión contra Reino de Bélgica*), 31 de mayo de 2001 (Asunto C-283/1999, *Comisión contra República Italiana*), 29 de abril de 2004 (Asunto C-171/2002, *Comisión contra República Portuguesa*) y 26 de enero de 2006 (Asunto C-514/03, *Comisión contra Reino de España*). En esta última sentencia, mientras que el Gobierno español defendía «que la seguridad privada está íntimamente vinculada a la seguridad pública, de la que constituye una prolongación», en cambio la Comisión Europea «rechaza, en particular, la supuesta proximidad entre la seguridad privada y la seguridad pública». El TJUE se decantó a favor de las alegaciones de la Comisión al considerar que: «En cuanto a la alegación del Gobierno español acerca de la proximidad entre la seguridad privada y la seguridad pública, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que la excepción prevista en el art. 46 CE, ap. 1, que autoriza a los Estados miembros a mantener regímenes especiales para los extranjeros, que estén justificados por razones de seguridad pública, no es aplicable a las normas generales sobre empresas de seguridad privada (sentencias *Comisión/España*, antes citada, aps. 45 y 46, y de 9 de marzo de 2000, *Comisión/Bélgica*, C-355/98, Rec. P. I-1221, aps. 28 y 30)». Se trata, por tanto, de una actividad económica a las que resultan de aplicación las mencionadas libertades previstas por los Tratados de la Unión Europea. Por tanto, cabe dudar, como señalan algunos autores, que la prestación de servicios de seguridad privada sea una mera decisión del legislador español que una vez adoptada comporte la aplicación de las libertades comunitarias. En efecto, la aplicación de tales libertades no que-

da sujeta a la mera libertad del legislador del Estado miembro. Los principios de primacía y efecto directo del Derecho de la Unión Europea, entre los que se encuentran estas libertades, comportan que no puedan establecerse obstáculos no justificados para el ejercicio de tales actividades económicas. Obviamente, entre estos límites se encuentra el ejercicio de poder público, que es consustancial a la seguridad pública. Por tanto, la cuestión no estaría, a mi juicio, tanto en negar las diferencias entre seguridad pública y seguridad privada, sino en la de delimitar adecuadamente cuáles son aquellas actividades que comportan ejercicio de autoridad de aquellas otras que tienen un contenido material que supone el ejercicio de una actividad económica, si bien requieren una intervención justificada por la incidencia en bienes constitucionalmente protegidos. Resulta necesario, en este sentido, determinar nítidamente los límites de actuación de una seguridad privada que está en proceso de expansión y que aborda ámbitos que cada vez más pueden estar en confluencia o entrar en colisión con la seguridad pública. De otra forma, se corre el riesgo de que se difuminen las diferencias y se vaya progresivamente encaminando a un proceso de privatización de determinadas funciones públicas.

Con todo, cabe tener en cuenta que la jurisprudencia del TJUE se construye a partir del ejercicio de las libertades establecidas en el Derecho de la Unión Europea, por lo que no es objeto de la misma el reparto competencial dentro de un Estado miembro. Por ello, la jurisprudencia constitucional ha seguido manteniendo la inclusión sin más de la seguridad privada en la materia seguridad pública. Ahora bien, ello no excluye las posibles críticas que puedan formularse respecto a esta doctrina, que ha realizado, a mi juicio, una interpretación expansiva de la materia seguridad pública en detrimento de las competencias autonómicas.

Debe también distinguirse la seguridad privada de la investigación privada. La razón por la que la legislación trata conjuntamente ambas se debe a razones de oportunidad. En este sentido,

cabe diferenciar nítidamente ambas. Mientras que la seguridad privada tiene como finalidad la protección de personas y bienes, la investigación privada tiene en cambio la de averiguar y acreditar hechos que se mueven dentro del ámbito de la privacidad de las personas.

V. LAS COMPETENCIAS SOBRE PROTECCIÓN CIVIL

La jurisprudencia constitucional incluye también a la protección civil dentro de la materia seguridad pública, aunque el art. 149.1.29.^a no la menciona expresamente. En este sentido, la STC 87/2016, de 28 de abril (relativa a un conflicto de competencias en torno a una Orden Ministerial que aprobaba las bases reguladoras de unas subvenciones para la ejecución de obras de reparación o restitución consecuencia de catástrofes naturales) ha señalado que «dentro del concepto de seguridad pública del art. 149.1.29 CE, queda, en principio, englobado el ámbito material relativo a la protección civil. Si bien, por la misma naturaleza de la protección civil que persigue la preservación de personas y bienes en situaciones de emergencia, se produce en esta materia, de acuerdo con nuestra doctrina, un encuentro o concurrencia de muy diversas Administraciones públicas (de índole o alcance municipal, supramunicipal o insular, provincial, autonómica, estatal) que deben aportar sus respectivos recursos y servicios (STC 133/1990, de 19 de julio, FJ 6)».

En cambio, desde una autorizada posición se ha destacado que la protección civil no debería formar parte de la seguridad pública (CASINO RUBIO, 2015, 110-116). Las propias características de la protección civil, que implica la colaboración de diversas Administraciones públicas para acometer los riesgos que se derivan de las emergencias, requerirían un tratamiento diferenciado. Este autor señala que «en pocos sectores del ordenamiento el entrecruzamiento de títulos competenciales en conflicto es tan acusado como en materia de protección civil». De acuerdo con esta posi-

ción, se trata, fundamentalmente, de «un problema de organización». Y añade que aquella inclusión no podría justificarse en la producción de «actos contrarios a la seguridad pública, robos, saqueos indiscriminados de bienes, de común inducidos o amparados por la impunidad que facilitan los estragos provocados por la catástrofe y el desconcierto de las primeras horas».

En sus inicios el Estado reguló esta materia con la Ley 2/1985, de 21 de enero, sobre Protección Civil. En la actualidad encontramos la Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil, que substituye la anterior. Esta Ley configura este sistema «como instrumento esencial para asegurar la coordinación, la cohesión y la eficacia de las políticas públicas de protección civil, y regular las competencias de la Administración General del Estado en la materia».

Se considera que en este caso nos encontramos ante la protección de las personas y de los bienes «en situación de grave riesgo colectivo, calamidad pública o catástrofe extraordinaria en que la seguridad y la vida de las personas puede peligrar y sucumbir masivamente». Riesgos «en que no puede excluirse que se vea afectado el interés nacional, y que requieren, por su naturaleza de emergencia grave, una actuación unitaria e inmediata y una movilización de servicios y recursos de titularidad, tanto estatal como autonómica». Como se ha puesto de relieve, «el rasgo definidor de la protección civil no es la rutina diaria en el ejercicio de competencias sectoriales (muchas de ellas de titularidad autonómica), sino una acción tendente a prevenir y reparar situaciones excepcionales de grave riesgo». Se trata, en definitiva, de situaciones distintas a aquellas emergencias de carácter cotidiano, tal y como pone de relieve la jurisprudencia constitucional (entre otras, *vid.* STC 133/1990, de 19 de julio). Ya hemos puesto de relieve anteriormente cómo la protección civil tiene en común con la seguridad ciudadana, en cuanto manifestaciones de la seguridad pública, que se trata de actividades

de protección de personas y bienes con un carácter de residualidad respecto a otros tipos de seguridad. Se distinguen, en cambio, por el origen del riesgo que tratan de impedir, tal y como hemos apuntado anteriormente.

La jurisprudencia constitucional ha destacado que la protección civil incluye tanto medidas de carácter preventivo dirigidas a evitar los daños en personas y bienes como la de dar respuesta inmediata a tales situaciones. En la STC 87/2016, de 28 de abril, se señala que: «la doctrina de este Tribunal ha tenido ocasión de definirla como aquel «conjunto de reglas y protocolos dirigidos a regular la forma de actuar de las Administraciones públicas movilizándolo los distintos medios y servicios necesarios para hacer frente o dar respuesta a una situación de emergencia coordinando los diversos servicios que han de actuar para proteger a personas y bienes, para reducir y reparar los daños y para volver a la situación de normalidad» (STC 155/2013, de 10 de septiembre, FJ 3). Así, todas aquellas actuaciones para proteger a personas y bienes que deban emprenderse para hacer frente o dar respuesta a una situación de emergencia tienen un encuadre natural dentro de la materia protección civil. Tales actuaciones incluirían tanto las acciones preventivas, como las actuaciones tendente a la inmediata protección y socorro de personas y bienes consecuencia de situaciones catastróficas, es decir, la respuesta inmediata a las emergencias, pero incluirían también aquellas otras acciones dirigidas al restablecimiento de la normalidad en la zona siniestrada, esto es, las medidas de “reducción y reparación de daños y para volver a la situación de normalidad”».

Entre las medidas para dar respuesta inmediata a las emergencias, el TC ha incluido la regulación de subvenciones o ayudas que tengan por objeto obras de reparación o restitución de infraestructuras, equipamientos e instalaciones y servicios y la red viaria, todo ello afectado por catástrofes naturales. En estos casos, el TC ha considerado el título compe-

tencial seguridad pública como el prevalente incluso respecto a otras materias competenciales como el régimen local que son consideradas como colaterales.

Según la STC 87/2016, de 28 de abril: «Las acciones reparadoras a las que se refiere la orden impugnada —si bien pueden enmarcarse en la protección civil tal y como la entendido este Tribunal, pues son medidas de «reducción y reparación de daños y para volver a una situación de normalidad»—, no se refieren, en primer lugar, a una inmediata puesta en funcionamiento de servicios esenciales de la comunidad, pues la exigencia de que se produzca con carácter previo a la convocatoria misma de las ayudas una declaración por norma con rango de ley del carácter de catástrofe natural, así como la exigencia de que el Ministerio del Interior precise las entidades locales y núcleos de población afectados, determina que no nos encontremos ante una intervención inmediata, sino que tiene lugar una vez finalizada la respuesta más próxima en el tiempo a la situación de emergencia. En segundo término, es realmente relevante en este caso que la orden impugnada se refiera a medidas a realizar en la denominada «fase de recuperación», consistentes en subvenciones destinadas a sufragar daños en infraestructuras municipales y redes viarias provinciales, que es precisamente, el mismo concepto que el contemplado en el art. 24.1 de la Ley 17/2015, que es al que el legislador, por omisión de su cita, ha considerado que no debe aplicarse la normativa reglamentaria estatal sobre subvenciones (supuestos de grave situación de emergencia declarados conforme al Capítulo V de la Ley). A lo expuesto habría que añadir, como tercera consideración, que los proyectos subvencionados tienen una referencia territorial explícita de carácter intraautonómico, en razón a la delimitación básica que, del ámbito de aplicación, hace la orden impugnada».

De acuerdo con la STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 78 (relativa al Estatut de Catalunya): «en la materia específica de protección civil

se producen unas competencias concurrentes del Estado (en virtud de la reserva del art. 149.1.29.^a CE) y de las Comunidades Autónomas que hayan asumido en sus Estatutos en virtud de habilitaciones constitucionales». Por ello, la STC 87/2016, de 28 de abril, establece que «las Comunidades Autónomas pueden asumir competencias en esta materia, aunque estén subordinadas a «las superiores exigencias del interés nacional en los casos en que este pueda entrar en juego»» (STC 133/1990, FF. JJ. 5 y 6). Ello permite a estas CC. AA. «desplegar sus competencias propias en la materia, regulando su actuación, configurando sus propios servicios de protección civil, desarrollando unos órganos competentes de coordinación de emergencias y ejecutando aquellas acciones reparadoras dirigidas al restablecimiento en la zona siniestrada».

En base a todo ello, en la STC 87/2016, de 28 de abril, se concluye que: «No es posible, por tanto, considerar que las acciones reparadoras en materia de subvenciones que se prevén en la Orden HAP/196/2015, de 21 de enero, y dirigidas al restablecimiento no inmediato de la normalidad en las infraestructuras municipales y en las redes viarias de la zona siniestrada, conformen el núcleo de la competencia estatal sobre seguridad pública prevista en el art. 149.1.29 CE, y por tanto que sean uno de los aspectos de la protección civil que quepa enmarcar en la competencia estatal. No obstante lo anterior, el Estado siempre podrá en uso de su soberanía financiera, asignar fondos públicos a aquellas finalidades que considere pertinentes».

VI. LAS COMPETENCIAS SOBRE SEGURIDAD NACIONAL

Como en algunos de los casos anteriores, la Constitución no menciona expresamente la defensa nacional en su articulado. Sin embargo, la aprobación de la Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional, ha planteado su encaje constitucional y su adecuación al marco de distribución de competen-

cias. El preámbulo de dicha Ley señala que se trata de «un espacio de actuación pública nuevo, enfocado a la armonización de objetivos, recursos y políticas ya existentes en materia de seguridad». Se ha venido a justificar en la constante mutación de los actores y circunstancias que ponen en peligro los niveles de seguridad. Por ello dicha Ley se dictó al amparo de los títulos competenciales en materia de defensa y Fuerzas Armadas (art. 149.1.4.^a) y de seguridad pública (art. 149.1.29.^a).

La definición legal de seguridad nacional se ha realizado en los siguientes términos: «A los efectos de esta ley se entenderá por seguridad nacional la acción del Estado dirigida a proteger la libertad, los derechos y bienestar de los ciudadanos, a garantizar la defensa de España y sus principios y valores constitucionales, así como contribuir junto a nuestros socios y aliados a la seguridad internacional en el cumplimiento de los compromisos asumidos». Los principales reproches que se formularon son: a) que esta definición resulta «imprecisa y genérica»; b) que se trata de una nueva materia en las que la defensa y la seguridad pública se convertirían en submaterias, produciéndose una inversión de la vinculación material de la constitución, y c) que crea un espacio jurídico nuevo entre las situaciones de excepcionalidad (de los estados de alarma, sitio y excepción) y las situaciones de normalidad. Ello llevó a su impugnación ante el Tribunal Constitucional, que resolvió en la STC 184/2016, de 3 de noviembre. A pesar de las críticas formuladas, la Ley se consideró constitucional, si bien realizó una interpretación acerca de la obligación de las autoridades competentes de aportar los medios humanos y materiales necesarios que se encuentren bajo su dependencia, en casos de declaración de situación de interés para la seguridad nacional.

Para el Tribunal Constitucional: «existe una coincidencia sustancial entre el sentido y finalidad de los títulos competenciales de las materias 4 y 29 del art. 149.1 CE y el concepto de seguridad nacional», concluyendo que «la seguridad nacional no es una competencia

nueva, sino que se integra en las competencias estatales de defensa y seguridad pública». Cabe señalar, sin embargo, que el Tribunal Constitucional no profundiza más allá de la comparación realizada. A mi juicio, se produciría una situación parecida con la protección civil, en cuanto tendría una función esencial de coordinación de las diversas Administraciones públicas en función de un «interés nacional» que justificaría una estrategia común. En este sentido, la ley describe la política de seguridad nacional como «una política pública en la que, bajo la dirección del Presidente del Gobierno, participan todas las Administraciones Públicas, de acuerdo con sus respectivas competencias, y la sociedad en general, para responder a las necesidades de la seguridad nacional». En esta línea la situación de interés para la seguridad nacional se define legalmente como «la que, por la gravedad de sus efectos y la dimensión, urgencia y transversalidad de las medidas para su resolución, requiere de la coordinación reforzada de las autoridades competentes en el desempeño de sus atribuciones ordinarias, bajo la dirección del Gobierno, en el marco del Sistema de Seguridad Nacional, garantizando el funcionamiento óptimo, integrado y flexible de todos los recursos disponibles, en los términos previstos en esta ley».

La seguridad nacional se concibe, por tanto, como una cooperación reforzada entre las diversas Administraciones públicas en la que el Estado central asume la coordinación, pero que no debe suponer una alteración de las competencias autonómicas. Lo que justificaría llegar a esta cooperación reforzada sería, por tanto, la producción de un riesgo grave en materia de protección de personas y bienes en cuanto a sus efectos y dimensión, su urgencia y transversalidad. Requeriría, por tanto, que dicha situación de riesgo afecte a un «interés nacional». Que se pongan en riesgo «la libertad, los derechos y bienestar de los ciudadanos [...] la defensa de España y sus principios y valores constitucionales [...] la seguridad internacional en el cumplimiento de los compromisos asumidos». Cabe señalar

que cualquier actuación relacionada con estos aspectos no debería fundamentar por sí sola la utilización de competencias en materia de seguridad nacional, sino que, a mi juicio, debería basarse en riesgos producidos por actuaciones relevantes de entidad suficiente para amenazar gravemente tales bienes jurídicos o que supongan comportamientos objetivamente peligrosos respecto a los mismos. De otra forma, se corre el riesgo, a mi entender, de un uso expansivo y indiscriminado de la seguridad nacional.

El Tribunal Constitucional ha señalado que podrían vulnerarse las competencias autonómicas si a través de las competencias en defensa nacional se movilizaran recursos «no necesariamente ligados al ejercicio de las competencias propias relacionadas con la gestión de la crisis que debe afrontarse o distintos de los identificados conforme a lo previsto en el Título IV de la misma Ley 36/2015». Para salvar la constitucionalidad de la ley el TC señala que basta con interpretar que se refiere a los «recursos humanos y materiales, identificados de acuerdo con lo dispuesto en el Título IV de la misma Ley, que sean necesarios para afrontar la situación de interés para la seguridad nacional con los poderes y medios ordinarios de las Administraciones aporantes, en el ejercicio de sus respectivas competencias».

VII. CONCLUSIONES: LA EXPANSIÓN DE LA SEGURIDAD PÚBLICA COMO TÍTULO COMPETENCIAL

El modelo constitucional de distribución de competencias en materia de seguridad, pese a que aparentemente se configura como exclusivo del Estado, permite también que las CC. AA. intervengan a través de la creación de sus propias Policías autonómicas. Además, este modelo competencial se completa con otras normas como son los EE. AA. y la ley orgánica a la que se remite el art. 149.1.29.^a de la CE. **El bloque de la constitucionalidad**

dad permite, por tanto, avanzar hacia un modelo de seguridad descentralizado desde la perspectiva de prestar un servicio de mayor proximidad a la ciudadanía.

La realidad, sin embargo, es que todavía queda un largo camino que avanzar por cuanto las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado siguen teniendo un papel predominante, así como el importante ámbito de competencias que conserva el Estado en virtud del art. 149.1.29.^a de la CE, en virtud de la interpretación que ha realizado el TC.

Las reformas estatutarias emprendidas en el año 2006 podrían haber sido un avance en este proceso de descentralización en materia de seguridad. La jurisprudencia constitucional ha realizado una interpretación, a mi juicio en cierta forma extensiva, en que ha afirmado la competencia estatal, incluyendo aspectos que han ido adquiriendo más relevancia, como el fenómeno creciente de la seguridad privada o la irrupción de la denomi-

nada seguridad nacional. También viene incluyendo tradicionalmente el ámbito de la protección civil, que presenta unos rasgos propios en cuanto a los riesgos que se pretenden abordar.

Cabe también plantearse la necesidad de una reforma de la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, que fue aprobada en 1986 y que más de 30 años después requiera una urgente actualización a las nuevas demandas de seguridad y a la realidad de un Estado compuesto. Esta reforma de la ley orgánica no debería configurarse como un blindaje de las competencias estatales, sino que debería avanzar en este proceso de descentralización a las Policías autonómicas y locales, de forma que se aprovechen al máximo los efectivos policiales para proporcionar la máxima seguridad a los ciudadanos dentro del máximo respeto a los derechos y libertades de los ciudadanos y la afirmación del Estado de Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

AA. VV., *Seguridad y Estado autonómico. VII Seminario Duque de Ahumada*, Madrid, 1996.

- El modelo policial y sus retos de futuro, Generalitat de Catalunya, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona, 2000.

AGUADO I CUDOLÀ, V., *Derecho de la seguridad pública y privada*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2007.

- (Coord.), «Seguridad pública y privada: El nuevo modelo de protección de la ciudadanía», núm. monográfico de la Revista Catalana de Seguridad Pública, núm. 17, diciembre 2006.
- «Los conceptos de seguridad pública y seguridad ciudadana. Título competencial. Fines y organización administrativa», en Palomar Olmeda, A. (Coord.), *El nuevo régimen de la seguridad ciudadana*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2015.

BARCELONA LLOP, J., *Policía y Constitución*, Temas Clave de la Constitución Española, Tecnos, Madrid, 1997.

- (Coord.), *Régimen de la policía local en el Derecho estatal y autonómico*, Bosch, Barcelona, 2003.
- *La protección civil municipal*, Iustel, Madrid, 2007.

CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L., «Sobre los conceptos de orden público, seguridad ciudadana y seguridad pública», *Revista de Administración Pública*, núm. 27, 1990, págs. 9 y ss.

CASINO RUBIO, M., *Seguridad pública y Constitución*, Tecnos-Instituto García Oviedo, Madrid, 2015.

- «El orden y la seguridad pública y privada», en Cano Campos, T. (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*, tomo VII, Servicios públicos, Iustel, Madrid, 2009.
- «La policía local y la política de la Comunidad de Madrid en materia de seguridad pública», *Anuario de Derecho municipal*, Instituto de Derecho Local, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2008, págs. 105-126.

FERNÁNDEZ FARRERES, G., «Sobre la distribución de competencias en materia de seguridad pública entre el Estado y las Comunidades Autónomas a la luz de la jurisprudencia de conflictos del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 5, núm. 14, mayo-agosto 1985.

GONZÁLEZ BOTIJA, F., «Distribución de competencias entre el Estado y Comunidades Autónomas a la luz de los conceptos de seguridad pública y policía contenidos en el art. 149.1.29 de la CE: Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 235/2001, de 13 de diciembre de 2001», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 114, abril-junio 2002.

GUILLÉN I LASIERRA, F., «La competencia autonómica sobre coordinación de las Policías locales a la luz de la reciente jurisprudencia constitucional», *Autonomies. Revista Catalana de Derecho Público*, núm. 16, julio de 1993, especial «El régimen jurídico de las Administraciones Públicas».

IZU BELLOSO, M. J., «Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 58, 1988, págs. 253 y ss.

PALAU, A., *La conflictivitat competencial: seguretat pública*, Generalitat de Catalunya, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona, 1996.

ARTÍCULO 149.1.30.^a

30.^a Regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales y normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la Constitución, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia.

LAS COMPETENCIAS SOBRE LA ENSEÑANZA

Sumario: I. Introducción general. Pluralidad de artículos constitucionales a tener en cuenta en el reparto competencial sobre enseñanza entre Estado y Comunidades Autónomas. II. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de enseñanza. 1. Cuestiones generales y enseñanza no universitaria. 2. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de enseñanza universitaria. 3. Regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales. 4. La jurisprudencia constitucional en enseñanza en relación a las medidas adoptadas en la crisis económica. 5. Las limitaciones a la acción del Estado para hacer efectivo el derecho de padres y tutores a que sus hijos sean educados en la lengua castellana. III. Las competencias sobre enseñanza en los nuevos Estatutos de Autonomía. El supuesto específico de Cataluña y la sentencia Del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio.

ANTONIO EMBID IRUJO

CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO
UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA

I. INTRODUCCIÓN GENERAL. PLURALIDAD DE ARTÍCULOS CONSTITUCIONALES A TENER EN CUENTA EN EL REPARTO COMPETENCIAL SOBRE ENSEÑANZA ENTRE ESTADO Y COMUNIDADES AUTÓNOMAS

El art. 149.1.30.^a CE se refiere a las competencias del Estado en materia de enseñanza, lo que no quiere decir, en modo alguno, que sea posible describir de forma completa las competencias del Estado en esta materia solo con la consideración de este precepto. La situación real es mucho más compleja de lo que

traduce el artículo nombrado, puesto que existen otros preceptos constitucionales que necesariamente deben ser tenidos en cuenta para la comprensión de todos los matices que puedan existir en el reparto competencial sobre enseñanza. En el presente apartado refiero cuáles son esos preceptos y la forma en la que debe considerárseles; es obvio que a través de su mención también estoy reenviando desde aquí a la consideración de los comentarios a los correspondientes preceptos que aparecen en este libro.

Así y en primer lugar se deben mencionar los arts. 20.1.c) y 27 CE en cuanto a la referencia

que los mismos contienen a los distintos derechos y libertades que se mueven en el mundo de la enseñanza. La libertad de cátedra, la libertad de creación de centros docentes, el derecho a la educación, la autonomía de las Universidades... En un ya lejano pasado (1983) titulé a un libro como «las libertades en la enseñanza» marcando de esa forma la necesidad de huir intelectualmente de un monolítico y obsesivo planteamiento vinculado a las ideas eclesiales sobre la enseñanza, que centraba en la equívoca expresión «libertad de enseñanza» la quintaesencia de los derechos y libertades a considerar, y «libertad de enseñanza» que comprendía, para esas posiciones, tanto el derecho de crear centros educativos como el de dotarles libremente de contenidos educativos y, en tiempos más lejanos y por supuesto preconstitucionales, hasta el derecho de oponerse a la impartición de cualquier enseñanza que se alejara del dogma católico. Así era y así estaba escrito en los propios textos de la doctrina católica que en el libro se recogían.

Es obvio que esto nada tiene que ver con nuestro ordenamiento constitucional. La Constitución de 1978 es la propia y adecuada a un Estado basado en la libertad y, por ello, el planteamiento coherente con la misma es el de la existencia de un plural conjunto de «libertades en la enseñanza» (la del titular del centro, la del profesor, el derecho a la educación del alumno, los derechos educativos de los padres o tutores, todo ello unido a la inequívoca responsabilidad del Estado o de los poderes públicos en la enseñanza, que en modo alguno es subsidiaria), que debe articularse con sumo cuidado y esmero para evitar el vencimiento, sin más matices o ponderaciones, del derecho o libertad de un titular por el de otro.

Naturalmente que desde la perspectiva de este concreto trabajo centrado en el art. 149.1.30.^a CE hay que reflexionar, además, sobre la relación de estos derechos y libertades con lo previsto en el art. 81 CE, que prevé la necesaria utilización de las Leyes Orgánicas para la regulación de los derechos fundamen-

tales y libertades públicas (art. 81.1 CE). Leyes Orgánicas que, obviamente, solo es el Estado quien las puede aprobar (art. 81.2 CE), lo que plantea ya un tema de delimitación competencial evidente que no ha sido ajeno a la jurisprudencia del TC, que, como luego veremos, ha tenido que crear matizadas doctrinas para limitar la capacidad expansiva de las Leyes Orgánicas estatales en terrenos que podrían entrar también en las competencias de las Comunidades Autónomas.

Pero igualmente deben tenerse en cuenta otros preceptos constitucionales, como el art. 149.1.1.^a, que funda las competencias del Estado para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales; y en ese mismo artículo y apartado, la letra 18.^a se refiere a la competencia del Estado sobre el establecimiento de las bases del régimen estatutario de los funcionarios. La realidad de una función pública docente compuesta, además, por muchos miles de funcionarios conduce al necesario recuerdo de este precepto y, con él, a la apertura a una plural jurisprudencia del TC y a largos preceptos relativos al régimen funcional en cualquier ley educativa.

Las normas educativas reflejan, finalmente, esa panoplia de títulos constitucionales que fundan las competencias del Estado. Así y en el plano de la educación no universitaria la ley actualmente vigente, la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación (modificada de forma importante por la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa), refiere en su disposición final séptima cuáles de sus preceptos tienen carácter de Ley Orgánica. Estos son, obviamente, los vinculados al desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas que he indicado *supra*, lo que significa, por tanto, que solo mediante Ley Orgánica podrá ser posible modificar o derogar tales preceptos.

Por su parte, la disposición final quinta de la misma LOE se refiere a los títulos competen-

ciales en los que se fundamenta la Ley. Dicha disposición indica que la LOE se dicta con carácter básico conforme a la competencia que corresponde al Estado según el art. 149.1.1.^a, 18.^a y 30.^a de la CE; solo unos pocos artículos de la LOE escapan a este principio de normativa básica, siendo esos aplicables solo al Estado y supletoriamente a las CC. AA.

Congruentemente con lo indicado, la disposición final sexta LOE, relativa a su desarrollo, otorga a las CC. AA. esa capacidad (que es lo que se corresponde, institucionalmente, con la existencia de competencias de establecimiento de las bases por parte del Estado conforme a las fórmulas usuales de los EE. AA. que atribuyen a las CC. AA. el desarrollo y ejecución de dichas bases), con la excepción de los preceptos relativos a las materias cuya regulación se encomienda expresamente al Gobierno o que corresponden al Estado en función de lo que indica la disposición adicional primera, núm. 2, de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, Reguladora del Derecho a la Educación.

Con esta última mención lo que podemos observar es que la LOE enlaza con una norma relativamente antigua y que es la única estatal relevante que queda vigente en algunos de sus preceptos tras la LOE, pues su disposición derogatoria aclara sobremanera el complejo panorama normativo anterior que existía antes de ella. Efectivamente la LODE en dicho precepto indica que:

«En todo caso y por su propia naturaleza corresponde al Estado:

- a) La ordenación general del sistema educativo.
- b) La programación de la enseñanza en los términos establecidos en el art. 27 de la presente Ley.
- c) La fijación de las enseñanzas mínimas (comunes en la terminología LOE) y la regulación de las demás

condiciones para la obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales válidos en todo el territorio español.

d) La alta inspección y demás facultades que conforme al art. 149.1.30.^a de la Constitución le corresponden para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los Poderes Públicos.»

El texto que acabo de reflejar arranca lejanamente en el tiempo, 1985, con lo que podemos concluir en que en sus líneas generales la cuestión del reparto competencial en materia de enseñanza entre Estado y CC. AA. está relativamente aclarada y no es discutida de forma radical, pese a las periódicas intervenciones del TC. Estos mismos principios —con su lógica adaptación— se aplican al reparto competencial en la enseñanza universitaria con la adición de lo que signifique en cada momento el principio de autonomía universitaria (art. 27.10 CE, derecho fundamental de las Universidades de configuración legal así denominado desde la STC 26/1987, de 27 de febrero) y la consiguiente sustracción de competencias a favor de la Universidad tanto en relación al Estado como a las CC. AA. Incluso si se tiene en cuenta que la LOE no ha sido recurrida al TC —rara situación que entre las Leyes educativas solo comparte la LOE con la LOGSE de 1990—, podemos considerar que nos encontramos ante una materia relativamente simple de aclarar y explicar.

II. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE ENSEÑANZA

La contemplación global del ordenamiento jurídico de la enseñanza exige, además de la consulta a las leyes, la de la jurisprudencia y, normalmente, es la del TC la más relevante, por eso es en la que se centra en este lugar la consideración. No obstante, debe resaltarse cómo, en ocasiones, existen sentencias de Tribunales ordinarios que resuelven cuestio-

nes importantes. Aun cuando no hace referencia directa al reparto competencial entre Estado y CC. AA., creo conveniente referirme a la **STS de 11 de febrero de 2009, dictada en recurso de casación 905/2008** (luego hubo otras), que avalará la regulación estatal sobre la materia «Educación para la ciudadanía», que había tenido una gran trascendencia política y social que luego, poco a poco, se iría desactivando. En esta sentencia y en línea con algunos planteamientos doctrinales anteriores (EMBID IRUJO, 2008) se negaría también el derecho a la objeción de conciencia de los padres o tutores en este ámbito.

La pluralidad de SSTC que deben ser citadas y los diferentes textos jurídicos sobre los que operan me va a llevar a dividir sistemáticamente el apartado por razones de fácil transmisión de conceptos a veces diferentes.

1. Cuestiones generales y enseñanza no universitaria

Debo comenzar recordando que las dos sentencias más importantes pronunciadas por el TC en materia de enseñanza no universitaria, la de **13 de febrero de 1981** en recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica Reguladora del Estatuto de los Centros Escolares de 1980 (LOECE) y la **77/1985, de 27 de junio**, recaída en recurso previo de inconstitucionalidad contra el proyecto de LODE, contienen algunas significativas referencias a problemas de índole competencial, aunque no sea esa su preocupación fundamental, sino la resolución de determinadas cuestiones relativas al respeto por la norma orgánica de los derechos fundamentales y libertades públicas en materia de enseñanza. En ese sentido, la **STC de 13 de febrero de 1981** afirmó, entre otras cosas, el concepto no estrictamente formal de Ley Orgánica y, por ello, la **apertura a la competencia de las CC. AA.** de cuestiones tales como la creación de centros o la regulación de los deberes de los alumnos, pese a que estuvieran tratadas en la entonces vigen-

te LOECE y que era la objeto del recurso previo de inconstitucionalidad que solventaba la sentencia citada.

En la **STC 77/1985, de 27 de junio**, por su parte, la previsión de la LODE (art. 47.2) de que «el Gobierno establecerá las normas básicas a que deben someterse los conciertos» llevó al TC a recordar el concepto firmemente establecido en el momento de **bases o normas básicas como noción material** y, por tanto, a la posibilidad de que en ciertas circunstancias el Gobierno pudiera proceder a la regulación de normativa básica mediante la aprobación de Reglamentos.

Pasando ya a sentencias de contenido «menor» (menor como palabra puramente descriptiva y en comparación con la trascendencia de las dos sentencias anteriores) y siguiendo un criterio cronológico sin pretender llegar a la exhaustividad en la cita, sino solo al tratamiento de las cuestiones más notables, parece necesario recordar la **STC 6/1982, de 22 de febrero**, en la que se afirmará la **constitucionalidad de la regulación de la Alta Inspección del Estado en materia educativa tal y como la trata el Real Decreto 480/1981, de 6 de marzo**, sobre el funcionamiento en el País Vasco y Cataluña de la Alta Inspección en enseñanza no universitaria. De esta sentencia conviene destacar su concepción de la Alta Inspección como una función del Gobierno, no del entonces denominado Ministerio de Educación y Ciencia, con un contenido sustancialmente jurídico y la manifestación conforme con los contenidos fundamentales que para la Alta Inspección predica el art. 3.º del Real Decreto 480/1981.

Por su parte, las **SSTC 87 y 88/1983, de 27 de octubre**, afirmarán la **competencia del Estado para fijar las enseñanzas mínimas de los ciclos medio y superior de la entonces existente Educación General Básica, entendiéndose que ello incluye también la fijación de horarios**, que es la cuestión, en realidad, sustancialmente discu-

tida en los procesos que dieron lugar a la aparición de esas sentencias. La fundamentación de tal decisión se hace recaer en la necesidad de conseguir una formación común de todos los escolares, lo que para el TC se derivaría del contenido de los arts. 27 y 149.1.30.^a CE.

La **STC 154/1985, de 12 de noviembre**, trata del conflicto interpuesto por el Estado contra la regulación de la Comunidad Autónoma de Galicia del Instituto Gallego de Bachillerato a Distancia. La sentencia declarará la titularidad de la competencia del Estado sobre la enseñanza a distancia cuando debiera ejercerse fuera del territorio nacional o en CC. AA. sin competencias educativas (recuérdese la situación del momento de aparición de esta sentencia en la que la mayor parte de las CC. AA. aún no tenían en sus EE. AA. competencias en materia de enseñanza, puesto que eran CC. AA. de autonomía inicial restringida, situación que solo cambiaría con la Ley de diciembre de 1992 de transferencia a esas CC. AA. de competencias del Estado realizada por la vía del art. 150.2 CE y subsiguiente a los pactos autonómicos de febrero de ese año suscritos entre el Gobierno y la oposición del momento).

La **STC 137/1986, de 6 de noviembre** se dicta en un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno contra la Ley vasca del Instituto de Ikastolas. Al margen de otras cuestiones de no oportuno tratamiento ahora, la intervención del TC supone **abrir el campo competencial de actuación de las CC. AA. también en aquellos ámbitos en los que el Estado hubiera intervenido mediante Ley Orgánica**, pues el TC constatará la necesidad de examinar materialmente «cuáles de entre las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica encierran «normas básicas para el desarrollo del art. 27 (CE)» porque solo son ellas respecto de estas Comunidades las que marcan el límite infranqueable para las disposiciones autonómicas». Concluirá el TC, entonces, que «no toda divergencia, pues, entre Ley Orgánica y territorial será causa de vicio de inconstitucionalidad en esta última y sí solo su eventual aparta-

miento del contenido de aquellas normas básicas cuya identificación corresponde, en última instancia, a este Tribunal Constitucional». Es evidente que esta sentencia representa una ampliación notable de posibilidades normativas para las CC. AA.

Por otra parte, la **STC 188/2001, de 20 de septiembre**, atribuye a la Generalitat de Catalunya importantes competencias de gestión en materia de becas y contiene un importante principio interpretativo mediante el que se da prevalencia en este ámbito a las competencias autonómicas que se derivarían de lo previsto en el art. 149.1.30.^a CE sobre las competencias estatales que tendrían su base en el art. 149.1.1.^a por el carácter genérico de este y más específico en relación a la enseñanza del primero.

Finalmente, la **STC de 12 de abril de 2018** (todavía no publicada en el *BOE* en la fecha, 29 de abril de 2018, que se cierra este comentario), considera, en línea con planteamientos de determinados convenios internacionales, que **no es discriminatoria la separación por sexos en la enseñanza sino un simple método pedagógico**. Por lo que es congruente con el sistema constitucional y, además, no puede servir de base ese único hecho para que se niegue a los centros educativos que se basen en esta separación de sexos la suscripción de conciertos educativos. Con ello se ratifica la constitucionalidad de algunos preceptos de la LOE (modificada en este punto por la Ley Orgánica 8/2013 antes citada) que habían sido impugnados ante el TC.

2. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de enseñanza universitaria

En esta materia se han producido distintas sentencias del TC. Sin duda la más importante es la **STC 26/1987, de 27 de febrero**, recaída en recurso de inconstitucionalidad contra la LORU de 1983. El recurso lo interpone el Gobierno del País Vasco reclamando para

la Comunidad Autónoma del País Vasco determinadas competencias y, curiosamente, el resultado será un acrecentamiento de las competencias de las Universidades sobre todo, pero en modo alguno variarán un ápice las atribuidas a las CC. AA. Es claro que en materia universitaria la LORU de 1983 dejaba en una muy precaria posición a las CC. AA., que algún terreno han recuperado con la LOU de 2001 y su reforma de 2007. En todo caso quiero destacar de esta jurisprudencia que los preceptos constitucionales que he citado en el primer apartado de este trabajo hábiles para fundar el reparto competencial entre el Estado y las CC. AA., son exactamente los mismos para la enseñanza no universitaria que para la universitaria, con el presupuesto del papel singular que el art. 27.10 CE (derecho fundamental a la autonomía universitaria) jugará. Esto aparece implícito en la STC 26/1987 y de forma completamente expresa en una sentencia posterior, la STC 131/1996.

En la jurisprudencia del TC se va a refrendar la práctica inexistencia de competencias de las CC. AA. en relación al profesorado funcionario universitario, a pesar de que del art. 44.1 LORU pudiera haberse deducido otra cosa. El camino comienza con la afirmación de la STC 26/1987 del carácter de «funcionarios interuniversitarios o comunicables» de los miembros de los cuerpos docentes universitarios, lo que se traducía, en palabras del TC, en que, entonces, «era inherente la existencia de un régimen uniforme de acceso y selección del profesorado en todas las universidades» (FJ 12.3), **lo que equivalía, obviamente, a negar las posibilidades de intervención de las CC. AA.**

Lo que en esta sentencia se refiere solo a las posibilidades de acceso y selección a la función pública docente universitaria, en la siguiente jurisprudencia **se extenderá a la práctica supresión del papel normativo de las CC. AA. para estos profesores funcionarios.** Así, en la STC 146/1989 se reiterará la anterior doctrina en relación a una norma de provisión de plazas de los cuerpos

docentes universitarios (el RD 1888/1984), no encontrando el TC ningún inconveniente en el minucioso detalle «propio de una norma reglamentaria» con que opera el texto estatal citado y dada la competencia exclusiva estatal para su elaboración.

Y un paso decisivo se da en la **STC 235/1991**, donde el TC, en relación a un texto donde se regula el estatuto del profesorado (RD 898/1985), sienta doctrina referida no ya solo al acceso del profesorado, sino a su completo régimen jurídico. Dirá el Alto Tribunal, así, que el carácter de funcionarios estatales de los profesores (nótese que, terminológicamente, los profesores ya son algo más que «comunicables», siendo apropiado para el TC el término «estatales» por puro descarte, pues no dependen de las CC. AA. ni tampoco de las Universidades) les hace inmunes al esquema de aplicación del art. 149.1.18.^a CE, o sea, a unas bases fijadas por el Estado y a un posible desarrollo realizado por las CC. AA., puesto que esta dicotomía bases-desarrollo sirve exclusivamente para los funcionarios de las CC. AA. **Como se trata de funcionarios estatales, la competencia exclusiva para la regulación de su régimen jurídico pertenece al Estado**, «con el límite, claro está, de la autonomía universitaria» (FJ 2).

En otro orden de cosas y dado el papel que la legislación del Estado tiene como «legislación básica» en el ámbito de la enseñanza, parece apropiado referir aquí los criterios a los que ha acudido el TC para sentar lo adecuado de dicha normativa básica en los conflictos en los que es esta característica la que está en discusión. Estarían constituidos por una serie de conceptos como los siguientes:

— El «mínimo común denominador» referido a una «imagen» común de las Universidades del país que debería ser, obviamente, responsabilidad del Estado. En el caso concreto esto sirve para justificar el requisito del RD 557/1991 de que al menos las nuevas Universidades creadas cuenten con tres titulaciones superiores (STC 131/1996, FJ 4).

— La «homogeneidad» que justifica una regulación válida para todas las CC. AA. de la composición de los Consejos Sociales en sus dos grandes bloques de los intereses universitarios y de los externos (STC 26/1987, FJ 9.^o).

— La «homologación» del sistema educativo, palabra que con fundamento en el art. 27.8 CE sirve al TC para fundamental la aparición en la LORU de normas básicas relativas a los Departamentos universitarios (art. 8.4 LORU en la STC 26/1987, FJ 4).

— El régimen «estatutario» o «funcionario», que justifica un régimen de incompatibilidades regulado por el Estado para el profesorado de las nuevas Universidades (STC 131/1996, FJ 7) o avala la regulación de la LORU para la elección de Director de Departamento (art. 8.5 LORU) que, obviamente, ha de tener lugar entre «funcionarios» (STC 26/1987, FJ 7).

— La «calidad» del sistema educativo universitario, que es un concepto que el TC hace derivar directamente del art. 149.1.30.^a CE (STC 131/1996, FJ 3) y se constituye en uno de los más fecundos en la jurisprudencia del TC en relación a las nuevas Universidades para justificar la regulación estatal del porcentaje de doctores entre el profesorado de las mismas (FJ 5), del porcentaje de profesores con exclusividad (FJ 6) y los porcentajes de pertenencia a cuerpos de funcionarios del profesorado tanto en el momento de fundación de la Universidad como en el de la implantación completa de las correspondientes enseñanzas (FJ 10). Sin embargo, se escapará de esta legislación básica y habrá un pronunciamiento de inconstitucionalidad en torno a la exigencia de que una titulación deba ser experimental o técnica (STC 131/1996, FJ 4), pues esta regulación «no condiciona la calidad docente o investigadora de la Universidad». Igualmente, tampoco pertenecerán a lo básico las pormenorizadas descripciones del Anexo del RD 557/1991 acerca de las condiciones materiales de ciertas instalaciones (por ejemplo, bibliotecas) de los nuevos campus. Será básica, sí,

su existencia, pero no la determinación concreta de sus componentes.

3. Regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales

Dada la mención específica en el art. 149.1.30.^a CE a esta cuestión de los títulos académicos y profesionales, merece la pena que se concluya el apartado con una mención especial a la jurisprudencia constitucional producida en este ámbito.

Así, en relación al contenido de la competencia estatal de regulación de la obtención, expedición y homologación de títulos académicos, el TC ha dicho en la **STC 42/1981, de 22 de diciembre** que dicha competencia «... comprende, como tal, la competencia para establecer los títulos correspondientes a cada nivel y ciclo educativo, en sus distintas modalidades, con valor habilitante tanto desde el punto de vista académico como para el ejercicio de profesiones tituladas...» (FJ 3), por lo que se anula el precepto de una Ley catalana que atribuía tal competencia a la Generalitat en relación a los títulos expedidos por una determinada Escuela.

Un problema particular y de gran trascendencia será abordado por la **STC 123/1988, de 23 de junio**. Con ella el Tribunal anuló el art. 20 de la Ley 3/1986, de 29 de abril, de Normalización lingüística de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, dado que dicho precepto pedía una «condición singularizada y con entidad propia para la expedición de un título académico: el de Graduado escolar». La condición consistía en la acreditación de un conocimiento suficiente, oral y escrito de las dos lenguas oficiales —castellano y catalán— en la ahora denominada Comunidad de les Illes Balears (no en el momento al que se refiere la sentencia, en el que la denominación se expresaba en castellano). El TC anula el precepto porque entiende que establecer una

condición añadida y distinta a las previstas en la legislación estatal para la expedición del título incide en un ámbito reservado a la competencia exclusiva del Estado «y que no puede considerarse mera consecuencia lógica de la cooficialidad de los idiomas catalán y castellano, y del correspondiente deber de atender a su conocimiento y enseñanza, ya que estas finalidades pueden conseguirse por otros medios».

Sin embargo se produce una matización sobre lo establecido en esta sentencia por la **STC 377/1994, de 23 de diciembre**, aun cuando el TC dará una explicación para defender la compatibilidad y la coherencia de las dos sentencias que conviene, por su importancia, tratar minuciosamente. Se cuestiona por la vía de una cuestión de constitucionalidad que interpone el Tribunal Supremo el art. 15 de la Ley 7/1983, de Cataluña, de normalización lingüística, y la forma de razonamiento del TC para defender la constitucionalidad de un precepto que exige el conocimiento de las dos lenguas oficiales se basa en que la ordenación de la EGB en Cataluña era distinta que en Baleares, dado que Cataluña había ejercitado sus competencias en materia de enseñanza en el sentido de la exigencia de las lenguas, cosa que Baleares, que no tenía competencias en materia de enseñanza, no había podido hacer:

«A partir de estas premisas cabe entender, pues, que la finalidad del primer inciso del art. 15 de la Ley catalana 7/1983, está íntimamente unida en un *iter* temporal a lo establecido en el art. 14.4 de la propia Ley, pues, si con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 7/1983, los alumnos han de cursar “obligatoriamente” en los Centros docentes de Cataluña las dos lenguas oficiales de dicha Comunidad durante la EGB con la finalidad de que al término de los estudios básicos aquellos puedan utilizar “normal y correctamente” el catalán y el castellano, es claro que los estudiantes habrán acreditado po-

ser un conocimiento suficiente de ambas lenguas, y, de este modo, cumplen las condiciones que la Ley estatal establece para la obtención del título de Graduado Escolar. Por lo que el precepto puede ser interpretado en el sentido de que no añade una nueva condición ni modifica la establecida en la legislación del Estado, sino que integra esa legislación en relación al contenido de los estudios; y ello en el marco de las competencias que corresponden a la Comunidad Autónoma, tratando de asegurar, en el momento de la expedición del certificado de Graduado Escolar, el logro objetivo establecido en el art. 14 de la Ley, lo previsto en el inciso segundo del art. 15, que se refiere a quienes han sido dispensados de aprender el catalán o no lo han aprendido por haber «cursado la Enseñanza General Básica fuera del territorio de Cataluña». De manera que el precepto también puede ser considerado como el recordatorio del presupuesto legal de haber cursado con suficiente aprovechamiento una y otra lengua como materias obligatorias en los Centros docentes de Cataluña» (FJ 18).

4. La jurisprudencia constitucional en enseñanza en relación a las medidas adoptadas en la crisis económica

En 2008 se formalizó en España el inicio de una importante crisis económica que todavía no ha concluido, pues los parámetros de déficit público y deuda del país en el momento en que se concluye este trabajo (abril de 2018) continúan estando por encima de los niveles exigidos por la Unión Europea, máxime después de la reforma constitucional de septiembre de 2011. En el marco de esa crisis se han adoptado muy distintas medidas y dentro de la enseñanza hay que destacar las referidas en el **Real Decreto Ley 14/2012, de 20 de abril**, de medidas urgentes de racionalización

del gasto público en el ámbito educativo. Este texto normativo fue objeto de distintos recursos de inconstitucionalidad ante el TC que, en respuesta, ha dictado varias sentencias que han avalado la constitucionalidad de prácticamente todas las decisiones adoptadas por el citado Real Decreto-ley. Solo en la primera de ellas, **STC 26/2016, de 18 de febrero**, fueron anulados dos preceptos adicionados a los arts. 7 y 8 de la LOU de 2001 (modificada en 2007) y relativos a las competencias del Gobierno para establecer los requisitos básicos para la creación y, en su caso, mantenimiento de distintos centros universitarios (el primero de ellos) y a la creación efectiva de centros por parte de las CC. AA. En los dos casos (concatenados en su secuencia cronológica) se dijo que la habilitación a una norma reglamentaria posterior denostaba la impropiedad de la utilización del instrumento extraordinario del Real Decreto-ley, pues no podía fundamentarse en razones de urgencia.

En el resto de SSTC no hubo ningún precepto anulado de los impugnados (**SSTC 54/2016, de 17 de marzo, 66/2016, de 14 de abril, 67/2016, de 14 de abril, 68/2016, de 14 de abril, y 84/2016, de 28 de abril**).

5. Las limitaciones a la acción del Estado para hacer efectivo el derecho de padres y tutores a que sus hijos sean educados en la lengua castellana

La Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa, introdujo en la **disposición adicional trigésimo octava de la LOE de 2006 y mediante su art. único 99** unas precisiones [en los tres últimos párrafos del ap. 4.c)] relativas a la realización del derecho de los padres, madres o tutores legales a que sus hijos o pupilos reciban enseñanza en castellano. A esos efectos dispuso que cuando la programación educativa de la Administración educativa correspondiente no garantizase oferta docente razonable sostenida con fondos públicos en la que el

castellano sea utilizado como lengua vehicular, **el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte (en la denominación del momento) asumirá íntegramente por cuenta de la Administración educativa correspondiente los gastos efectivos de escolarización en centros privados**, que repercutirá a dicha Administración educativa. Para eso se dispone un procedimiento que instruirá la Alta Inspección de Educación en el territorio de la Comunidad Autónoma, dando audiencia a la Administración educativa y la obligación financiera mencionada, sin que se consideren adecuadas a este propósito las medidas que supongan la atención individualizada en castellano o la separación en grupos por razón de la lengua vehicular. Se impugna esta disposición y también el ap. 3.º de la disposición adicional octava de la LOFCA añadido por la disposición final tercera de la LO 8/2013, que regula la repercusión de esta obligación financiera mediante la deducción o retención de los gastos de escolarización derivados del procedimiento establecido en la disposición adicional trigésimo octava de la LOE.

La regulación, junto a otros preceptos, fue recurrida por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña al TC, que dictó la **STC 14/2018, de 20 de febrero**, en la que se anuló por inconstitucional la novedad normativa. La sentencia es taxativa al regular la inconstitucionalidad y nulidad en una serie de consideraciones (contenidas en los FF. JJ. 10 y ss.) de los que se pueden extraer estas líneas generales:

La primera es que se hace jugar un papel a la Alta Inspección del Estado que no es el adecuado a la misma, tal y como está diseñada normativamente y teniendo en cuenta la intervención del TC desde su **STC 42/1983, de 20 de mayo**. El papel de la Alta Inspección del Estado debe ser de mera verificación o comprobación de una realidad existente para comunicar lo que fuere a las autoridades competentes del Estado a fin de que estas ejercitaran las acciones que proceden. Esto se relaciona, además, con la limitación de los poderes de control del Estado sobre las CC. AA.,

que son únicamente los que se pueden derivar de la propia Constitución (art. 153 CE), sin que legislativamente se puedan añadir otros nuevos.

Y ello porque **la actuación del Estado supondría una sustitución en la definición autonómica de sus propias políticas** sin haberle dado una oportunidad de cumplir sus obligaciones en un plazo razonable, competencia de sustitución que no está prevista en el art. 153 CE. Además hay que tener en cuenta que el derecho a recibir enseñanza en castellano del que trata la LOE «no es absoluto e incondicionado, sino que se configura dentro del marco de la programación educativa». Ello quiere decir que el necesario margen de predeterminación normativa de la actuación del Estado y de la Comunidad Autónoma no se ha cumplido porque la Alta Inspección actúa cuando «tal programación educativa no garantice, a su juicio, una oferta docente razonable sostenida con fondos públicos». **Ese margen de razonabilidad o de adecuación no es suficientemente preciso como para que se desencadenen las consecuencias que se indican.**

A ello debe añadirse que «el procedimiento se diseña sin establecer un mecanismo previo de intercambio de información tendente a la siempre deseable solución de diferencias por vía de cooperación, y sin articular modalidad alguna de requerimiento previo a la Comunidad Autónoma, a la que solo se otorga audiencia en el seno de un procedimiento ya iniciado. No se proporciona a la Comunidad Autónoma cauce alguno para manifestar su punto de vista como Administración responsable de la programación educativa ni en última instancia tampoco se le da ocasión para remediar el incumplimiento detectado mediante el ejercicio de atribuciones propias y de acuerdo con los procedimientos establecidos por la Constitución y las Leyes» (esto último con referencias a la STC 6/1982 citada en la STC 134/2011).

El resumen del razonamiento es el siguiente: «En suma, con el mismo énfasis hemos de re-

iterar una vez más que corresponde al Estado velar por el respeto de los derechos lingüísticos en el sistema educativo, pero también que tal función ha de desplegarse sin desbordar las competencias que constitucionalmente le están reservadas y sin soslayar los límites y exigencias que ha fijado la jurisprudencia constitucional». Por lo que se declaran inconstitucionales y nulos los tres últimos párrafos de la disposición adicional trigésima octava 4.c) LOE incorporada por el art. 99 de la Ley 8/2013.

En línea de mera «ejecución» de esta sentencia, debe citarse la **STC 30/2018, de 22 de marzo**, por la que se estima el conflicto positivo de competencia promovido por la Generalitat de Cataluña contra el Real Decreto 591/2014, de 11 de julio, por el que se regulan los procedimientos relativos al reconocimiento de la compensación de los costes de escolarización previstos en el ap. 4.º de la disposición adicional trigésima octava de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación y, en consecuencia, se le declara inconstitucional y nulo.

III. LAS COMPETENCIAS SOBRE ENSEÑANZA EN LOS NUEVOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA. EL SUPUESTO ESPECÍFICO DE CATALUÑA Y LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 31/2010, DE 28 DE JUNIO

Es conveniente concluir el estudio con una breve referencia a los EE. AA. reformados a partir de 2006 y que, en algunos casos, han llevado a cabo un tratamiento formalmente distinto y, desde luego, muy ampliado, también formalmente, de las competencias de las CC. AA. en materia de enseñanza.

Es obvio que hay que hacer referencia aquí al Estatuto de Cataluña de 2006 (como modelo en algunos casos y, en general, como el texto que más «avanza» en cuanto al planteamiento formal de las competencias de las CC. AA.).

Este texto trata de las competencias de educación (no universitaria) en el art. 131 y de las de Universidades en el art. 172. La lectura de estos preceptos —muy amplios— informa ya claramente de un cambio en los planteamientos, pues se utiliza regularmente la expresión «competencia exclusiva» en relación a determinados ámbitos de intervención autonómica, aun cuando, también y en relación a algunos otros, aparece la expresión «competencia compartida». Sobre estos preceptos (y sobre otros muchos) el TC en su **STC 31/2010, de 28 de junio**, ha establecido líneas de interpretación que hay que resumir.

Lo más importante reside en la **nula importancia dada a las menciones a la competencia «exclusiva»** de la Comunidad Autónoma. Para ello el TC se remite a su propia interpretación, limitada, de la referencia general a la «exclusividad» en el FJ 59 de la sentencia, en el que se refiere a la necesidad de llevar a cabo una interpretación sobre la base de los preceptos constitucionales a tener en cuenta. Eso supone que es el art. 149.1.30.³ (el de referencia en este comentario) a tener en cuenta que circunscribe las competencias de las CC. AA. al desarrollo de las normas básicas estatales en materia de enseñanza. Eso le sirve al TC para rechazar tanto los argumentos en relación al art. 131 (enseñanza no universitaria) como al 172 (enseñanza universitaria).

Otro tipo de planteamiento, más sobrio, es el del EAr, que en el art. 75 regula las competencias de la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de enseñanza y las considera en

todos los casos como compartidas. Este precepto no ha sido objeto de recurso al TC.

En los textos estatutarios aparecen también derechos ciudadanos y principios rectores relativos a la enseñanza. La **STC 247/2007** ha considerado —en un supuesto relativo al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana de 2006, pero extensible por analogía sin ningún problema al resto de EE. AA.— que en el ámbito de las competencias de las CC. AA. los EE. AA. no pueden regular derechos ciudadanos, habiéndolos considerado semejantes a los principios rectores.

Igualmente debe llamarse la atención de otro problema presente en los EE. AA. reformados en el ámbito de las competencias compartidas y es la exigencia que los EE. AA. reformados hacen al Estado de que establezca su normativa básica por medio de normas con rango legal. En el ámbito de la enseñanza ello va contra la tradición en la forma de regular mediante RD el Estado las enseñanzas mínimas o comunes (que vinculan, obviamente, a las CC. AA.) y creo que también de la eficacia, pues este tipo de regulaciones no son de las adecuadas para ser tratadas por los Parlamentos por el grado de complejidad y tecnicismo que deben tener y, al tiempo, el instrumento legal las dotaría de una rigidez nada adecuada a su objeto. El TC, y con referencia al Estatuto de Cataluña, ha considerado inconstitucionales estas menciones por restrictivas de las posibilidades estatales de establecimiento de la normativa básica (STC 31/2010).

BIBLIOGRAFÍA

AGOÚÉS MENDIZÁBAL, C., *El régimen jurídico de los centros docentes de educación no universitaria*, Comares, Granada, 2000.

EMBIÓ IRUJO, A., *Las libertades en la enseñanza*, Tecnos, Madrid, 1983.

- La enseñanza en España en el umbral del siglo XXI, Tecnos, Madrid, 2000. Dentro de él pueden consultarse el Capítulo I: «La descentralización en la enseñanza. Marco jurídico y problemas pendientes» y el Capítulo V: «La enseñanza privada en España: Consideraciones sobre su problemática actual en el marco de la política europea de educación».
- «La autonomía universitaria y la autonomía de las Comunidades Autónomas», RAP, núm. 146, 1998.
- «La educación para la ciudadanía en el sistema educativo español. Reflexiones jurídicas», REDC, núm. 83, 2008.

GURREA, F., «Enseñanza», en EMBÍO IRUJO, A. (Dir.), *Derecho Público Aragonés*, 5.^a ed., El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2014.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., «Escolarización homogénea por razón del sexo y derecho fundamental a la educación en libertad», *REDA*, núm. 154, 2012, págs. 71 y ss.

MUÑOZ MACHADO, S., *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, vol. I, 2.^a ed., Iustel, Madrid, 2007, págs. 822 y ss.

SETUÁIN MENDÍA, B., «El tratamiento jurisprudencial de la enseñanza diferenciada: la errática doctrina sobre conciertos educativos con centros privados que separan por sexos», *REDA*, núm. 154, 2012, págs. 237 y ss.

ARTÍCULO 149.1.31.^a

31.^a *Estadística para fines estatales.*

LAS COMPETENCIAS EN MATERIA DE ESTADÍSTICA

Sumario: I. Delimitación material de la competencia atribuida al Estado. La importancia del elemento finalista. 1. La estadística que se atribuye al Estado es aquella que sirve a los «fines estatales». 2. La renuncia de la Ley de la Función Estadística Pública a concretar esos fines estatales. 3. Rechazo de que la estadística sea un mero instrumento y no una verdadera materia competencial. 4. Un ensayo de concreción de esos fines estatales: la estadística para los fines del aparato estatal stricto sensu. II. Delimitación funcional. 1. En las estadísticas para fines estatales la competencia estatal es plena. 2. La necesidad de instrumentos que garanticen un verdadero sistema estadístico. III. La asunción estatutaria de competencias en materia de estadística por las Comunidades Autónomas.

MANUEL IZQUIERDO-CARRASCO

CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO
UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA *

El art. 149.1.31.^a CE atribuye al Estado la competencia exclusiva en la materia «estadística para fines estatales». Para analizar este precepto expondremos: por un lado, lo que deba entenderse por estadística para fines estatales, esto es, la delimitación de la materia; por otro, las funciones que en esa materia se atribuyen al Estado; y finalmente, un cuadro general de la asunción estatutaria de competencias en este ámbito por parte de las Comunidades Autónomas.

I. DELIMITACIÓN MATERIAL DE LA COMPETENCIA ATRIBUIDA AL ESTADO. LA IMPORTANCIA DEL ELEMENTO FINALISTA

El *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia Española (23.^a ed.) define «estadística» como el «estudio de los datos cuantitativos de la población, de los recursos naturales e industriales, del tráfico o de cualquier otra manifestación de las sociedades huma-

* Proyecto de investigación del Ministerio de Economía y Competitividad DER2015-67695-C2-1-P. Fondos FEDER.

nas». Si se parte de esa definición, se comprende rápidamente **la amplitud del conjunto de la actividad estadística** por la extensión de sus ámbitos de actuación (economía, educación, sanidad, medio ambiente, transportes, etc.); por la pluralidad de sujetos, públicos y privados, que pueden realizar esta actividad; y por la diversidad de fines (históricos, para la adopción de decisiones políticas o normativas, para la toma de decisiones empresariales...). Por eso es imprescindible efectuar una delimitación de la materia sobre la que se está atribuyendo esta competencia al Estado.

1. La estadística que se atribuye al Estado es aquella que sirve a los «fines estatales»

El artículo comentado no atribuye al Estado una competencia sobre toda la materia estadística, sino solo sobre aquella que sirve a los fines estatales. Por tanto, es ese **elemento finalista**, de carácter abierto e indeterminado, el que define el alcance de la competencia estatal, convirtiéndose así en la clave de bóveda. No hay ninguna otra materia en el art. 149.1 CE donde se utilice este mismo criterio finalista a la hora de delimitar la competencia estatal, pero una técnica próxima es la referencia al «interés general» que se hace, por ej., en el art. 149.1.20.^a (puertos de interés general y aeropuertos de interés general) y 24.^a (obras públicas de interés general). Sin duda alguna, la noción de «interés general» es más amplia que la de «fines estatales», pero si se acude a la concreción que el legislador estatal ha hecho en algunos de esos ámbitos, se observa que la diferencia en la práctica no ha sido tanta —aunque podría haberlo sido—, pues ese interés general se ha vinculado generalmente con un interés estatal. Así, el art. 4 del Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, enumera una serie de circunstancias que llevan a calificar un puerto como de interés general. Pues bien, práctica-

mente todas esas circunstancias se conectan con un fin estatal: que se desarrollen actividades comerciales marítimas internacionales; que afecte de forma relevante a más de una Comunidad Autónoma; que sea relevante para la actividad económica general del Estado; o que por su ubicación o condiciones constituyan elementos esenciales para la seguridad del tráfico marítimo. Pero lo más relevante es que entendemos que **la doctrina que el Tribunal Constitucional ha elaborado en torno a estas materias, donde se acude al interés general a la hora de distribuir las competencias, es trasladable al ámbito que nos ocupa.**

2. La renuncia de la Ley de la Función Estadística Pública a concretar esos fines estatales

La Exposición de Motivos de la Ley 12/1989, de 9 de agosto, afirma que «la Constitución no fija límites materiales específicos a la actividad estadística del Estado». Esta afirmación peca de un **exceso verbal**, pues si bien es cierto que la Constitución no explicita unas concretas materias o estadísticas a las que esté limitada la competencia estatal (por ej., que se limitara al censo electoral, o al Padrón y Censo de población, o solo a las del sector bancario), sí que hay un claro límite material de carácter finalista, que es el que se está ahora analizando. La propia Exposición de Motivos lo reconoce a renglón seguido cuando afirma que «la referencia por la que se mide la legitimidad de dicha actividad (la estadística del Estado) es que la estadística se destine a fines estatales». A partir de ahí, razona que esos fines estatales son una noción más amplia que el resto de competencias materiales que el art. 149.1 atribuye al Estado, pero que, por lo menos, es tan amplio como esas competencias materiales; añade que «no hay ninguna necesidad de que la Ley contenga una lista agotadora de estadísticas para fines estatales»; y concluye, nuevamente con un criticable exceso verbal, «que estadísticas para fines estatales son todas aquellas que el Estado

acuerde sin más límite que el formal de incluirlas en el **Plan Estadístico Nacional** o aprobarlas, con tal condición, en un Real Decreto». No obstante, a pesar de esa literalidad, no es cierto que el único límite sea ese de carácter formal, pues por encima de él y mucho más importante está el límite finalista que se viene analizando.

Pues bien, este planteamiento de la Exposición de Motivos es el que se traslada al articulado cuando el art. 9.1 afirma que «tendrán consideración de estadísticas para fines estatales las reguladas en el art. 8», esto es, las que se incorporen en el Plan Estadístico Nacional, o en el Programa anual, o se aprueben por razones de urgencia, y en los tres supuestos mediante Real Decreto. Ninguna referencia a esos fines estatales. **Solo un mero requisito formal: que se haya declarado por el Gobierno mediante Real Decreto.** Más aún, si se acude al Plan Estadístico Nacional actualmente vigente (PEN 2017-2020, aprobado por Real Decreto 410/2016, de 31 de octubre), tampoco se encuentra una justificación sobre los fines estatales que supuestamente legitiman esa amplia actividad estadística, más allá de la necesidad de «seguir garantizando el suministro al Estado, a la Unión Europea, a las instituciones y a los usuarios de la información estadística necesaria para la toma de decisiones». En definitiva, parece que, según esta Ley y su desarrollo, estadística para fines estatales es cualquiera que el Estado desee realizar y que el criterio de los «fines estatales» es prácticamente una cláusula vacía de cualquier contenido efectivo.

A nuestro juicio, **ese aparente planteamiento meramente formalista choca con lo establecido en el art. 149.1.31.ª CE, y si no existe conflictividad competencial en este ámbito es porque la Ley 12/1989 reconoce una paralela competencia autonómica también aparentemente de carácter ilimitado.** Al respecto, la Exposición de Motivos, tras afirmar que «en la medida que las competencias estatal y autonómicas se so-

lapan, no cabe ofrecer *a priori* criterios materiales para demarcar qué estadísticas pueden ser para fines estatales o para fines autonómicos», concluye que «consecuencia de ello es que la mayor o menor amplitud de la actividad estadística que el Estado desarrolle no delimita, ensanchándola o reduciéndola, la competencia de las Comunidades Autónomas, que no queda condicionada, como es lógico (*¡sic!*), por las circunstancias de que sean muchas o no las estadísticas declaradas de interés estatal». Conclusión sorprendente, pues en sí supone una negación de la existencia de cualquier distribución de competencias en esta materia, puesto que parece que no se distribuyen, sino que simplemente se acumulan, admitiendo que tanto el Estado como las Comunidades Autónomas (lógicamente estas con el correspondiente límite territorial) puedan efectuar las mismas actividades estadísticas. Algo de esto puede verse en la STC 36/2017, de 1 de marzo (Ponente: Asúa Batarrita), que, tras reconocer la competencia del Estado para establecer que cierta información con fines estadísticos se le facilite directamente a él por las empresas, añade: «Con todo, es evidente que ello no obsta para que la Generalitat, en el marco de la regulación sobre las instalaciones de producción de energía eléctrica, pueda establecer las disposiciones necesarias para requerir la información que considere necesaria para el ejercicio de sus competencias reconocidas en el art. 133 EAC...» (FJ 3).

3. Rechazo de que la estadística sea un mero instrumento y no una verdadera materia competencial

En definitiva, da la sensación de que la Ley 12/1989 trata a la estadística no como una verdadera competencia pública, sino como algo similar a una mera capacidad o a la realización de una simple actividad material o técnica que, naturalmente, no impide que la tenga cualquier otro sujeto en la misma medida. Se estaría así equiparando, por ej., a la actividad cartográfica, sobre la que el Tribu-

nal Constitucional ha destacado «su carácter instrumental en relación con múltiples actividades de los particulares y respecto a también numerosas actividades de las Administraciones Públicas», por lo que «no es necesaria la titularidad de una competencia específica para que un ente incardinado en alguna Administración Pública, estatal o comunitaria, pueda realizar una actividad cartográfica» (STC 76/1984, FJ 1). O al servicio meteorológico, donde, a pesar de que el art. 149.1.20.^a CE atribuye al Estado una competencia exclusiva en la materia «servicio meteorológico» sin mayor precisión, algunas CC. AA. han asumido competencias en esa misma materia creando sus propios servicios meteorológicos (ver art. 10.32 del Estatuto de Autonomía del País Vasco y el Decreto 311/2003, por el que se crea la Agencia Vasca de Meteorología). **No negamos que la estadística sirve al ejercicio de otras competencias, pero, a diferencia de otras actividades instrumentales, la estadística pública comporta verdaderas potestades sobre los ciudadanos y severas limitaciones para ellos**, donde se establecen deberes que incluso afectan a derechos fundamentales y se delimitan potestades administrativas para imponerles conductas o reprender los incumplimientos. Por ello, **la estadística es una auténtica competencia pública** que, como tal, da la medida en que cada Administración puede ejercer unas potestades públicas, sin que sea admisible que se puedan duplicar actuaciones y, por ende, las restricciones y los sometimientos a los ciudadanos.

4. Un ensayo de concreción de esos fines estatales: la estadística para los fines del aparato estatal *stricto sensu*

Que la Ley estatal de la Función Estadística Pública no haya definido en su articulado cuáles sean esos fines estatales no vulnera el régimen constitucional de distribución de competencias. Así, a propósito de los aeropuertos

de interés general, la STC 68/1984, de 11 de junio (Ponente: Truyol Serra), afirma:

«El momento en que se determinará en concreto la competencia del Estado será aquel en que un concreto aeropuerto sea calificado como de interés general (en el caso que nos ocupa, cuando una determinada estadística sea considerada para fines estatales), no el momento en el que se fijen los criterios con los que haya que hacerse esta calificación [...] No cabe, pues, entrar a examinar aquí si la fijación de los criterios de calificación ha de hacerse o no por ley, y no resulta, por consiguiente, de aplicación la doctrina sentada en torno a la fijación de las bases» (FJ 3).

En puridad, el criterio meramente formalista que utiliza la mencionada Ley estatal tampoco se puede considerar en sí mismo contrario a la Constitución, pues habrá que estar a las concretas estadísticas que se incluyan en esos reales decretos. A lo sumo, podría discutirse la constitucionalidad de estas previsiones legales en cuanto contienen una interpretación del alcance de una materia atribuida al Estado por la Constitución, pues, según una reiterada doctrina, esa función solo corresponde en última instancia al Tribunal Constitucional. Sin embargo, no consideramos que la Ley 12/1989, sin perjuicio de que algunos de sus preceptos deban ser sometidos a una interpretación integradora más allá de su tenor literal, contenga una «interpretación genérica y abstracta del sistema constitucional de reparto competencial con la pretensión de vinculación general a todos los poderes públicos, imponiéndoles su propia interpretación de la Constitución», que es lo prohibido por la doctrina del Tribunal Constitucional (por todas, la STC 247/2007, de 12 de diciembre, Ponente: Pérez Vera, FJ 8). Más aún, en las materias de puertos y aeropuertos de interés general, el Tribunal Constitucional ha reconocido la facultad del legislador estatal en orden a definir la noción de interés general, sin perjuicio de un control posterior frente a posibles abusos por el propio Tribunal.

Además, es también criticable que la inclusión de una concreta actividad estadística en estos reales decretos carezca de cualquier motivación o justificación explicitada, pues ese elemento formal de la motivación en la propia norma debería adquirir una dimensión significativa de cara al control de su constitucionalidad.

Llegados a este punto, es necesario ensayar un **concepto de «estadística para fines estatales»** que resulte correcto en abstracto y en el contexto concreto en el que lo utiliza la Constitución. Ciertamente es que esa forma de delimitar la competencia del Estado en una materia, en función de los «fines estatales», es única en todo el art. 149 CE. Además, se trata de un concepto mucho más reducido que ese «interés general» al que sí se refieren otras materias del art. 149 CE. Con toda seguridad, en el art. 149.1.31.^a CE, como en todo el art. 149, los fines estatales son los del Estado *stricto sensu*, esto es, aquellos relativos solo al conjunto de las instituciones generales o centrales y sus órganos periféricos (Gobierno de la Nación, Administración del Estado, Cortes Generales, Consejo General del Poder Judicial, Banco de España, etc.), contraponiendo estas instituciones a las propias de las Comunidades Autónomas y otros entes territoriales autónomos. Por tanto, estadística para fines estatales significa estadística para fines de los órganos del Estado *stricto sensu*, es decir, aquellas necesarias o adecuadas para formular, evaluar, seguir, ejecutar y revisar las políticas estatales. De esta manera, se establece una **conexión** entre este elemento finalista y otras actividades y **competencias del Estado que se recogen en el art. 149 CE y otros preceptos constitucionales**, conexión que se explicita en la Exposición de Motivos de la Ley estatal de la Función Estadística Pública, aunque después en algunos momentos parece que se olvida. En definitiva, el Estado solo tiene competencia para realizar estadísticas en tanto que ello sirva de alguna manera al correcto ejercicio de sus demás competencias. En esta misma línea se ha manifestado el Tribunal Constitucional al en-

juiciar ciertas normas que establecían deberes de información estadística al Estado. En esos casos, en primer lugar, el Tribunal ha establecido una conexión entre esa información y otra materia competencial de las recogidas en el art. 149.1 CE, y después ha traído a colación la competencia recogida en el art. 149.1.31.^a CE (las SSTC 138/2013, de 6 de junio, FJ 4, y 45/2015, de 5 de marzo, FJ 6, en materia de medio ambiente; y la STC 36/2017, de 1 de marzo, FJ 3, en materia de régimen energético).

Pero debe advertirse que esto no significa negarle un valor propio a esta competencia, como si no añadiera nada a los restantes apartados del art. 149 CE. Todo lo contrario, pues **el ap. 31 comentado atribuye al Estado una competencia distinta del resto** y, por eso mismo, el Estado no solo puede regular y establecer una organización estadística de carácter horizontal, sino que, con independencia de las competencias legislativas o ejecutivas que tenga en una concreta materia (sanidad, régimen energético, medio ambiente, etc.), tendrá una competencia plena en lo relativo a las estadísticas vinculadas con esas materias. Ello sin perjuicio de que, al igual que en toda materia competencial, el Tribunal Constitucional, en algún caso, aún reconociendo que el supuesto también conectaba con la materia estadística, haya resuelto que la prevalente era otra y, por tanto, haya deslindado el reparto de competencias conforme a la misma (por ej., la STC 211/2012, de 14 de noviembre, FJ 5, donde al hilo de una regulación de la notificación de accidentes laborales, se considera prevalente la materia laboral y de Seguridad Social, donde las competencias ejecutivas son autonómicas).

Con estos presupuestos, es evidente que la competencia que asume el Estado —y de ello parte la Ley 12/1989— lo es sobre las estadísticas desarrolladas por las propias organizaciones públicas estatales. Esto es, no entra dentro del ámbito material de la competencia estatal la regulación de las **estadísticas realizadas por sujetos privados** para sus pro-

pios fines, que, dicho sea de paso, también es una cuestión que las leyes autonómicas sobre estadística tampoco regulan, aunque, en principio, podrían asumir competencias al respecto.

II. DELIMITACIÓN FUNCIONAL

1. En las estadísticas para fines estatales la competencia estatal es plena

Desde el punto de vista funcional, la competencia del Estado en las estadísticas para fines estatales es plena. Esto es, le corresponde toda la legislación y ejecución, lo que le permite, como dice la Exposición de Motivos de la Ley 12/1989, «llevar a término las operaciones estadísticas que atañen a sus fines de principio a fin». Así lo ha reconocido en diversas ocasiones el Tribunal Constitucional ante la alegación de las Comunidades Autónomas de que esa información estadística debía canalizarse a través de ellas al tener las competencias ejecutivas sobre la materia sustantiva: **«la competencia exclusiva sobre «estadística para fines estatales» le habilita al Estado para instrumentar directamente, y no a través de las Comunidades Autónomas, dicha estadística»** (SSTC 31/2010, de 28 de junio, FJ 81; y 36/2017, de 1 de marzo, FJ 3).

2. La necesidad de instrumentos que garanticen un verdadero sistema estadístico

En el esquema establecido por la Ley estatal de la Función Estadística Pública, la competencia estatal convive con otra competencia autonómica, igualmente plena, para ordenar y realizar las estadísticas que conciernen a sus intereses o, con mayor propiedad, se incluyen en su ámbito competencial. La Exposición de Motivos de la mencionada Ley estatal concluye que «la conjunción de toda la actividad estadística pública en un sistema único

es algo que escapa a las competencias que la Constitución ha reservado al Estado» y añade que «la conexión y coordinación de los servicios de la actividad estatal y autonómica solo puede resultar, por tanto, de la cooperación». Por tanto, **la eliminación de disfuncionalidades y de duplicaciones innecesarias y costosas se hace recaer exclusivamente en la voluntad de colaboración y coordinación de las partes.**

Sin negar la trascendencia de estos instrumentos voluntarios, es necesario que, con pleno respeto al bloque de la constitucionalidad y teniendo en cuenta la realidad autonómica, se acuda a otros instrumentos más efectivos para alcanzar una armoniosa articulación en un verdadero sistema estadístico estatal. Estos instrumentos podrían ir desde la implantación de una mayor participación autonómica en la definición y ejecución de las estadísticas para fines estatales, hasta la aprobación por el Estado de unos **principios o reglas comunes en la actividad administrativa estadística** a partir de sus competencias para el establecimiento de «las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas [...] que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común, ante ellas» (art. 149.1.18.^a CE). Lo que resulta inaceptable es que la Unión Europea —que no es un Estado— goce de un sistema estadístico más integrado que el español.

III. LA ASUNCIÓN ESTATUTARIA DE COMPETENCIAS EN MATERIA DE ESTADÍSTICA POR LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

En la actualidad, **todas las Comunidades Autónomas han asumido estatutariamente competencias exclusivas en materia de estadística.** Sin embargo, **las formulaciones no son coincidentes**, utilizando unos Estatutos la expresión «estadística para fines no estatales» (fundamentalmente, las llamadas CC. AA. de vía lenta) y otros la de «esta-

dísticas para fines de la Comunidad». A nuestro juicio, ambas expresiones no son equiparables, siendo más amplia la primera por cuanto, con el límite de la competencia estatal sobre estadística para fines estatales, no hay ninguna razón para identificar el resto de la materia estadística con la estadística para fines autonómicos. Hay también estadística pública para fines de la Unión Europea o de otras organizaciones internacionales, para fines de la Administración Local, para fines de otras Administraciones institucionales o corporativas, para suministrar a los más diversos agentes sociales el conocimiento de la realidad, y hasta puede hablarse de una parte de la materia estadística que no es estadística pública (la que realicen sujetos privados para fines privados) aunque pueda someterse a una ordenación y control público. Todo ello no encaja bien en el concepto de «estadísticas para fines de la Comunidad Autónoma», pero sí lo hace a la perfección en el otro concepto. En cualquier caso, no podemos profundizar ahora en las consecuencias que esta distinta

formulación pudiera tener. Adicionalmente, algunos de los nuevos Estatutos de Autonomía, como el de Cataluña o Andalucía, han añadido también una competencia de **participación en la elaboración de estadísticas de alcance supraautonómico**. A este respecto, la STC 31/2010, de 28 de junio, con acierto, resolvió que tal mención estatutaria «no enerva las competencias del Estado *ex art. 149.1.31.ª CE...*; todo ello sin perjuicio de que dicha participación, que el precepto estatutario no concreta, habrá de establecerse y regularse por el Estado» (FJ 81).

Sobre esta base estatutaria, la mayoría de las Comunidades Autónomas han aprobado su **Ley de Estadística** y han creado una organización administrativa propia para estos fines. Más aún, con independencia de la formulación estatutaria, algunas de esas leyes han regulado también cuestiones de esas que encajan con dificultad en el concepto de «estadística para fines de la Comunidad Autónoma».

BIBLIOGRAFÍA

REBOLLO PUIG, M. e IZQUIERDO CARRASCO, M., «Las competencias estadísticas del Estado y de las Comunidades Autónomas», *Revista de Administración Pública*, núm. 168, septiembre-diciembre 2005.

SOUVIRÓN MORENILLA, J. M., «Consideraciones sobre la función estadística pública y su régimen», *Revista de Administración Pública*, núm. 134, mayo-agosto 1994.

ARTÍCULO 149.1.32.^a

32.^a Autorización para la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum.

LA COMPETENCIA EXCLUSIVA DEL ESTADO PARA LA CONVOCATORIA DE REFERÉNDUM

NICOLÁS PÉREZ SOLA

CATEDRÁTICO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
UNIVERSIDAD DE JAÉN

El verdadero problema no resuelto por el legislador orgánico es el de si se contiene en la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, sobre Regulación de las Distintas Modalidades de Referéndum (LOMR) la enumeración exhaustiva de los procedimientos de referéndum o si son posibles otros desarrollos de mecanismos de participación directa fuera de lo previsto en ella. El origen de esta duda se encuentra en la dicción del art. 149.1.32.^a CE: la «autorización para la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum». La regulación constitucional del referéndum consultivo no admite duda alguna en cuanto a la competencia para la autorización y convocatoria del mismo, pues solo el Presidente del Gobierno puede tomar la decisión, aunque precisa la autorización del Congreso de los Diputados, y la convocatoria debe realizarse en real decreto acordado en el Consejo de Ministros. La competencia exclusiva del Presidente del Gobierno se ha concretado en la convocatoria de los referéndums sobre la permanencia de España en la OTAN, así como sobre el proyecto de tratado por el que se instituye una Constitución para Europa.

Respecto de los referéndums de constitución de las CC. AA. y de aprobación de los Estatutos de Autonomía, las convocatorias respectivas se realizaron por parte del Gobierno de la nación de conformidad con las previsiones constitucionales. La LOMR efectúa una remisión a los trámites previstos en los Estatutos de Autonomía para su modificación (art. 152.2 CE), limitándose a indicar que el referéndum debe ser convocado en el plazo de seis meses desde el cumplimiento de dichos trámites sin mayor precisión. En el caso de los referéndums de reforma de los Estatutos de Autonomía cabe decir que, respecto del órgano convocante, podemos constatar un planteamiento teórico diverso en los Estatutos de Autonomía. De este modo, para la reforma estatutaria que afecte a las relaciones entre la CA y el Estado, el Gobierno vasco «podrá ser facultado, por delegación expresa del Estado, para convocar los referéndums» (art. 46.2 EAPV), mientras que en los Estatutos catalán y gallego la ley orgánica que contenga la aprobación de la reforma por las Cortes Generales «incluirá la autorización del Estado para que» la Comunidad convoque el referéndum. Por su parte, el Estatuto andaluz

de 1981 indicaba que la ley orgánica «que apruebe la reforma del Estatuto establecerá el plazo dentro del cual el gobierno de la nación deberá autorizar la convocatoria del referéndum» (art. 74.3). En cuanto al otro procedimiento de reforma estatutario, coinciden los cuatro Estatutos en establecer que el electorado será consultado por medio de referéndum «debidamente autorizado» por el Estado. Esta diversidad estatutaria ha propiciado que el referéndum relativo a la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña se haya convocado de conformidad con el art. 56 del Estatuto de 1979 por Decreto 170/2006 de la Comunidad Autónoma de Cataluña. La convocatoria de referéndum de reforma estatutaria en Andalucía ha sido precedida del Acuerdo de Consejo de Ministros y convocado a propuesta del Presidente de Gobierno.

Aunque la LOMR no ha determinado si tienen cabida bajo el art. 149.1.32.ª CE los referéndums autonómicos facultativos, en principio nada debe impedir que, en el ámbito de las competencias que les reconozca el Estatuto de Autonomía correspondiente, se pudiesen llevar a cabo con carácter consultivo dentro del territorio de las CC. AA. consultas populares. Una posible reforma de la LORM podría incorporar expresamente el referéndum consultivo autonómico con especificaciones procedimentales generales, sin perjuicio de la remisión expresa al ámbito estatutario. Aunque hemos de distinguir entre las consultas locales y las de alcance comunitario, la respuesta autonómica en esta materia ha sido diversa. Algunos Estatutos de Autonomía se han hecho eco de la competencia de «desarrollo legislativo del sistema de consultas populares» de ámbito municipal (Andalucía, Cataluña y Valencia), en otros sin embargo en el marco de la legislación básica del Estado se ha asumido la competencia de «desarrollo legislativo y la ejecución del sistema de consultas populares» (Asturias, Baleares, Castilla y León, Canarias, Extremadura, Murcia y La Rioja). Finalmente, otras Comunidades que no contaban con una atribución estatutaria

concreta con fundamento en la competencia sobre régimen local también podrían regular esta materia, como ha sucedido en Navarra. Sin embargo, hasta las reformas estatutarias iniciadas en 2006 solo Andalucía (Ley 2/2001, de regulación de las consultas populares locales de Andalucía) y Navarra (Ley Foral 27/2002, de consultas populares de Navarra) habían elaborado una norma concreta para regular estas consultas en el ámbito local, frente a otras Comunidades en las que en el marco de la legislación local han tenido acogida dichas consultas, como ha sucedido con el Decreto 294/1996, por el que se aprueba el Reglamento de Consultas Populares Municipales en aplicación de las previsiones relativas a la Ley 8/1987, municipal y de régimen local de Cataluña, o la Ley 7/1999 de Administración Local de Aragón (art. 157). En todo caso, cabe recordar que el decreto catalán que regula el referéndum local y el art. 10.2 del Estatuto de Cataluña de 1979 indicaba que la Generalitat ha de remitir la solicitud municipal al Gobierno del Estado, a quien corresponde autorizar la consulta (art. 6.2); en el mismo sentido, el texto del Estatuto andaluz de 1981 señalaba que «corresponde al Gobierno de la nación el acuerdo de autorización para la celebración de la consulta popular local».

La reforma del Estatuto de Valencia ha permitido la incorporación de un nuevo tipo de consulta, ya que el Presidente de la Generalitat podrá proponer la celebración de consultas populares «sobre cuestiones de interés general en materias autonómicas o locales» en el marco de la legislación del Estado (art. 28.5). Los vigentes Estatutos de Autonomía de Cataluña y Andalucía atribuyen competencia exclusiva respecto de las consultas populares a la Comunidad Autónoma para el establecimiento del régimen jurídico, las modalidades, el procedimiento, la realización y la convocatoria por ella misma o por los entes locales en el ámbito de sus competencias de encuestas, audiencias públicas, foros de participación y cualquier instrumento de consulta popular. Ahora bien, respecto a la

nueva competencia difieren los Estatutos, ya que en el de Andalucía se especifica «con la excepción del referéndum» (art. 78), frente al de Cataluña, en el que se indica «con la excepción de lo previsto en el art. 149.1.23 CE» (art. 122). Todo ello sin perjuicio del derecho reconocido en ambos Estatutos a «promover la convocatoria de consultas populares por la Junta de Andalucía o por los Ayuntamientos» [art. 30.1. C)] o por la Generalitat o los Ayuntamientos «en materia de las competencias respectivas, en la forma y las condiciones que las leyes establecen» (art. 29). Además se atribuye competencias de desarrollo legislativo y ejecución sobre el sistema de consultas populares en los términos de los arts. 92 y 149.1.32.^a CE a las Islas Baleares (art. 31.10) y con referencias a uno u otro precepto los Estatutos de Castilla y León (art. 71.1.15) y Aragón (art. 71.27). Baste recordar como complemento a lo anterior que se ha reconocido el derecho de los ciudadanos a promover la convocatoria de consultas populares en los Estatutos de Cataluña (art. 29.6), Andalucía (art. 30), Baleares [art. 15.c)] y Castilla y León (art. 11.5).

Sin embargo, la reciente jurisprudencia del TC ha ayudado a delimitar el alcance de este precepto constitucional en el sentido de que «la eventual desfiguración por normas autonómicas de las reglas que disciplinan las consultas referendarias permitiría eludir, con daño inaceptable para el orden constitucional las competencias que al respecto pone en manos del Estado la norma fundamental». Se ha de concluir pues que dicho precepto atribuye al Estado una competencia exclusiva que «no se limita a la autorización estatal para la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum, sino que se extienden a la entera disciplina de esta institución, esto es, a su establecimiento y regulación» (SSTC 31/2010 y 31/2015). Ahora bien, en aquellas otras ocasiones en que se trate de consultas populares y, por tanto, no tengan «la condición de referendarias, si puede corresponder, según prevean los respectivos Estatutos de Autonomía y en el respeto, en especial, de lo dispuesto en

el art. 149.1.18.^a CE a la competencia de las Comunidades Autónomas= (STC 137/2017).

En efecto, «El régimen de las consultas populares que (...) no tengan la condición de referendarias, sí puede corresponder, según prevean los respectivos Estatutos de Autonomía y en el respeto, en especial a lo dispuesto en el art. 149.1.18.^a CE, a la competencia de las CCAA, conforme a lo declarado» en la jurisprudencia constitucional (SSTC 31/2015; 137/2015). Es decir, aquellas consultas no referendarias «que recaban la expresión de voluntades particulares o colectivas, pero no generales y no imputables (...) al cuerpo electoral» (STC 31/2015). Por tanto estaremos ante consultas no referendarias cuando el llamamiento a la participación se realice a personas en relación a la ciudadanía definida en atención a sus intereses concretos o a la pertenencia a grupo o área temática de participación.

Por cuanto se refiere al **referéndum local**, se omite en la LOMR referencia alguna a esta consulta por remisión a la legislación local, debiéndose destacar que diversas CC. AA. han regulado a través de normas autonómicas la celebración de referéndums locales pese a la imprevisión del legislador orgánico sobre el tema. Por tanto, la no inclusión de esta modalidad de referéndum en la LOMR constituye un evidente incumplimiento constitucional por no respetar la reserva de ley orgánica que se establece en el art. 92.3 CE, al margen de que aspectos procedimentales puntuales queden a regulación de una norma ordinaria. Respecto a la naturaleza del acuerdo del Consejo de Ministros para autorizar o denegar la consulta popular, el Tribunal Supremo ha señalado que se trata de «un acto de control de que la solicitud se ajuste a los requisitos legalmente previstos de naturaleza procedimental y material». En este sentido la iniciativa para proponer la consulta corresponde al Alcalde previo acuerdo por mayoría absoluta del Pleno de la corporación municipal y versar sobre materias de competencia municipal (STS de 15 de noviembre de 2012),

si bien la consulta popular a los vecinos «no se permite para cualquier asunto, ni siquiera para aquellos que tengan un interés relevante para los vecinos; es preciso, además, que se trate de asuntos de «carácter local», por un lado, y que respecto de ellos el Municipio tenga «competencias propias», por otro» (STS de 17 de febrero de 2000).

La primera consulta autorizada por el Gobierno tuvo lugar en el municipio de Arbúcies en Gerona en 1986, a la que le han sucedido otras en Iruerrieta (Guipúzcoa), Leiza (Navarra) San Bartolomé (Las Palmas), Puerto del Rosario (Las Palmas), Usúrbil (Guipúzcoa), Cartes (Cantabria), Banyeres de Mariola (Alicante). Las materias sobre las que han recaído estos referéndums locales han sido relativas a planes urbanísticos, modificación de fechas o lugares de la celebración de las fiestas populares, constitución y segregación de entidades locales, ubicación de edificios e instalaciones municipales y ocupación de espacios públicos, entre otros.

La denegación de autorización por parte del Gobierno de la Nación para llevar a cabo un referéndum municipal se ha producido con ocasión de la solicitud de autorización al objeto de realizar esta consulta popular en el Campo de Gibraltar. En efecto, la STS de 17 de febrero de 2000 resolvió el recurso contencioso-administrativo contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 24 de julio de 1998 que denegó al Alcalde de Algeciras la autorización para convocar una consulta popular. Se trataba de una consulta popular que permitiera la articulación del Municipio y de su entorno comarcal en la novena provincia andaluza. La denegación se basaba en que no era de la competencia propia municipal y excedía del ámbito local. El Tribunal Supremo confirmó la denegación de autorización del Gobierno de la Nación por el «carácter supralocal del asunto».

Sin embargo y ante la denegación de autorización por parte de Gobierno de la Nación para llevar a cabo un referéndum municipal

en torno al Plan General de Ordenación Urbana de Almuñécar (Granada), dado que para la aprobación del planeamiento urbanístico «su ejercicio se desarrolla de forma concurrente» por Ayuntamiento y Comunidad Autónoma, el Tribunal Supremo anuló dicho acuerdo. En efecto, para este Tribunal «el concepto de competencias propias municipales (...) los municipios (...) tienen la capacidad efectiva de ordenación y gestión (...) lo que no impide que, por la naturaleza de la materia o por su extensión, su titularidad o ejercicio sea concurrente con las competencias de planificación atribuidas a autoridades regionales o autonómicas» (STS de 23 de septiembre de 2008).

La resolución del recurso de casación por el Tribunal Supremo interpuesto por el Ayuntamiento de Cogollos Vega (Granada) contra el acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de marzo de 2015 desestimando la autorización para efectuar la consulta popular relativa a si se debía mantener la concesión otorgada para la gestión de los servicios del ciclo integral del agua en ese municipio, confirma que la consulta prevista no versaba sobre un asunto propio de la competencia municipal (STS 2526/2016, de 29 de noviembre).

Con ocasión de la impugnación del Acuerdo de 24 de septiembre de 2013 del Consejo de Gobierno de la Diputación Foral de Gipuzkoa que convocó a consulta popular, celebrada el 10 de noviembre de 2013, a los residentes en el barrio de Igeldo sobre su desanexión del Municipio de San Sebastián e indirectamente contra la Norma Foral 1/2010 de participación ciudadana, el Tribunal Supremo tuvo ocasión de pronunciarse respecto de la convocatoria de consultas populares relativas a los procedimientos sobre alteración de las demarcaciones municipales para indicar que «no corresponde a los Órganos Forales de los Territorios Históricos, sino que es competencia de los Ayuntamientos» en los términos previstos en la Norma Foral 2/2003 y en la LBRL (STS 396/2018, de 12 de marzo).

Al hilo de la resolución de la impugnación de inconstitucionalidad del Estatuto de Autonomía de Cataluña el Alto Tribunal señaló que «la competencia para el establecimiento del régimen jurídico, las modalidades, el procedimiento, la realización y la convocatoria por la propia Generalitat o por los entes locales, en el ámbito de sus competencias, de encuestas, audiencias públicas, foros de participación y cualquier otro ins-

trumento de consulta popular», atribuida a la Generalitat por el art. 122 EAC, es perfectamente conforme con la Constitución, en el bien entendido de que en la expresión «cualquier otro instrumento de consulta popular» no se comprende el referéndum. Tal entendimiento parece implícito en el propio art. 122 EAC, que hace excepción expresa «de lo previsto en el artículo 149.1.32.^a de la Constitución».

BIBLIOGRAFÍA

Véase la bibliografía del artículo 92 CE.

ARTÍCULO 149.2

2. Sin perjuicio de las competencias que podrán asumir las Comunidades Autónomas, el Estado considerará el servicio de la cultura como deber y atribución esencial y facilitará la comunicación cultural entre las Comunidades Autónomas, de acuerdo con ellas.

LAS COMPETENCIAS CONCURRENTES SOBRE LA CULTURA

Sumario: I. Los títulos competenciales. II. Una competencia concurrente. III. El fomento mediante subvenciones. IV. Las subvenciones en materia cultural. V. El artículo 149.2 y los toros.

JUAN MANUEL ALEGRE ÁVILA

CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO
EXLETRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. LOS TÍTULOS COMPETENCIALES

Los preceptos de la Constitución que, bajo la veste competencial, pueden englobarse en el rótulo o epígrafe «cultura» son el ap. 17 del art. 148.1 y el núm. 2 del art. 149. Sin perjuicio de estas concretas referencias a la «cultura», esta es noción poliédrica, en cuyo campo semántico, y por ende competencial, se inscribe un variado conjunto de manifestaciones o actividades culturales, que, en ocasiones, tienen en el texto constitucional una precisa y singular identificación como título atributivo de competencia (patrimonio histórico; museos, archivos, bibliotecas; conservatorios de música) y, en otras, son atraídas, siquiera de modo parcial, a su ámbito no obstante circunscribirse primariamente a cuestiones relacionadas con el ocio o los espectáculos públicos (así, de manera significada, la cinematografía y, en general, las artes escénicas).

II. UNA COMPETENCIA CONCURRENTE

En el FJ 6 de la STC 49/1984 puede leerse: «pecaría de superficial todo intento de construir sobre la idea de competencia en materia de cultura, concretada al art. 148.1.17.^a, una competencia omnimoda y excluyente. La lectura de otros textos de la CE (sobre todo el art. 149.2, pero también los que en la lista de este artículo se refieren a materias culturales) y una reflexión sobre la vida cultural, lleva a la conclusión de que la cultura es algo de la competencia propia e institucional tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas, y aún podríamos añadir de otras comunidades, pues allí donde vive una comunidad hay una manifestación cultural respecto de la cual las estructuras públicas representativas pueden ostentar competencias, dentro de lo que entendido en un sentido no necesariamente técnico-administrativo puede comprenderse dentro de «fomento de la cultura». Esta es la razón a

que obedece el art. 149.2 de la CE, en el que después de reconocer la competencia autonómica afirma una competencia estatal, poniendo el acento en el servicio de la cultura como deber y atribución esencial. Hay, en fin, una competencia estatal y una competencia autonómica en el sentido de que más que un reparto competencial vertical, lo que se produce es una concurrencia de competencias ordenada a la preservación y estímulo de los valores culturales propios del cuerpo social desde la instancia pública correspondiente. Que en materia cultural es destacada la acción autonómica es algo inherente a la Comunidad (art. 2 CE). Que a su vez al Estado compete también una competencia que tendrá, ante todo, un área de preferente atención en la preservación del patrimonio cultural común, pero también en aquello que precise de tratamientos generales o que hagan menester esa acción pública cuando los bienes culturales pudieran no lograrse desde otras instancias, es algo que está en la línea de la proclamación que se hace en el indicado precepto constitucional».

La doctrina de que queda hecha mención se vierte en un pronunciamiento recaído en materia de cinematografía. La STC 49/1984 [Ponente: Arozamena Sierra] resuelve, en efecto, el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña contra diversos preceptos de la Ley 1/1982, de 24 de febrero, por la que se regulan las salas especiales de exhibición cinematográfica, la filмотeca española y las tarifas de las tasas por licencia de doblaje. Otros dos pronunciamientos próximos en el tiempo a la anterior, las SSTC 157/1985, de 15 de noviembre [Ponente: Díez-Picazo y Ponce de León] y 106/1987 [Ponente: Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer], tenían también como referencia la cinematografía, precisión que, más allá de la concreta solución adoptada, pone de relieve la conexión de dicha materia, directamente entroncada en el ocio o los espectáculos, materias de la competencia autonómica, con la más amplia de cultura, en la que, al socaire del art. 149.2 de la Constitución, se reconoce una indubitada intervención del Es-

tado. A este propósito, la doctrina general recogida en el FJ 6 de la STC 49/1984 es recordada en las SSTC 157/1985 (FJ 4) y, en particular, 106/1987. En efecto, en el FJ 2 de esta última puede leerse: «El título competencial a tomar en cuenta, en consecuencia, es el de cultura. En relación con la cultura, y precisamente respecto al cine, ha afirmado este Tribunal en relación con el art. 149.2 de la Constitución que la cultura es algo de la competencia propia e institucional tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas, afirmando la existencia en principio de una concurrencia no excluyente del Estado y de la Comunidad Autónoma para la preservación y estímulo de los valores culturales del cine, habiendo afirmado tanto que la acción de la Comunidad Autónoma no impide la competencia estatal para preservar el patrimonio cultural común y para lo que precise de tratamientos generales o que no puedan lograrse desde otras instancias (STC 49/1984, de 5 de abril), como que las exigencias de unidad de normación en la materia no impiden la existencia de competencias de la Generalidad de Cataluña, cuyo ejercicio para nada lesiona y menoscaba las competencias estatales (STC 157/1985, de 15 de noviembre)».

La STC 157/1985, que resolvió el conflicto positivo de competencia promovido por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña en relación con diversos preceptos de la Orden del Ministerio de Cultura de 14 de mayo de 1984, por la que se dictan normas de aplicación y desarrollo de los Reales Decretos 3071/1977, de 11 de noviembre, 1067/1983, de 27 de abril, y 3304/1983, de 28 de diciembre, creando un Registro de Empresas Cinematográficas, declaró que la titularidad de la competencia controvertida correspondía al Estado. Por contra, la STC 106/1987, en relación con el conflicto positivo de competencia promovido por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña a propósito de distintos preceptos del Real Decreto 3304/1983, de 28 de diciembre, sobre protección a la cinematografía española, declaró que la titularidad de la competencia controvertida, respectiva-

mente, para calificar «de especial interés películas españolas de más de cuatro años de antigüedad»; para calificar como especialmente adecuadas para la infancia una película española; y para la concesión a las empresas distribuidoras domiciliadas en Cataluña de las licencias de doblaje de películas extranjeras en cualquier lengua oficial de España, correspondía a la Generalidad de Cataluña.

Una doctrina general en relación con la cultura que se reiterará en la STC 17/1991, a propósito de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español. En la ocasión, se afirmará que la consideración de los bienes que integran el Patrimonio Histórico como «patrimonio cultural» permite la inserción de su regulación en la competencia (concurrente) sobre cultura que establece el art. 149.2 de la Constitución, pues, con cita de las SSTC 49/1984, 157/1985 y 106/1987, «la cultura es algo de la competencia propia e institucional tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas», estribando ahí «la razón a que obedece el art. 149.2 CE, en el que después de reconocer la competencia autonómica, se afirma una competencia estatal, poniendo el acento en el servicio de la cultura como deber y atribución esencial» (FJ 2).

III. EL FOMENTO MEDIANTE SUBVENCIONES

El «servicio de la cultura» como **deber y atribución esencial del Estado**, a cuyo efecto este facilitará la «comunicación cultural» entre las Comunidades Autónomas, dice el art. 149.2 de la Constitución. Este «fomento de la cultura», a que se refería la STC 49/1984, puede canalizarse a través de diversas fórmulas o técnicas, como, según la STC 17/1991, acaece con la función de «comunicación cultural» mediante los registros e inventarios previstos en la Ley del Patrimonio Histórico Español de 1985 (FJ 12). Entre aquellas fórmulas o técnicas destaca, en particular, el mecanismo o instrumento de la subvención, cuyos contornos, desde la perspectiva competencial, fueron de-

lineados en la importante STC 13/1992, de 6 de febrero [Ponente: Rodríguez Bereijo; asunto: recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña en relación con diversos preceptos y partidas de las Leyes 33/1987, de 23 de diciembre, y 37/1988, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1988 y 1989, respectivamente].

En efecto, el problema, como se dice en el FJ 6 de la STC 13/1992, es «bajo qué forma, condiciones y requisitos el Estado puede consignar en sus Presupuestos Generales de cada año recursos financieros destinados a ámbitos de actuación cuya competencia material ha sido asumida por las Comunidades Autónomas», supuesto que aquel, el Estado, no puede «usando su poder de gasto en materia de **subvenciones**, condicionar o mediatizar el ejercicio por las Comunidades Autónomas de sus propias competencias (su autonomía política y financiera) de modo tal que convierta, de hecho, su poder de gastar en un poder para regular la materia al margen del reparto competencial establecido en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía».

Identificado el «problema constitucional», el Tribunal diseccionará los supuestos que se engloban en el genérico rótulo de «subvenciones». Supuestos que traen causa de la distinción entre aquellas subvenciones que, propiamente, «responden a una finalidad o acción de fomento» y aquellas obras que, llamadas «subvenciones-dotación», son «dotaciones presupuestarias destinadas a cubrir las necesidades de financiación de un determinado ente o servicio público». En relación con estas últimas, y supuesto que «no cabe negar la competencia del Estado para otorgar a los entes públicos territoriales subvenciones con cargo a los Presupuestos Generales del Estado destinadas a cubrir su déficit real y asegurar el equilibrio financiero de las haciendas territoriales, competencia que encuentra su título más apropiado —como ya se dijo en la STC 179/1985, FJ 1— en el de «Hacienda General» del art. 149.1.14», se afirmará: «Pero cuando se trata

de «subvenciones-dotación» que se refieran a servicios públicos transferidos a las Comunidades Autónomas o formen parte del coste ordinario de los mismos, corresponden como un recurso propio a las Comunidades Autónomas debiendo transferirse globalmente por el Estado para ser integrados en los Presupuestos de la hacienda autonómica, sin otros condicionamientos que el genérico estrictamente indispensable para asegurar el destino de la subvención afectándolo a la finalidad prevista en los Presupuestos Generales del Estado, de modo que se respete la «autonomía financiera de las Comunidades Autónomas, reconocida en los arts. 156.1 de la Constitución y 1.1 de la LOFCA [Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas], que exige la plena disposición de medios financieros para poder ejercer, sin condicionamientos indebidos y en toda su extensión, las competencias propias, en especial las que se configuran como exclusivas» (STC 201/1988, FJ 4).

Esta regla ha de predicarse tanto de «las subvenciones para cubrir el coste de funcionamiento ordinario de los servicios públicos transferidos» cuanto de «aquellas que, por su índole recurrente y vocación de permanencia, se relacionan directamente con la prestación de los servicios transferidos», integrándose unas y otras en la «financiación incondicionada de las Comunidades Autónomas». A partir de aquí, los FF. JJ. 7 a 10 de la STC 13/1992 se enderezan a perfilar los criterios a que debe sujetarse la consignación, y ulterior distribución y pago, en los Presupuestos Generales del Estado de las partidas necesarias para atender la acción o actividad de fomento en relación con «ámbitos materiales o sectoriales cuya competencia ha sido asumida exclusivamente por las Comunidades Autónomas», a fin de evitar su conversión en «un peculiar mecanismo de financiación condicionada de las Comunidades Autónomas» que constriña «la libertad de sus órganos de gobierno en cuanto a la fijación del destino y orientación del gasto público, así como para la cuantificación y distribución del mismo dentro del marco de sus competencias» (FJ 7).

Pues bien, de los criterios sentados en el FJ 7 se desprende la exigencia de una atribución directa e incondicional a las Comunidades Autónomas de las correspondientes dotaciones presupuestarias que supongan la cobertura de subvenciones destinadas a acciones de fomento, cuando se trate de materias cuya competencia haya sido asumida en exclusiva por aquellas, de suerte que las oportunas cantidades se integren mediante las transferencias debidas como un recurso financiero más de las haciendas autonómicas. Y una atribución que ha de responder a «criterios objetivos de reparto» establecidos en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado, o, alternativamente, que se instrumentalice mediante convenios ajustados a los principios constitucionales, que, en ningún caso, pueden transformar en compartida una competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas.

Ahora bien, y la precisión es extremadamente importante: «La financiación mediante Leyes de Presupuestos Generales de acciones de fomento en materias atribuidas a la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas no significa, claro está, la imposibilidad para el Estado de fijar siquiera el destino o finalidad de política económica o social a que deben dedicarse esos fondos presupuestarios (arts. 66.2 y 134.1 CE). Pero esa afectación ha de ser global o genérica, en función de materias o sectores de la actividad económica o social, de manera que la especificación presupuestaria de los créditos sea la mínima imprescindible para acomodarse a las exigencias del principio de legalidad presupuestaria y deje el margen necesario de actuación para que las Comunidades Autónomas puedan ejercer su competencia exclusiva en la materia «desarrollando en el sector subvencionado una política propia orientada a la satisfacción de sus intereses peculiares, dentro de las orientaciones de programación y coordinación que el Estado disponga para el sector como componente del sistema económico general» (STC 201/1988, FJ 2.º). Siendo evidente que el Estado no puede condicionar las subvenciones o determinar su finalidad más

allá del alcance de los títulos en que ampare su intervención».

Afectación, pues, «**global y genérica**» de los créditos habilitados por la Ley de Presupuestos Generales del Estado, de modo que «la especificación presupuestaria de los créditos sea la mínima imprescindible para acomodarse a las exigencias del principio de legalidad presupuestaria y deje margen necesario de actuación para que las Comunidades Autónomas puedan ejercer su competencia exclusiva en la materia». Dos matizaciones a este principio. Una: «En aquellas materias en que el Estado ostente algún título competencial y en la medida de su competencia podrá ejercitarla mediante acciones de fomento o subvenciones, fijando normativamente las condiciones de su empleo por las Comunidades Autónomas (y ello respetando en todo caso las competencias ejecutivas o de gestión que puedan corresponder a estas según el orden de reparto competencial en la materia) y, en su caso, disponer la gestión directa y centralizada de los fondos presupuestarios si resultara imprescindible: para asegurar su plena efectividad dentro de la ordenación básica del sector, para garantizar iguales posibilidades de obtención y disfrute por parte de sus potenciales destinatarios en todo el territorio nacional o, por último, cuando dicha centralización sea un medio necesario para evitar que se sobrepase la cuantía global de los fondos que hayan de destinarse al sector (SSTC 95/1986, FJ 5.º, y 75/1989, FJ 5.º)».

Segunda precisión o, mejor, matización de la anterior: «Ello no significa, claro está, desamparar al Estado para toda intervención en aquellas materias en que los Estatutos de Autonomía atribuyen a las Comunidades Autónomas competencias exclusivas, pues el Estado puede ostentar competencias concurrentes por virtud de títulos reconocidos en el art. 149 CE y en los Estatutos de Autonomía para desarrollar o establecer políticas económicas o sociales de ordenación sectorial o de servicios o su actuación se enmarque en las facultades estatales de dirección y

coordinación de la política económica en cuanto las subvenciones de que en cada caso se trate puedan constituir elemento esencial de la misma. Como ya se dijo en la STC 95/1986, FJ 4.º, «es claro que dentro de esta competencia de dirección de la actividad económica general tienen cobijo también las normas estatales que fijan las líneas directrices y los criterios globales de ordenación de sectores económicos concretos, así como las previsiones de acciones o medidas singulares que sean necesarias para alcanzar los fines propuestos dentro de la ordenación de cada sector».

Sobre los parámetros sintetizados, el FJ 8 ensayará «un esquema de delimitación competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas en lo que hace al ejercicio de la potestad subvencional de gasto público». Un esquema desarrollado en «cuatro supuestos generales», aptos para resolver los recursos a que se contrae la STC 13/1992, sin perjuicio de su eventual ampliación a casos posteriores. Un esquema, en todo caso, recorrido por la idea matriz de la «exigencia de la asignación global y descentralizada o territorialización de los fondos presupuestarios destinados a subvenciones entre las distintas Comunidades Autónomas con competencias en la materia». Y una **territorialización**, esto es, una transferencia efectiva de los créditos presupuestarios a las Comunidades Autónomas «de modo que puedan disponer prontamente de los mismos, sin más condicionamientos que los que deriven del ejercicio de las competencias estatales sobre la materia» (FJ 9), que puede llevarse a cabo a través de los propios criterios consignados en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado (FJ 9) o mediante los oportunos convenios de colaboración (FJ 10).

IV. LAS SUBVENCIONES EN MATERIA CULTURAL

La doctrina sintetizada ha tenido eco en el ámbito de la cultura. Tres pronunciamientos del

Tribunal Constitucional: SSTC 16/1996, de 1 de febrero [Ponente: Rodríguez Bereijo; asunto: recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña contra distintos preceptos y partidas presupuestarias de la Ley 4/1990, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 1990], 109/1996, de 13 de junio [Ponente: Viver Pi-Sunyer; asunto: conflicto positivo de competencia promovido por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña en relación con diferentes apartados de la Orden del Ministerio de Cultura de 10 de julio de 1989, por la que se regulan las subvenciones y ayudas económicas a los museos e instituciones que integran mediante convenio con el Ministerio de Cultura el Sistema Español de Museos] y 71/1997, de 10 de abril [Ponente: Jiménez de Parga y Cabrera; asunto: conflictos positivos de competencia acumulados promovidos por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña respecto de determinados preceptos de las Órdenes del Ministerio de Cultura de 16 de marzo de 1990, por la que se establece la normativa de ayudas al sector del libro español, y 30 de julio de 1990, sobre ayudas financieras a la inversión en el sector del libro].

Subvenciones en los ámbitos de museos y archivos (SSTC 16/1996 y 109/1996), del libro y publicaciones culturales (SSTC 16/1996 y 71/1997) y de la cinematografía (STC 16/1996). Más aún: a efectos de la resolución de las oportunas impugnaciones, la STC 16/1996 [FJ 2. H), aps. b), c) y d)] acude a la doctrina sentada en la STC 13/1992 en su FJ 13. I), aps. a), b) y c). De esta última se desprende:

A) Museos:

«Según reiterada doctrina de este Tribunal (SSTC 84/1983, 49/1984, 153/1985, y 17/1991), del art. 149.2 CE deriva la concurrencia de distintos Poderes Públicos en el fomento de la cultura, por lo que al Estado le compete una función de apoyo en este campo, no excluyente de la que puedan realizar las Comunidades Autónomas.

En concreto, el Estado tiene competencia para apoyar económicamente los museos que integran el sistema español de museos y que son de la titularidad de las Corporaciones Locales o sean gestionados por estas. Nada hay que oponer, pues, desde el punto de vista del orden constitucional de competencias a esta partida presupuestaria, sin que sea consistente el argumento en contrario de que la gestión del único museo de titularidad estatal existente en Cataluña, al decir de la Generalidad, haya sido transferida a esta última, dado que la partida presupuestaria no se refiere y no tiene por qué referirse a ese museo.»

B) Libro y publicaciones culturales:

«Las razones expuestas en el epígrafe anterior sirven también para desestimar la impugnación de estas partidas, sin que sean óbice a esta conclusión las competencias que la Generalidad de Cataluña tiene en materia de industria (art. 12.2 EAC), en relación con la importancia que la industria editorial de Cataluña tiene en este sector de producción, pues, sin duda, el título prevalente, por la finalidad de las ayudas previstas, es el de cultura. Por lo demás, las partidas impugnadas no impiden por sí mismas la colaboración de la Generalidad de Cataluña en la promoción del libro, en ejercicio de sus propias competencias, y tampoco descartan de por sí toda intervención de la Generalidad en la gestión de las subvenciones del Estado.»

C) Cinematografía:

«Además de los argumentos expuestos en relación con las partidas del epígrafe anterior recuerda la Generalidad, respecto de esta, que el ap. B-2 del Real Decreto 1010/1981, de 27 de

febrero, de Transferencia de Servicios, dispone que «en cuanto al Fondo de Protección a la Cinematografía, mientras se mantenga la actual normativa que lo rige, se transfiere a la Generalidad el porcentaje, que se determinará por Convenio, de la parte del Fondo destinada a subvencionar películas de especial calidad y especiales para menores». Alega ahora la Generalidad que ese Convenio no ha sido celebrado nunca, lo que priva de eficacia a las Transferencias y por esa razón «como mínimo debe solicitar la territorialización de las partidas dichas de acuerdo a criterios objetivos».

No obstante, es necesario tener en cuenta que, como se deduce de las SSTC 149/1985 y 157/1985, el Estado ostenta competencia de intervención y fomento en el orden cinematográfico, por lo que no se cuestiona la gestión unitaria del Fondo de Protección a la Cinematografía, que el Real Decreto 1010/1981 reserva al Estado, si bien con la obligación de realizar con la Generalidad el Convenio a que alude el ap. B-2 referido, mientras se mantuviera la misma normativa reguladora del Fondo. A falta de dicho Convenio hay que oponer a la constitucionalidad de la partida impugnada, único objeto de este recurso, a la que no se puede imputar lo que la Generalidad de Cataluña considera un incumplimiento del Real Decreto 1010/1981.»

Gestión, pues, unitaria del Fondo de Protección a la Cinematografía, sin perjuicio de la conclusión del oportuno convenio al respecto.

La STC 16/1996, luego del recordatorio de la jurisprudencia acerca de la *territorialización* de las subvenciones (FJ 2), aplica la doctrina de la citada STC 13/1992 a las partidas presupuestarias destinadas a subvenciones para museos [FJ 2. H).b)], promoción del libro y publicaciones culturales [FJ 2. H).c)] y

cinematografía [FJ 2. H).d)]. El ap. a) del FJ 2. H) dice así en relación con las previstas para archivos: «La Generalidad, al impugnar estas partidas, argumenta que su competencia exclusiva sobre los archivos que no son de titularidad estatal (art. 9.6 EAC) podría quedar prácticamente vacía de contenido si el Estado, al socaire de su competencia concurrente en materia de cultura (art. 149.2 CE), opta, como sucede en el presente caso, por no *territorializar* las subvenciones destinadas a este sector. Esta argumentación no puede ser compartida por este Tribunal, toda vez que, en jurisprudencia constante, se ha venido sosteniendo que la materia «cultura» atañe a la competencia propia tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas (por todas, STC 49/1984, FJ 6.º). De ahí que el Estado, en virtud del art. 149.2 CE, pueda desempeñar una labor de fomento y apoyo de las diversas manifestaciones culturales (STC 157/1985, FJ 4.º); tarea de fomento que, obviamente, como se reseñó expresamente en el FJ 2.º de la STC 84/1983, abarca también la financiación de inversiones «de carácter cultural» relativas a los archivos. En suma, nada cabe objetar desde el punto de vista competencial a estas partidas presupuestarias».

Una vez más, con cita de las SSTC 84/1983, 49/1984 y 157/1985, se enfatiza que, con apoyo en el art. 149.2 de la Constitución, el Estado puede desempeñar «una labor de fomento y apoyo de las diversas manifestaciones culturales», cuya concreción, aquí y ahora, es la financiación, subvenciones de por medio, de «inversiones «de carácter cultural» relativas a los archivos».

La STC 109/1996 (asunto: subvenciones para museos) incorpora importantes precisiones acerca del alcance de la potestad estatal para consignar partidas presupuestarias al socaire de su competencia sobre cultura *ex art.* 149.2 de la Constitución, en particular cuando enfrente se halla una competencia autonómica específica, en este caso museos. Unas precisiones que pueden exponerse del modo que sigue.

— El título preferente, por tener carácter específico, a la hora de encuadrar el alcance de las oportunas subvenciones, es el de museos de titularidad no estatal, competencia, pues, autonómica.

— Ahora bien, primera precisión, lo anterior no significa que el Estado, desde el título genérico de cultura ex art. 149.2, «no pueda llevar a cabo ningún tipo de actuación relacionada con esta clase de museos».

— Mas, precisión sobre la precisión, «la competencia [del Estado] sobre cultura [ex art. 149.2 de la Constitución] no puede convertirse en un título universal desde el que puedan realizarse indistintamente todas y las mismas funciones que pueden realizarse desde otras competencias específicas que tienen aspectos culturales».

— La competencia sobre cultura ex art. 149.2 «no constituye un título que se superpone sin más a los demás títulos específicos» con implicaciones o connotaciones culturales, tal y como se ha establecido en relación a materias afines o colindantes con la de cultura, como espectáculos, medios de comunicación social, industria o patrimonio histórico.

En consecuencia, «la cuestión de fondo a dilucidar es la determinar cuál es ese ámbito propio de la competencia sobre cultura y, más concretamente, ciñéndonos a lo que aquí importa, cuál es ese ámbito cuando de la actividad de concesión de subvenciones y ayudas económicos se trata». Empeño a cuya consecución se endereza el FJ 5 y que, en síntesis, afirma la posibilidad de que el Estado consigne en sus Presupuestos subvenciones «en materia de museos de titularidad» no estatal, pudiendo especificar «de forma «global y genérica» su afectación o destino», mas no «reservarse competencias de gestión» en la medida en que no se haya justificado de manera suficiente la concurrencia de alguno de los supuestos que permiten una gestión centralizada. Declarado, pues, que la competencia controvertida corresponde a la Comunidad Autónoma, el

FJ 7 precisa el alcance del fallo: «Por último es necesario fijar el alcance del fallo de la presente Sentencia, que ha de limitarse a declarar la titularidad de la competencia de la gestión controvertida, como así lo permite el art. 66 LOTC y hemos resuelto en otros supuestos similares (SSTC 79/1992 y 59/1995, entre otras). La anulación del abono de las subvenciones y ayudas económicas a los museos e instituciones beneficiados con las mismas que integran mediante convenio con el Ministerio de Cultura el Sistema Español de Museos podría suponer, en efecto, graves perjuicios y perturbaciones a los intereses generales, también en Cataluña, tanto por referirse a subvenciones y ayudas de ejercicios económicos ya cerrados y que han agotado sus efectos como por la necesidad de no afectar a derechos legítimos de terceros que se hayan generado con motivo de las subvenciones ya abonadas. En estas circunstancias, las pretensiones de la Generalidad de Cataluña pueden estimarse satisfechas mediante la declaración de la titularidad de la competencia de gestión aquí controvertida».

La STC 71/1997 (asunto: subvenciones al sector del libro) resuelve la controversia competencial en términos similares a los de la STC 109/1996, esto es, declarando que la competencia para gestionar las ayudas a que se contraía la Orden Ministerial objeto del conflicto positivo de competencia correspondía a la Comunidad Autónoma (FF. JJ.4, 5 y 6).

V. EL ARTÍCULO 149.2 Y LOS TOROS

En el FJ 7 de la STC 177/2016, de 20 de octubre, puede leerse:

«Constatando la relación existente entre la cultura y las corridas de toros y espectáculos similares en tanto que fenómeno histórico, artístico y cultural [...]

[...] desde la lógica de la concurrencia competencial existente en materia de

cultura, las concepciones que los diversos poderes públicos responsables de cumplir el mandato del art. 46 CE puedan tener de lo que se entienda como expresión cultural susceptible de protección, pueden ser comunes y también heterogéneas e incluso opuestas. [...] Ahora bien, dichas diferencias han de manifestarse de modo conforme al orden constitucional de distribución de competencias en el que las decisiones autonómicas encuentran su fundamento, de manera que no pueden llegar al extremo de impedir, perturbar o menoscabar el ejercicio legítimo de las competencias del Estado en materia de cultura al amparo del art. 149.2 CE [...].

Por esa razón la norma autonómica, al incluir una medida prohibitiva de las corridas de toros y otros espectáculos similares adoptada en el ejercicio de la competencia en materia de espectáculos, menoscaba las competencias estatales en materia de cultura, en cuanto que afecta a una manifestación común e impide en Cataluña el ejercicio de la competencia estatal dirigida a conservar esa tradición cultural, ya que, directamente, hace imposible dicha preservación, cuando ha sido considerada digna de protección por el legislador estatal [...].

Ello no significa que la Comunidad Autónoma no pueda, en ejercicio de sus

competencias sobre ordenación de espectáculos públicos, regular el desarrollo de las representaciones taurinas —como, de hecho, ya ha realizado la Comunidad Autónoma [de Cataluña] en una Ley previa que limitaba el acceso a las corridas a los mayores de 14 años y restringía sus celebraciones a las plazas ya construidas—; ni tampoco que, en ejercicio de su competencia en materia de protección de animales, pueda establecer requisitos para el especial cuidado y atención del toro bravo. Tampoco significa que tenga que adoptar medidas concretas de fomento en relación a las corridas de toros y otros espectáculos similares, al modo de las que sí se prevén, en cambio, para los “correbous” como manifestación específica del patrimonio cultural catalán; pero una medida prohibitiva como la aquí analizada menoscaba por su propia naturaleza el ejercicio de una competencia concurrente del Estado (art. 149.2 CE) que responde también al mandato constitucional del art. 46 CE.»

Conclusión: «[...] la inconstitucionalidad del art. 1 de la Ley 28/2010, de 3 de agosto, de modificación del art. 6 del Texto Refundido de la Ley de protección de los animales, aprobado por Decreto Legislativo 2/2008, de 15 de abril, por incurrir en un exceso en el ejercicio de las competencias que invade o menoscaba las que el art. 149.2 CE otorga al Estado [...]».

BIBLIOGRAFÍA

PRIETO DE PEDRO, J., *Cultura, culturas y Constitución*, Prólogo de T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Congreso de los Diputados-Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992 [hay edición posterior].

VAKER CABALLERÍA, M., *Estado y Constitución: la función cultural de los poderes públicos en la Constitución española*, Prólogo de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988.

ARTÍCULO 149.3

3. Las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos. La competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado, cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de estas. El derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas.

EL ORDEN CONSTITUCIONAL DE COMPETENCIAS Y DE ORDENAMIENTOS

Sumario: I. Preliminar. II. El orden constitucional de competencias. 1. El esquema general. 2. La marginación de la cláusula residual. 3. Precisiones sobre las técnicas de distribución competencial. 4. La tipología del reparto de competencias. 5. El entrecruzamiento de competencias. 6. El territorio. III. La ordenación constitucional de ordenamientos. 1. La pluralidad de ordenamientos. 2. La cláusula de prevalencia. 3. La supletoriedad del Derecho general del Estado. 4. La pluralidad de ordenamientos: una coda final.

IGNACIO BORRAJO INIESTA

CATEDRÁTICO DE DERECHO

LETRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. PRELIMINAR

La estructura territorial del Reino de España reposa sobre los cuatro incisos del art. 149, ap. 3, de nuestra Constitución.

Sin duda, otros preceptos son importantes: el ap. 1 de ese mismo art. 149, que enumera las materias sobre las que el Estado tiene «competencia exclusiva»; o el art. 148, que lista unas materias sobre las que las Comunidades Autónomas pueden asumir competencia; o el art. 150, que permite modular el reparto ordinario de competencias; o los arts. 2 y 137, que

establecen los principios esenciales de todo el sistema.

Pero es el ap. 3 de este art. 149 el que forma el eje de rotación del Estado de las autonomías. Sus cuatro incisos son sobradamente conocidos:

1) La cláusula de asunción: «Las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos».

2) La cláusula residual: «La competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado».

3) La cláusula de prevalencia: «cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de estas».

4) La cláusula de supletoriedad: «El derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas».

Estas cuatro normas se refieren a cuestiones distintas. Como advirtió la capital Sentencia *transportes terrestres* (STC 118/1996, de 27 de junio, FJ 4.2), «**el art. 149.3 CE contiene disposiciones diversas, de significado y alcance muy diferente**, que es preciso no confundir, por más que la Norma suprema las aglutine en un solo párrafo».

Las dos primeras reglas de dicho ap. 3 sustentan el orden constitucional de competencias propio del Estado descentralizado que ha alumbrado el Título VIII de la Constitución: cómo se reparte el poder entre las instituciones generales del Estado y su nuevo nivel territorial, las Comunidades Autónomas. Por el contrario, los dos últimos incisos del art. 149.3 ordenan la interacción de ordenamientos: cómo se articulan el conjunto de normas emanadas del Estado central con cada uno de los diecisiete ordenamientos propios de las autonomías, para formar un sistema racional y coherente, el Derecho de España.

Es preciso, por tanto, examinarlas por separado. En la primera etapa de vida de la Constitución el protagonismo lo han asumido las cláusulas competenciales (*infra*, II), más directamente implicadas en la creación y afirmación de las nuevas instancias de poder. No es difícil predecir que, cuarenta años después, los incisos que ordenan las relaciones entre ordenamientos (*infra*, III), asentando la prevalencia y la supletoriedad del Derecho

estatal junto con las reglas clásicas de integración del sistema jurídico, van a cobrar una mayor relevancia.

II. EL ORDEN CONSTITUCIONAL DE COMPETENCIAS

1. El esquema general

La Constitución reparte las competencias entre los poderes centrales y periféricos del Estado de un modo sencillo: la norma que crea cada una de las Comunidades Autónomas, su Estatuto de Autonomía, define al mismo tiempo qué competencias son asumidas por cada Comunidad (en los términos que precisa el art. 147 CE); las competencias restantes corresponden a las instituciones generales del Estado, en virtud de la cláusula residual.

Este modelo es distinto al típicamente federal: en este, las instituciones comunes gestionan las potestades que les son asignadas expresamente, dejando el resto en manos de los Estados federados. Así puede verse en la Constitución de los Estados Unidos o, en otro plano, en los tratados constitutivos de la Unión Europea.

El sistema diseñado por el ap. 3 del art. 149 CE, aplicado literalmente, hubiera conducido a resolver los conflictos competenciales limitándose a comprobar si las leyes u otros actos adoptados por las Comunidades Autónomas estaban autorizados por las competencias asumidas en el Estatuto respectivo; viceversa, en el caso de los actos estatales se partiría de una presunción de competencia, analizándose en caso de duda si la norma o acto controvertido vulneraba la competencia autonómica. Un juicio negativo nunca conllevaría la nulidad de la ley estatal, dada la competencia residual del Estado; se limitaría a provocar su ineficacia en el territorio de la autonomía cuyo Estatuto hubiese sido vulnerado. La competencia del Estado central sería general y residual: alcanzaría a todas las materias no asumidas expresamente por las Comunidades. De

esta suerte, las materias enumeradas en el ap. 1 del art. 149 no serían una lista de competencias del Estado central, sino la reserva de un núcleo indisponible en su favor; reserva que limitaría a las Cortes Generales en el momento de aprobar los Estatutos de Autonomía al definir las competencias asumidas, y no en el momento de aprobar leyes estatales.

Sin embargo, el orden constitucional de competencias vivido durante los cuarenta años de vigencia del texto de 1978 nunca ha sido así. **El legislador, la academia y la jurisprudencia han partido de un entendimiento radicalmente distinto del orden constitucional de competencias, que se puede resumir en la idea de una doble lista:** las competencias propias del Estado central, enunciadas en el ap. 1 del art. 149 de la Constitución y completadas con la cláusula residual de su ap. 3; y las competencias de cada Comunidad Autónoma, enumeradas en el respectivo Estatuto.

Esta situación se explica por varios factores. El primero, **la ambición de los Estatutos de autonomía:** desde el primer momento, las Comunidades Autónomas asumieron largos listados de competencias sobre materias muy detalladas, que vinieron a sumarse a las previstas por los 32 números del art. 149.1 CE con ánimo de no dejar margen de actuación a la cláusula de competencia residual del Estado; en muchas ocasiones, además, los Estatutos de 1979 apuraron la asunción de competencia, asumiendo todas las potestades imaginables «sin perjuicio» de las reservadas al Estado por la Constitución. Por lo que, en virtud de estas previsiones de los propios Estatutos de autonomía, la lista de competencias reservadas en el ap. 1 del art. 149 CE se convirtió en fuente de las competencias estatales (como observó lúcidamente MUÑOZ MACHADO, 1980). Esta tendencia, iniciada por los Estatutos de Sau y de Guernica, fue seguida por los Estatutos de las Comunidades de autonomía gradual (aprobados por la vía de los arts. 143 y 148 CE), cuando ampliaron sus competencias en la década de 1990 (e incluso

con anterioridad, como acreditan las leyes de transferencia a favor de Valencia y de Canarias; *vid.* SSTC 53/1984, de 3 de mayo, FJ 7, y 17/1990, de 7 de febrero, FJ 2; o las asunciones de competencias futuras, STC *planta judicial*, 62/1990, de 30 de marzo, FJ 4 *in fine*), y vio su culminación en la tercera generación de Estatutos, aprobados en la VIII Legislatura (2004-2008).

En segundo lugar, **en el plano teórico han ejercido una influencia dominante los modelos alemán e italiano**, que, efectivamente, se apoyan en un reparto de competencias mediante listas. En el momento fundacional, los estudios de Derecho comparado ejercieron una influencia considerable (son muestra los libros de GARCÍA DE ENTERRÍA, 1980; VANDELLI, 1982, y DE OTTO, 1986).

Finalmente, **la jurisprudencia constitucional, decisiva** en este ámbito donde la elevada conflictividad política no encontró cauce adecuado de solución en el Senado (teórica cámara de representación territorial, según el art. 69.1 CE) ni en otras instituciones políticas, **se construyó contraponiendo los títulos competenciales del Estado central con los títulos de las Comunidades Autónomas:** los primeros se encontraban en el ap. 1 del art. 149 CE; los segundos, en el respectivo Estatuto de autonomía. Así puede verse en las pioneras y, hoy todavía, esenciales Sentencias *diputaciones catalanas* (STC 32/1981, de 28 de julio), *centros de contratación de cargas* (STC 37/1981, de 16 de noviembre), *coeficientes de inversión* (STC 1/1982, de 28 de enero), *depósito de convenios colectivos* (STC 18/1982, de 4 de mayo), *alta inspección educativa* (SSTC 6/1982, de 22 de febrero, 87/1983 y 88/1983, de 27 de octubre) o *registro sanitario de alimentos* (STC 32/1983, de 28 de abril).

La Sentencia *películas X* (STC 87/1987, de 3 de junio, FJ 2) sacó las conclusiones lógicas de este esquema, ofreciendo el método seguido habitualmente hasta hoy: «Con carácter general [...] ya ha advertido este Tribunal que

cuando [...] se ofrezcan por las partes en el proceso constitucional diversas calificaciones sustantivas de las disposiciones o actos en conflicto que pudieran llevar a identificaciones competenciales también distintas, ha de apreciarse, para llegar a una recta localización competencial de la materia, tanto el sentido o finalidad propia con que los varios títulos competenciales se han recogido en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía como, junto a ello, el carácter de aquellas disposiciones y actos traídos al conflicto». La contraposición entre los títulos de competencia estatal, situados principalmente en el art. 149.1 CE, y los títulos autonómicos, nacidos en su Estatuto, ha dejado marginada la cláusula residual de competencia del inciso 2 del art. 149.3 CE.

2. La marginación de la cláusula residual

Son excepcionales los supuestos en que la práctica ha asentado los actos del Estado central en su competencia residual sobre todas las materias no asumidas por la Comunidad Autónoma. La pauta fue establecida por la Sentencia *centros de coordinación operativa* (STC 123/1984, de 18 de diciembre). Las disposiciones vascas que habían creado y regulado tales centros de comunicaciones y sistemas de alarma centralizada, destinados a recibir llamadas de auxilio y transmitir las a los órganos competentes para coordinar su actividad en supuestos de emergencia, fueron englobadas en la órbita de la «protección civil». Como esta expresión no había sido utilizada para repartir competencias ni por la Constitución española ni por el Estatuto vasco, parecía ineluctable someterla a la competencia residual del Estado central. Sin embargo, la sentencia lo impidió: «Es claro que las competencias de las Comunidades Autónomas están definidas por sus Estatutos de Autonomía, pero es cierto asimismo que el juego de la cláusula residual o supletoria del art. 149.3 de la Constitución supone que, con independencia de los rótulos o denominacio-

nes, no ha sido incluida en el correspondiente Estatuto de Autonomía una materia, entendida como conjunto de actividades, funciones e institutos jurídicos relativos a un sector de la vida social, de manera que **para que entre en juego la llamada cláusula residual o supletoria, es necesario que el problema no pueda quedar resuelto con los criterios interpretativos ordinarios**» (FJ 2). Procediendo seguidamente a declarar que la materia discutida en ese conflicto debía englobarse con carácter prioritario en el concepto de «seguridad pública», por lo que resolvió el conflicto ateniéndose a los títulos competenciales suministrados en las listas de los arts. 149.1 y 148.1 CE (concretamente, en sus núms. 29 y 22, respectivamente), así como por el Estatuto de autonomía vasco (que había creado una policía propia en su art. 17).

Esta misma tónica ha sido seguida con reiteración, como había anticipado la Sentencia *Instituto Cartográfico* (STC 76/1984, de 29 de junio, FJ 1). Así, la omisión en un Estatuto de la asunción de competencia sobre «cámaras agrarias» no ha impedido considerar que correspondía a la Comunidad Autónoma, en virtud del título sobre «agricultura» (STC 132/1989, de 18 de julio, FJ 21); o que unos Estatutos, a diferencia de otros, no hayan mencionado las materias «ordenación del litoral» o «vertidos industriales y contaminantes» no ha sido óbice para reconocer a las Comunidades costeras concernidas competencia sobre tales materias, apoyándose en los títulos de «ordenación del territorio» y «protección del medio ambiente» (STC *costas I*, 149/1991, de 4 de julio). **Esta orientación jurisprudencial ha conducido a la práctica inoperancia de la cláusula residual**, que no ha jugado ningún papel en controversias de gran trascendencia, como las trabadas en torno al reparto del poder público en materia de defensa de la competencia (STC 208/1999, de 11 de noviembre, FF. JJ. 5 y 6), de juego y apuestas (SSTC 52/1988, de 24 de marzo; 163/1994, de 26 de mayo, y 171/1998, de 23 de julio), de aguas y cuencas hidrográficas (STC 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 17) o las novedosas demarca-

ciones hidrográficas (STC 149/2012, de 5 de julio), de mercados de valores (STC 133/1997, de 16 de julio, FJ 3), de planes de pensiones (STC 206/1997, de 27 de noviembre, FJ 7 *in fine*), de transporte marítimo (STC 40/1998, de 19 de febrero, FJ 45) o de carreteras (STC 65/1998, de 18 de marzo, FJ 6).

Los casos en que la competencia de las instituciones generales del Estado se hace nacer de la cláusula residual son, valga la redundancia, residuales.

La Sentencia *defensa general de los consumidores* (STC 15/1989, de 26 de enero, FJ 1, párrs. 5 y 6) admite que las Cortes Generales dicten una ley general con ese contenido atendiendo a que «la materia «defensa de los consumidores y usuarios» no ha sido competencialmente asumida por todas las Comunidades Autónomas en términos de identidad u homogeneidad, por lo que todas aquellas competencias no atribuidas estatutariamente [...] habrán sido retenidas por el Estado en virtud del art. 149.3 CE» (situación periclitada por la segunda generación de Estatutos a partir de 1992). La jurisprudencia solo ha reconocido el fondo residual de competencia en manos del Estado central para regular el protocolo en actos oficiales donde coinciden autoridades centrales y autonómicas (SSTC *precedencias*, 38/1982, de 22 de junio, FJ 2, y 12/1985, de 30 de enero, FJ 3); para adoptar medidas ejecutivas de protección del medio ambiente en supuestos excepcionales (STC *flora y fauna silvestres*, 102/1995, de 26 de junio, FJ 8, seguida por las SSTC 33/2005, de 17 de febrero, o 141/2016, de 21 de julio); y en el ámbito de la ejecución de la legislación penitenciaria (STC *reclusos generados en Aragón*, 14/2004, de 13 de febrero, FJ 7).

Punto y aparte merecen los pronunciamientos en materia de gasto público.

La Sentencia *incentivos regionales* (STC 146/1992, de 16 de octubre, FJ 1.8) sostuvo la constitucionalidad de la norma estatal con un enfoque inhabitual: «el fondo competencial del Estado no resulta de las atribuciones específicas resultantes de la Constitución y de los Estatutos, como es el caso de las Comunidades Au-

tónomas, sino el que resulta, a partir de un fondo genérico, de las «sustracciones» al mismo operadas por los Estatutos en el marco de la Constitución. En este sentido bien puede decirse que la competencia estatal no es sino competencia «residual», si bien con un «núcleo duro» garantizado por la Constitución». Pero la capital Sentencia *territorialización de partidas presupuestarias* (STC 13/1992, de 6 de febrero, FJ 7, párr. 6), partiendo de una visión más convencional del marco de competencias, mantuvo la misma solución con una tesis más radical: «el poder de gasto del Estado o de autorización presupuestaria, manifestación del ejercicio de la potestad legislativa atribuida a las Cortes Generales (arts. 66.2 y 134 CE), no se define por conexión con el reparto competencial de materias que la Constitución establece (arts. 148 y 149 CE), al contrario de lo que acontece con la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas, que se vincula al desarrollo y ejecución de las competencias que, de acuerdo con la Constitución, le atribuyen los respectivos Estatutos y las Leyes (art. 156.1 CE y art. 1.1 de la LOFCA). Por consiguiente, el Estado siempre podrá, en uso de su soberanía financiera (de gasto, en este caso), asignar fondos públicos a unas finalidades u otras, pues existen otros preceptos constitucionales (y singularmente los del Capítulo III del Título I) que legitiman la capacidad del Estado para disponer de su presupuesto en la acción social o económica».

Las restantes controversias competenciales suscitadas entre las instituciones que vertebran la organización territorial del Estado, que se cuentan por cientos, han sido resueltas deslindando las competencias enumeradas en el art. 149.1 CE y en los largos, detallados y aun farragosos Estatutos de autonomía.

3. Precisiones sobre las técnicas de distribución competencial

Por lo que llevamos dicho, el reparto de competencia vigente parte como regla general de la

contraposición entre las competencias exclusivas del Estado, enumeradas principalmente en el ap. 1 del art. 149 CE, y las competencias, también exclusivas, que a cada Comunidad Autónoma le asigna su Estatuto. Es el estudio de estos títulos competenciales diversos el que permite deslindar las esferas territoriales de poder público en España. Sin embargo, es posible espigar algunas ideas generales de la rica y, en ocasiones, compleja jurisprudencia recaída en esta conflictiva materia.

Desde el inicio, la doctrina constitucional no ha dejado de advertir **«el sentido marcadamente equívoco con el que el adjetivo «exclusivo» se utiliza tanto en el texto de la Constitución como en el de los Estatutos de Autonomía hasta ahora promulgados»** (STC *centros de contratación de cargas*, 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 1.3). Las diferencias de dicción de los preceptos que definen las competencias estatales y autonómicas autorizan a entender que existen márgenes de autonomía mayor o menor en distintos sectores, pero poco más: así lo manifestó la Sentencia *medidas urgentes sobre la función pública catalana* (STC 5/1982, de 8 de febrero, FJ 1.3), que observó que «resulta aventurado cualquier razonamiento que [...] intente arrancar de la diferencia existente entre una competencia atribuida con carácter exclusivo, sin perjuicio de la legislación básica que corresponde al Estado y una competencia para legislar y ejecutar que debe ejercerse «en el marco de la legislación básica del Estado y en su caso en los términos que la misma establezca». Estas diferencias de dicción autorizan a entender, entre otras consecuencias, que cuando se utiliza esta segunda fórmula se intenta sujetar más estrechamente la competencia legislativa comunitaria al marco de la legislación básica del Estado, pero en modo alguno a sostener que se ha privado con ello a la Comunidad Autónoma de su facultad de legislar hasta que sea habilitada para ello por una Ley estatal».

Lo determinante es el tenor de las competencias contrapuestas, unas en manos del Estado

central y otras de la Comunidad Autónoma; no el que hayan sido adjetivadas como «exclusivas», o no: de hecho, todas las competencias de todas las instituciones que forman el Estado autonómico han sido declaradas «exclusivas», con lo que este adjetivo ha perdido todo significado con consecuencias jurídicas. Como advirtió la Sentencia *recursos propios* (STC 135/1995, de 5 de octubre, FJ 4.3), «es evidente [...] que la operación jurídica de sumar competencias exclusivas da por resultado su transformación en compartidas».

La jurisprudencia atiende solamente al contenido de los títulos competenciales, partiendo siempre de **«la primacía de la Constitución sobre cualquier otra norma de nuestro ordenamiento»**, como los Estatutos de autonomía (STC *centros de contratación de cargas*, 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 1.3). Y con la premisa de que «un problema tan necesitado de soluciones claras y firmes como es el de la determinación del ámbito de competencia de una Comunidad Autónoma, no puede plantearse a partir de datos extrínsecos, sino, en cuanto sea posible, a partir solo de nociones intrínsecas a la propia Constitución» (STC *Consejo de relaciones laborales*, 35/1982, de 14 de junio, FJ 2).

La Constitución es interpretada como un conjunto sistemático. Como afirma, entre otras muchas, la Sentencia *reforma universitaria* (STC 26/1987, de 27 de febrero, FJ 5.2), «para fijar [el] reparto de competencias, no hay que aislar [...] uno o varios preceptos constitucionales y extraer consecuencias parciales de los mismos; para decirlo con palabras de este Tribunal en su Sentencia 27/1981, de 20 de julio, «los principios constitucionales no son compartimientos estancos, sino que, al contrario, cada uno de ellos cobra valor en función de los demás y en tanto sirva a promover los valores superiores del ordenamiento jurídico». En el mismo sentido se ha pronunciado en la Sentencia 63/1982, de 20 de octubre, y más recientemente en la de 6 de noviembre de 1986, según la cual «la unidad de la Constitución no toleraría que una de sus

disposiciones se desvirtuara íntegramente por lo establecido en otra». La distribución de competencias ha de resultar, pues, del conjunto armónico de los preceptos constitucionales».

En esa interacción cobra especial relieve **la distinción entre los preceptos que atribuyen competencias y otro tipo de normas**: el papel de estas permite precisar o modular el alcance de los títulos competenciales, pero no sirve para sustentar actos legislativos o de otra especie aprobados por las instituciones generales y las autonómicas del Reino de España (como analiza FERNÁNDEZ FARRERES, 2005, 60-102). Así, la prescripción de que los poderes públicos deben promover la participación de los ciudadanos es un principio rector que debe guiar la actuación de todas las autoridades, cada cual en su ámbito de competencia, que no se ve modificado por ese imperativo (SSTC *suspensión de derechos*, 25/1981, de 14 de julio, FJ 5; *consulta vasca*, 103/2008, de 11 de septiembre). Las libertades de circulación de personas y de bienes en todo el territorio español (art. 139.2 CE) establecen un límite al ejercicio de las potestades de todas las autoridades, tanto estatales (STC *reestructuración de órganos*, 95/1984, de 18 de octubre, FJ 7) como autonómicas (SSTC *estatuto del consumidor vasco*, 71/1982, de 30 de noviembre, FJ 7, y *estructuras comerciales*, 88/1986, de 1 de julio, FJ 6).

En este contexto **asumen una relevancia especial las reservas de ley que establece la Constitución** en distintos puntos. El criterio esencial quedó asentado en la Sentencia *centros de contratación de cargas* (STC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 2.6): las reservas de ley trazadas por la Constitución pueden ser colmadas tanto por leyes de las Cortes Generales como por leyes de una Comunidad Autónoma. En particular, no es aceptable «una interpretación del art. 53.1 de la Constitución que identifica el concepto genérico de ley con el más restringido de Ley general o Ley emanada de los órganos generales del Estado. Tal interpretación se conjuga

difícilmente con otros preceptos constitucionales, de una parte, y vendría a restringir muy acentuadamente, de la otra, el ámbito competencial que conceden a las Comunidades Autónomas sus respectivos Estatutos. Si toda ley que regula el ejercicio de los derechos y libertades a que se refiere el art. 53.1 de la Constitución hubiera de ser Ley del Estado (utilizando ahora este concepto en su sentido más restringido, como conjunto de las instituciones generales), carecería de todo sentido, en efecto, que el art. 149.1.1 reservase a la competencia exclusiva del Estado (en este mismo sentido restringido) «la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales». De otro lado, y como antes se apunta, una interpretación de este género vendrá casi a vaciar muchas de las competencias legislativas atribuidas a las Comunidades Autónomas, pues son muchas las materias cuya regulación legal ha de incidir directa o indirectamente sobre el ejercicio de los derechos o el cumplimiento de deberes garantizados por la Constitución».

Respecto a las leyes orgánicas, la Sentencia *ikastolas* (STC 137/1986, de 6 de noviembre, FJ 3) ha precisado que la delimitación de competencias que establece el art. 149.1 CE y los Estatutos que han operado a partir de ese precepto (en la actualidad, todos) no puede establecerse, sin más, tomando como parámetro la reserva del art. 81 CE; en el caso, se trataba de la reserva a la ley orgánica para desarrollar el derecho fundamental a la educación (arts. 81 y 27 CE): «en el Estado de autonomías territoriales, las normas entronizadoras de reservas a determinadas fuentes no son, solo por ello, atributivas de competencia a un cierto ente (STC 37/1981, FJ 2)». Las conclusiones de esta premisa son trascendentales: entre otras, que «un precepto ordenador del sistema de fuentes en el ordenamiento integral del Estado (art. 81.1) [no] puede superponerse a la norma que, en un plano del todo diverso, busca articular los ámbitos materiales que corresponden a orde-

namientos diversos, por más que obviamente unidos (art. 149.1.30)»; que para «alcanzar el deslinde competencial es necesaria una indagación material, que permita identificar cuáles, de entre las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica, encierran «normas básicas para el desarrollo del art. 27», porque solo son ellas [...] las que marcan el límite infranqueable para las disposiciones autonómicas»; «no toda divergencia [...] entre Ley Orgánica y territorial será causa de vicio de inconstitucionalidad en esta última y sí solo su eventual apartamiento del contenido de aquellas «normas básicas», cuya identificación corresponde, en última instancia, a este Tribunal Constitucional».

Estos criterios han sido mantenidos en ámbitos tan esenciales como los que atañen al sistema electoral (STC *censo electoral vasco*, 154/1988, de 21 de julio, FF. JJ. 3 y 6) o al poder judicial [SSTC *poder judicial*, 56/1990, de 29 de marzo, FF. JJ. 12.d) y 26, y *planta judicial*, 62/1990, de 30 de marzo, FJ 10.a)].

4. La tipología del reparto de competencias

La variedad de competencias «exclusivas» que ha establecido el ap. 1 del art. 149 de la Constitución y, a su vera, los Estatutos de autonomía (en virtud del primer inciso de su ap. 3), puede ser sintetizada en las siguientes:

1) Competencia sobre toda una materia, que incluiría por ende todas las potestades públicas: legislativa, reglamentaria y ejecutiva. Lo relativo al poder judicial sigue sus propias reglas, establecidas en los núms. 5 y 6 del art. 149.1 CE (STC 163/2012, de 20 de septiembre).

Las atribuciones del Estado central sobre materias completas abarcan los ámbitos nucleares de la soberanía: nacionalidad y extranjería, relaciones internacionales, defensa y fuerzas armadas, administración de justicia, sistema monetario, comercio exterior (núms. 2, 5, 10 y 11 del art. 149.1 CE). En

el caso de las Comunidades Autónomas, hay que estar a lo que disponen sus Estatutos; pero cobran especial relieve varias materias que el art. 148.1 CE permitió que fueran asumidas en su integridad. Aunque este precepto agotó su virtualidad de límite a las competencias que podían asumir los Estatutos de Autonomía gradual (arts. 143 y 148, aps. 1, primer inciso, y 2), sigue ofreciendo una pauta interpretativa de primera magnitud. La jurisprudencia ha afirmado que forma parte de «la lógica institucional del modelo de Estado diseñado por el Título VIII de la Constitución» que todas las Comunidades hayan asumido competencias sobre la totalidad de las materias recogidas en el art. 148.1; precepto que, por ende, «enumera las competencias que forman con naturalidad el núcleo del ámbito de autonomía reconocido constitucionalmente a todas las Comunidades Autónomas» (STC *ordenación de los transportes terrestres*, 118/1996, de 27 de junio).

De aquí se desprende que las **instituciones generales del Estado carecen de competencia sobre esas materias: aquellas materias atribuidas por los Estatutos de autonomía «a la competencia exclusiva de todas y cada una de las Comunidades Autónomas»** quedan fuera de la competencia del Estado central, quien no puede dictar disposiciones en dichas materias. La razón es que «la asunción de competencias exclusivas confiere a las Comunidades Autónomas no solo el poder oponerse a que las normas del Estado incidan en esas materias sometidas a su competencia exclusiva con alcance de aplicación directa, sino que también atribuyen a las Comunidades decidir si tales materias deben ser sometidas, por su parte, a reglamentación específica y en qué momento debe hacerse» (STC *pesca de cerco*, 147/1991, de 4 de julio, FJ 7). No es irrelevante anotar que las sentencias que han anulado aspectos importantes de la legislación estatal versaban sobre materias enumeradas en este art. 148, como son los transportes cuyo itinerario se desarrolle íntegramente en el territorio de la Comunidad (la misma STC *ordenación de los*

transportes terrestres, 118/1996) o la ordenación del territorio y urbanismo (SSTC *costas I*, 149/1991, de 4 de julio, y *suelo*, 61/1997, de 20 de marzo).

2) Competencia del Estado sobre la legislación en una materia, dejando a la Comunidad Autónoma que asuma lo restante. Esta técnica abarca aspectos tan esenciales como la legislación penal y penitenciaria; la civil, «sin perjuicio» de los Derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan; la legislación mercantil, sobre propiedad intelectual e industrial y sobre productos farmacéuticos. Es el caso, asimismo, de la legislación laboral, en que la Constitución se ha preocupado de anotar que la competencia legislativa de las instituciones generales del Estado es «sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas».

Este tipo de reparto fue precisado por la jurisprudencia constitucional tempranamente. Huyendo de interpretaciones extremas, la Sentencia *Registro de convenios colectivos de trabajo* (STC 18/1982, de 4 de mayo) concluyó que «cuando la Constitución emplea el término «legislación laboral» y la atribuye a la competencia estatal incluye también en el término los reglamentos tradicionalmente llamados ejecutivos, es decir, aquellos que aparecen como desarrollo de la Ley y, por ende, como complementarios de la misma, pues si ello no fuera así, se frustraría la finalidad del precepto constitucional de mantener una uniformidad en la ordenación jurídica de la materia, que solo mediante una colaboración entre Ley y Reglamento (o mediante una hipertrofia inconveniente desde el punto de vista de política legislativa) del instrumento legal, puede lograrse. Mientras que, por el contrario, no aparecen necesariamente incluidos dentro del concepto de legislación los reglamentos que carecen de significación desde el citado punto de vista por referirse a los aspectos organizativos. Y que, finalmente dentro de estos debe incluirse los que afectan a la mera estructuración interna de la organización administrativa» (FJ 5).

La Sentencia *Consejo de relaciones laborales* (STC 35/1982, de 14 de junio, FJ 2) insistió en este punto, afirmando que la distinción clásica entre ley y reglamento no es ni puede ser, por definición, criterio de delimitación competencial: lo que trae consigo que la Comunidad Autónoma puede ejercer su competencia mediante todo tipo de actos normativos, incluso mediante forma de ley, como era el caso, «pues los límites competenciales de la Comunidad Autónoma [...] hacen referencia al contenido de las disposiciones, no a su forma». Criterio que se reveló determinante del enjuiciamiento de circulares o directrices administrativas (SSTC 27/1983, de 20 de abril, y 223/2000, de 21 de septiembre). La competencia legislativa del Estado central es completa; pero no puede justificar nunca una reserva de atribuciones ejecutivas (SSTC 100/1991, de 13 de mayo, o 195/1996, de 28 de noviembre; pero *vid.* STC 169/1997, de 13 de octubre).

3) En la Sentencia *Consejo de relaciones laborales* (STC 35/1982) se formula una síntesis que conserva su vigencia:

«El art. 149.1 de la Constitución utiliza para delimitar el ámbito reservado en exclusiva a la competencia estatal diversas técnicas, cuya compleja tipología no es del caso analizar en detalle. Sobresale, sin embargo, la diferencia, que aquí sí es pertinente, entre la reserva de toda una materia (*v. gr.*, relaciones internacionales, defensa y fuerzas armadas, administración de justicia, hacienda general y deuda del estado, etc.) y la reserva de potestades concretas (sea la legislación básica o toda la legislación sobre determinadas materias). En el primer caso, la reserva estatal impide, no ya que una Comunidad Autónoma pueda asumir competencias sobre la materia reservada, sino también que pueda orientar su autogobierno en razón de una política propia acerca de ella, aunque pueda participar en la determinación de tal política en virtud de la representación específica

ca que las distintas Comunidades tienen en el Senado. Cuando, por el contrario, la reserva estatal es solo de ciertas potestades, correspondiendo otras a las Comunidades Autónomas que deseen asumirlas, estas, en el ejercicio de su autonomía, pueden orientar su acción de gobierno en función de una política propia sobre esa materia, aunque en tal acción de gobierno no puedan hacer uso sino de aquellas competencias que específicamente les están atribuidas» (FJ 2, párr. 10).

Estas ideas generales no han impedido la proliferación de conflictos en el tercer tipo de reparto competencial establecido por la Constitución y los Estatutos de autonomía: **las materias en que a las instituciones generales corresponde establecer las «bases», la «legislación básica» o las «bases de la ordenación» y a las autonomías el «desarrollo legislativo» y la «ejecución», con unas u otras precisiones propias de cada Estatuto.** Pues, como advirtió la Sentencia *coeficientes de inversión* (STC 1/1982, de 28 de enero, FJ 1, párr. 9), «el hecho de que en una materia determinada la Constitución solo atribuya al Estado la fijación de sus bases, no significa en modo alguno que a una Comunidad determinada le corresponda ya sin más la regulación de todo lo que no sea básico, pues a cada Comunidad solo le corresponderán aquellas competencias que haya asumido en su Estatuto, perteneciendo las demás al Estado, tal como dispone en términos inequívocos el art. 149.3 de la Constitución».

Esta técnica bases-desarrollo sirve para distribuir el poder público en campos tan relevantes como la economía (crédito, banca y seguros; régimen minero y energético; la planificación general de la actividad económica); la protección del medio ambiente, así como los montes, aprovechamientos forestales y vías pecuarias; la educación, la sanidad y la Seguridad Social; el régimen jurídico de las Administraciones Públicas y el Estatuto de sus funcionarios; o el régimen de prensa, ra-

dio y televisión y, en general, de todos los medios de comunicación social.

Desde el comienzo, **la jurisprudencia ha identificado las expresiones «bases» y «normas básicas», y las ha entendido como una noción material:** «principios o criterios básicos, estén o no formulados como tales, [...] que racionalmente se deducen de la legislación vigente» (STC *diputaciones catalanas*, 32/1981, de 28 de julio, FJ 6). De esta concepción se desprenden varias consecuencias. La más importante en aquel momento fue que las Comunidades Autónomas podían legislar en esas materias, sin esperar a que el legislador estatal promulgase leyes que estableciesen los correspondientes principios o bases (como había ocurrido en Italia, demorando décadas el desarrollo de las autonomías regionales en aquel país). El Tribunal, de nuevo, huyó de los extremos: rechazó que las Comunidades Autónomas debieran abstenerse de legislar mientras el Estado central no lo hiciera, pues esa interpretación implicaría que aquellas se verían privadas de las competencias que les había atribuido su Estatuto, en virtud del art. 149.3, primera frase, «hasta el momento, más próximo o más lejano, en que el legislador estatal hubiere utilizado la suya para derogar, modificar o sustituir la legislación anterior». Pero también rechazó que, en ausencia de legislación estatal post-constitucional, las autonomías pudieran legislar respetando simplemente los principios que inmediatamente se derivan de la Constitución: lo cual supondría que, moviéndose en un vacío normativo, el legislador de la Comunidad Autónoma haría suya la competencia que solo corresponde al legislador del Estado. Pues «las bases o principios a que debe ajustarse la regulación de una determinada materia [...] no son los que respecto de la misma fija, en un plano de mayor abstracción y generalidad, la propia Constitución, sino los que dentro de los amplios límites que esos principios constitucionales marcan, considere más adecuados según su propio juicio el legislador competente, que es sin duda el legislador estatal».

La jurisprudencia, asimismo, ha precisado que «lo que la Constitución persigue al conferir a los órganos generales del Estado la competencia exclusiva para establecer las bases de la ordenación de una materia determinada [...] es que tales bases tengan una regulación normativa uniforme y de vigencia en toda la Nación, con lo cual se asegura, en aras de intereses generales superiores a los de cada Comunidad Autónoma, **un común denominador normativo**, a partir del cual cada Comunidad, en defensa del propio interés general, podrá establecer las peculiaridades que le convengan dentro del marco de competencias que la Constitución y su Estatuto le hayan atribuido sobre aquella misma materia» (STC *coeficientes de inversión*, 1/1982, FJ 1.7).

Esta noción material se ha mantenido constante hasta hoy mismo (como muestran las SSTC *conceptos retributivos*, 222/2006, de 6 de julio; *jurado territorial de expropiación forzosa*, 251/2006, de 25 de julio; *reestructuración bancaria*, 182/2013, de 23 de octubre, o *autoconsumo de energía eléctrica*, 68/2017, de 25 de mayo). Sin embargo, **la jurisprudencia ha ido precisando el elemento formal: las bases deben ser establecidas por el Estado, como regla general, mediante ley votada en Cortes.**

Es cierto que «el ejercicio de la competencia estatal para el establecimiento de las bases o de la legislación básica a que en distintos párrafos de su ap. 1 se refiere el art. 149 no requiere, en modo alguno, la promulgación de leyes de bases o de leyes marco» (STC *diputaciones catalanas*, 32/1981, FJ 6). Las Cortes Generales aprueban bases mediante leyes o leyes orgánicas en la manera ordinaria: las bases estatales «no tienen nada que ver con la delegación legislativa de que tratan los arts. 82 y 83 de la Constitución, ni se identifican con las leyes marco reguladas por el art. 150.1» (STC *coeficientes de inversión*, 1/1982, FJ 1.4).

Este punto ha sido pacífico. No lo ha sido tanto, en cambio, el tema de las bases establecidas reglamentariamente por el Gobierno de la

Nación ni, menos aún, mediante disposiciones aprobadas por otras autoridades estatales.

El criterio inicial fue formulado por la Sentencia *coeficientes de inversión* (STC 1/1982, de 28 de enero, FJ 1), que enjuició sendos Decretos del Gobierno y del País Vasco sobre ese tema esencial de la ordenación económica. Allí, el Tribunal sentenció que «dado el carácter fundamental y general de las normas básicas, el instrumento para establecerlas con posterioridad a la Constitución es la ley. Sin embargo, puede haber algunos supuestos en los que el Gobierno podrá hacer uso de su potestad reglamentaria para regular por real decreto y de modo complementario alguno de los aspectos básicos de una materia determinada». Sin embargo, no dejó de introducir una cautela, ampliamente aplicada desde entonces: «Todo esto es compatible con la atribución a una Comunidad determinada por medio de su Estatuto del «desarrollo legislativo» de esas bases cuya fijación es competencia del Estado [...]. En tales supuestos es necesario tener en cuenta que el establecimiento por parte del Estado de las bases de la ordenación no puede llegar a tal grado de desarrollo que deje vacía de contenido la correlativa competencia de la Comunidad».

En aquel caso, el Tribunal admitió la fijación de normas básicas mediante real decreto en el supuesto en que «la legislación preconstitucional (sea en leyes o en normas de rango inferior) se regulan las bases de una materia, que por razón de su contenido no son incompatibles con la Constitución y que, sin embargo, conviene complementar o adecuar a situaciones nuevas derivadas del ordenamiento constitucional, como, por ejemplo, la estructura territorial del Estado. En tal supuesto, y entre tanto las Cortes Generales no procedan a establecer una regulación completa e innovadora de las bases de la materia en cuestión, el Gobierno podrá hacer uso de un Real Decreto para cumplir la finalidad antedicha, partiendo de la legislación preconstitucional». Por añadidura, se trataba de una materia en que la consecución de los «intereses genera-

les perseguidos por la regulación estatal de las bases del crédito exigirá que, atendiendo a circunstancias coyunturales y a objetivos de política monetaria y financiera, el Gobierno de la Nación proceda a la concreción e incluso a la cuantificación de medidas contenidas en la regulación básica del crédito, pues al Gobierno de la Nación le corresponden tanto la dirección de la política financiera nacional y de la política monetaria general [art. 10.26 (del Estatuto de autonomía del País Vasco)], en cuanto partes de la política económica general (art. 97 de la CE) como la coordinación de las mismas con las que pueda tener cada Comunidad en su ámbito respectivo [art. 45.2 (del Estatuto vasco)]» (STC 1/1982, FJ 1).

Durante los años sucesivos, las excepciones a la regla general de que las bases deben ser establecidas por Ley de Cortes Generales florecieron. Hasta que **la Sentencia etiquetaje en catalán (STC 69/1988, de 19 de abril) anunció una aplicación más rigurosa del elemento formal** de la doctrina constitucional. La sentencia, tras sintetizar la doctrina con claridad (FJ 5), declaró en su fundamento jurídico sexto:

«En los primeros años de vigencia de la Constitución, en los que la tarea urgente que imponía la implantación del sistema de distribución de competencias consistía en adaptar la legislación anterior al nuevo orden constitucional y no le era posible al Estado desplegar una actividad legislativa tan intensa que pudiera, de manera inmediata, configurar todas las ordenaciones básicas que contemplan la Constitución y los Estatutos, resultaba inevitable que el concepto material de «norma básica» adquiriese excepcional relevancia al objeto de conseguir, de la manera más rápida y eficaz, la progresiva determinación de los espacios normativos estatal y autonómico, quedando, por consiguiente, en un segundo plano, el componente formal incluido en la referida doctrina constitucional. Superada

esa inicial situación por la realidad actual de un orden distributivo competencial en avanzado estado de construcción, este componente formal adquiere una mayor trascendencia como garantía de certidumbre jurídica en la articulación de las competencias estatales y autonómicas, lo cual se manifiesta imprescindible en logro de una clara y segura delimitación de las mismas a través de instrumentos normativos que reduzcan, de manera inequívoca, la indeterminación formal de las normas básicas hasta el nivel que resulte compatible con el principio de seguridad jurídica, que proclama el art. 9.3 de la Constitución y cuya presencia efectiva en el ordenamiento jurídico, especialmente en el tan complicado e importante de la organización y funcionamiento del Estado de las Autonomías, es esencial al Estado de Derecho que la propia Constitución consagra en su art. 1.1. En virtud de ello, manteniendo el concepto material de lo básico como núcleo sustancial de la doctrina de este Tribunal, procede exigir con mayor rigor la condición formal de que la “norma básica” venga incluida en Ley votada en Cortes que designe expresamente su carácter de básica o esté dotada de una estructura de la cual se infiera ese carácter con naturalidad, debiendo también cumplirse esta condición en el supuesto excepcional de que la norma básica se introduzca por el Gobierno de la Nación en ejercicio de su potestad de reglamento.»

Ahondando en esta línea, **la Sentencia régimen disciplinario de los funcionarios públicos en Cataluña (STC 37/2002, de 14 de febrero, FJ 9), ha limitado el alcance temporal de las bases inferidas de leyes preconstitucionales:** «La noción formal de bases elaborada por la doctrina de este Tribunal Constitucional y la finalidad con ella perseguida de dotar de una determinación cierta y estable a los ámbitos respectivos

de ordenación de las materias en las que concurren y se articulan las competencias básicas estatales y las legislativas y reglamentarias autonómicas mal se compaginan con la posibilidad de poder seguir infringiendo bases de las normas legales preconstitucionales cuando el legislador estatal constitucional ha procedido en el ejercicio de la competencia constitucionalmente atribuida a establecer de manera aparentemente completa e innovadora las bases sobre una determinada materia, a menos que declare expresamente la pretendida naturaleza básica de esas normas legales preconstitucionales o dicha naturaleza resulte, sin lugar a dudas, de ser estas un complemento indispensable de las normas básicas postconstitucionales por deducirse de su propia estructura que no han pretendido agotar la regulación de todos los aspectos de la materia». De esta premisa, la sentencia concluyó que no cabía considerar como básicos los preceptos de la Ley de funcionarios civiles del Estado de 1964 referidos al régimen disciplinario, porque el legislador postconstitucional había procedido a establecer de manera aparentemente completa e innovadora las bases del régimen estatutario de los funcionarios de las Administraciones Públicas.

4) Finalmente, vamos a anotar un cuarto tipo de reparto de las potestades públicas: **en diversas materias, la Constitución y los Estatutos de Autonomía dan a las Comunidades Autónomas competencias sujetas a la «coordinación» por parte del Estado.** Así ocurre, por ejemplo, en relación con la planificación general de la actividad económica, la investigación científica y técnica y la sanidad. Desde la inicial Sentencia *registro sanitario de alimentos* (STC 32/1983, de 28 de abril, FJ 2), la jurisprudencia ha perfilado con trazo firme este tipo de competencia estatal de coordinación general, en términos que sintetiza la Sentencia *agricultura de montaña II* (STC 45/1991, de 28 de febrero, FJ 4):

«a) “Persigue la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto o sistema, evitando contra-

diciones o reduciendo disfunciones que, de subsistir, impedirían o dificultarían, respectivamente, la realidad misma del sistema” (STC 32/1983, FJ 2).

b) La competencia estatal de coordinación presupone, lógicamente, la existencia de competencias autonómicas que deben ser coordinadas, competencia que el Estado debe respetar, evitando que la coordinación llegue «a tal grado de desarrollo» que deje vacías de contenido las correspondientes competencias de las Comunidades Autónomas (STC 32/1983, FJ 2).

c) Dicha coordinación debe ser entendida como «la fijación de medios y sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades [...] estatales y comunitarias en el ejercicio de sus respectivas competencias, de tal modo que se logre la integración de actos parciales en la globalidad del sistema» (STC 32/1983, FJ 2, que luego reproducen varias sentencias posteriores y, entre ellas, significativamente, la 144/1985, FJ 4).

d) Sobre el alcance que puede otorgarse a esos medios y sistemas de relación, se ha sostenido que la integración de las partes en un conjunto unitario, perseguida por la actividad de coordinación, exige la adopción de las «medidas necesarias y suficientes» para lograr tal integración (STC 111/1984, FJ 6). [...] Debe reconocerse [...] la posibilidad de que el Estado adopte medidas de coordinación tras la correspondiente intervención autonómica.

e) Del mismo modo, tampoco cabe negar, con carácter general, el recurso a medidas estatales de coordinación preventiva que establezcan siste-

mas de relación entre las diversas Administraciones. Así en la STC 133/1990, FJ 14, en relación con el 6, se reconoció la facultad del Gobierno de la Nación para regular la composición de un órgano mixto entre Estado y Comunidades Autónomas, denominado Comisión Nacional de Protección Civil. En otras oportunidades, ciertas medidas de coordinación preventiva, como son la fijación de unas normas básicas y comunes a los diversos planes o intervenciones autonómicas, aparecen claramente vinculadas a la «previsión de unas directrices comunes» que hagan posible una actuación conjunta de los diversos servicios y Administraciones implicadas (STC 133/1990, FJ 9).

A la luz de cuanto antecede, y como resumen, cabe añadir que la competencia estatal de coordinación *ex art.* 149.1.13, es decir, en el marco de la planificación sectorial, presupone la existencia de competencias autonómicas que no deben ser vaciadas de contenido, pues busca la integración de una diversidad de competencias y Administraciones afectadas en un sistema o conjunto unitario y operativo, desprovisto de contradicciones y disfunciones; siendo preciso para ello fijar medidas suficientes y mecanismos de relación que permitan la información recíproca y una acción conjunta, así como, según la naturaleza de la actividad, pensar tanto en técnicas autorizativas, o de coordinación *a posteriori*, como preventivas u homogeneizadoras.»

5. El entrecruzamiento de competencias

El orden constitucional de competencias no se agota en el reparto de potestades públicas dentro de cada una de las materias enunciadas por la Constitución y los Estatutos de au-

tonomía. Las materias competencia de las instituciones generales del Estado y de sus Comunidades Autónomas no forman compartimentos estancos: en la realidad suelen aparecer entrecruzadas, cuando no contrapuestas. La jurisprudencia constitucional consiste, en gran medida, en la ordenación de las distintas competencias materiales que confluyen en la vida real.

La Sentencia *bibliotecas catalanas* (STC 42/1981, de 22 de diciembre, FJ 2) expresó las ideas que presiden esta tarea hermenéutica: «la Constitución distingue entre distintos niveles del interés general, en función de los cuales han de atribuirse las respectivas competencias (arts. 150.3, 155.1 y 137, entre otros). En concreto, la consecución del interés general de la Nación, en cuanto tal, y de los de carácter supracomunitario, queda confiada a los órganos generales del Estado, lo que se traduce en la atribución al mismo de una serie de competencias, entre las cuales se encuentran las del art. 149.1 de la Constitución y, por otra parte, el interés general propio de cada Comunidad se refleja asimismo en la asunción de una serie de competencias en su respectivo Estatuto. La técnica utilizada por la Constitución es compleja, dada la coincidencia sobre una misma materia de intereses generales de diverso alcance, y dado que un mismo objeto es susceptible —generalmente— de ser situado en diversos campos. De aquí que para solucionar las cuestiones que puedan plantearse **hay que partir del contenido inherente a cada competencia y solo si, aun aplicado este criterio, se sigue produciendo un entrecruzamiento habrá que determinar la competencia que debe prevalecer.**»

Esta perspectiva ha dado lugar a una jurisprudencia casuística, de la que ofrece buena muestra la Sentencia *hoteles de calidad* (STC 125/1984, de 20 de diciembre). El juicio sobre un Real Decreto, que había creado la distinción «Recomendado por su calidad» para otorgarla a establecimientos hoteleros, dependía de si se encuadraba en la materia

turismo (competencia de las Comunidades Autónomas) o en el comercio exterior (materia reservada al Estado central). La sentencia caracterizó el problema en términos que se repiten hasta hoy: «Las normas constitucionales y estatutarias relativas a la distribución de competencias clasifican la realidad social en materias para ordenar aquella distribución. Los conceptos de materias allí recogidos poseen, en ocasiones, un inevitable grado de indeterminación y es frecuente que una materia, en concreto el turismo, tenga dimensiones clasificables dentro de otro concepto material y encajables en otro título competencial [...] la posible concurrencia imperfecta de títulos obliga al intérprete del bloque de la constitucionalidad y de la norma o normas constitutivas del objeto de un conflicto, a **una tarea de ponderación, difícilmente conceptualizable y, por fuerza, casuística**».

En el caso concreto, la sentencia llevó a cabo una ponderación prototípica: «La importancia de los ingresos que la actividad turística proporciona a la economía nacional procedentes de la demanda exterior, convierten sin duda al turismo en una de las partidas más significativas dentro de la balanza exterior. Por consiguiente, la promoción exterior del turismo adquiere desde esta perspectiva una dimensión que la sitúa dentro de la competencia estatal del art. 149.1.10 de la CE. Pero ello no debe llevarnos a una interpretación expansiva de este título que permitiera absorber bajo él, como competencia estatal, cualquier medida que, dotada de una cierta incidencia, por remota que fuera, en el comercio exterior turístico, produjera directamente una reordenación de la actividad turística, vulnerando con ello las competencias estatutarias. [...] En el caso que nos ocupa, el objeto directo de la norma impugnada es el turismo y los efectos que su ejecución pudieran producir en el comercio exterior serían indirectos y de escasa entidad. La finalidad de la norma en cuanto la vincula solo débilmente con el comercio exterior, debe ceder en este caso frente a su contenido material, esto es, obliga a interpre-

tarla como norma que disciplina la actividad turística». Lo que llevó a declarar viciada de incompetencia la disposición estatal.

Se trata, por consiguiente, de calificar las disposiciones controvertidas de acuerdo con su finalidad, contenido y efectos a la luz de los títulos competenciales definidos por el bloque de la constitucionalidad. Para llegar a una calificación competencial correcta, hay que apreciar «tanto el sentido o finalidad de los varios títulos competenciales» que campan en la Constitución y en el Estatuto respectivo, como «el carácter, sentido y finalidad de las disposiciones traídas al conflicto, es decir, el contenido del precepto controvertido». Labores ambas que confluyen en lo que la jurisprudencia denomina la delimitación de «la regla competencial aplicable al caso» (STC *recursos generados en Aragón*, 14/2004, de 13 de febrero, FJ 5, que se inspira en las SSTC *etiquetaje en catalán*, 69/1988, de 19 de abril; *carnes frescas*, 252/1988, de 20 de diciembre; *reglamentación técnico-sanitaria del comercio minorista de alimentación*, 13/1989, de 26 de enero; *películas cinematográficas en coproducción*, 153/1989, de 5 de octubre, y *ordenación del sector petrolero*, 197/1996, de 28 de noviembre).

6. El territorio

Un elemento no mencionado expresamente por la Constitución, pero determinante del orden constitucional de competencias asentado en su art. 149.3, es el territorio. **Las competencias de las instituciones generales del Estado alcanzan, desde luego, la totalidad del territorio nacional, incluido el mar territorial y la zona económica exclusiva** (SSTC *pesca del coral*, 56/1989, de 16 de marzo, y *marisqueo*, 9/2001, de 18 de enero). Las competencias de cada una de las Comunidades Autónomas se encuentran limitadas a su propio territorio (SSTC *enclave de Treviño*, 99/1986, de 11 de julio, FJ 4, y *legua del Rey*, 132/1998, de 18 de junio, FJ 14).

La jurisprudencia advirtió tempranamente que **el límite territorial no impide a las Comunidades Autónomas que, en uso de sus competencias propias, adopten «decisiones que puedan producir consecuencias de hecho en otros lugares del territorio nacional.** La unidad política, jurídica, económica y social de España impide su división en compartimentos estancos y, en consecuencia, la privación a las Comunidades Autónomas de la posibilidad de actuar cuando sus actos pudieran originar consecuencias más allá de sus límites territoriales equivaldría necesariamente a privarlas, pura y simplemente, de toda capacidad de actuación» (STC *centros de contratación de cargas*, 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 1, párr. 4). Esta idea tiene especial relevancia en el plano normativo. En el ejecutivo, en cambio, la situación es más matizada. Como advirtieron las Sentencias *cajas de ahorro* (SSTC 48 y 49/1988, de 22 de marzo), las disposiciones normativas de una Comunidad Autónoma tienen eficacia territorial, sin perjuicio de las **situaciones que se rigen por el estatuto personal u otras normas de extraterritorialidad, a tenor de las normas estatales para resolver los conflictos de leyes (art. 149.1.8.ª CE); por el contrario, las actuaciones administrativas** (tales como la intervención de las entidades de crédito o su inspección y sanción) **deben quedar estrictamente limitadas al ámbito territorial de la respectiva Comunidad**, lo que condujo a la anulación de los preceptos de las leyes dictadas por Cataluña y Galicia que permitían a sus autoridades coordinar y disciplinar actividades de las cajas realizadas fuera del territorio de la Comunidad. Lo cual no impidió declarar, asimismo, inconstitucional la norma estatal que preveía que estas actividades quedaran sujetas a la Administración estatal: las actividades de las cajas de ahorro están sometidas a la competencia de las Comunidades Autónomas y, por ende, a la de aquella en cuyo territorio se lleven a cabo, conforme a las normas que en cada caso configuren esa competencia. Los resultados perturbadores que en la práctica pudiera produ-

cir esa confluencia en la intervención por parte de distintas autonomías pueden ser solventados mediante las normas básicas que dicten las autoridades generales del Estado.

La regla, por tanto, es que las actuaciones ejecutivas autonómicas deben quedar confinadas dentro del territorio respectivo. Pero por el hecho de que generen consecuencias más allá de este, por estar así previsto en sus Estatutos de Autonomía, no revierten al Estado, pues «a este traslado de la titularidad, ciertamente excepcional, tan solo puede llegarse, como se apuntó en la STC 329/1993 (FJ 4), cuando, además del alcance territorial superior al de una Comunidad Autónoma del fenómeno objeto de la competencia, la actividad pública que sobre él se ejerza no sea susceptible de fraccionamiento y aun en este caso, dicha actuación no pueda llevarse a cabo mediante mecanismos de cooperación y coordinación, sino que requiera un grado de homogeneidad que solo pueda garantizar su atribución a un solo titular, que forzosamente deba ser el Estado, o cuando sea necesario recurrir a un ente con capacidad de integrar intereses contrapuestos de varias Comunidades Autónomas (STC 243/1994, FJ 6)» (SSTC *documentos de control*, 175/1999, de 30 de septiembre, FJ 6; *gases licuados del petróleo*, 223/2000, de 21 de septiembre, FJ 11).

El principio de territorialidad dio lugar a la declaración de nulidad de aquellos preceptos de la Ley de garantía de la unidad de mercado que establecían el principio de eficacia en todo el territorio nacional de los actos, disposiciones y medios de intervención de las autoridades del lugar de origen relacionados con el libre acceso y ejercicio de la actividad económica (SSTC 79/2017, de 22 de junio, FF. JJ. 10-14, y 110/2017, de 5 de octubre, FJ 3). La inconstitucionalidad procedía de que esos preceptos habían excedido el alcance de la competencia estatal sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13.ª CE), así como por vulnerar el principio general de territorialidad de las competencias autonómicas, al permitir la aplica-

ción en un mismo lugar del territorio nacional de normativas diferenciadas para aquellos operadores económicos que únicamente se diferencian por su procedencia (FJ 14).

Cuestión del todo diversa plantean los supuestos en que sobre el mismo territorio confluyen competencias diversas, unas en manos del Estado central y otras de la respectiva Comunidad Autónoma.

Este tipo de situaciones han sido resueltas por la jurisprudencia a partir de los criterios sentados en las Sentencias *solución Ugaldebieta* (STC 77/1984, de 3 de julio) y *comisaría en Santurce* (STC 56/1986, de 13 de mayo). Las Comunidades Autónomas ostentan unas potestades de gran importancia sobre su propio territorio, que se asientan principalmente en su competencia de ordenación del territorio, enunciada por el mismo art. 148.1 CE y, de modo unánime, por todos los Estatutos; sin embargo, la existencia de esas potestades autonómicas no permite desconocer que las instituciones generales del Estado tienen atribuidas una pluralidad de competencias dotadas de una clara dimensión espacial, pues su ejercicio se proyecta de forma inmediata sobre el espacio físico y que, en consecuencia, inciden en la ordenación del territorio (por ejemplo, núms. 4, 13, 20, 21, 22, 23, 24, 25 y 28 del art. 149.1 CE, como resume la STC *directrices balears*, 46/2007, de 1 de marzo, FJ 10). Diversas resoluciones han subrayado la necesidad de mecanismos de cooperación para articular el ejercicio de estas competencias; así como han trazado los criterios que permiten resolver los conflictos que pudieran producirse. Como sintetiza la Sentencia *ordenación del territorio del País Vasco* (STC 149/1998, de 2 de julio, FJ 5), «el Estado podrá ejercer la facultad de acordar la ejecución de proyectos de obras, actividades o servicios que puedan resultar eventualmente contrarios con las determinaciones de los instrumentos de ordenación territorial o las de los planes urbanísticos cuando lo haga en uso de una competencia reservada *ex art.* 149.1 CE y siempre que se den los presupuestos que se [señalan en la legislación del suelo], es decir, razones de ur-

gencia o excepcional interés público, de forma que solo acudiendo a lo preceptuado en dicho artículo sea posible el ejercicio de las referidas competencias (STC 56/1986, FJ 3)».

El mar territorial no forma parte del territorio de las Comunidades Autónomas [STC *costas I*, 149/1991, de 4 de julio, FJ 7. A).b); *nuevo estatuto catalán*, 31/2010, de 28 de junio, FJ 92; *instalaciones de generación eléctrica en el mar territorial*, 3/2014, de 16 de enero, FJ 3; *hidratos de metano*, 8/2018, de 25 de enero, FJ 7], ni siquiera de las que, como Canarias, están formadas por un archipiélago (STC *exploración del subsuelo marino*, 8/2013, de 17 de enero, FJ 5). El territorio autonómico se extiende al ámbito de los municipios que integran la correspondiente Comunidad; y los términos municipales nunca se han extendido, ni tampoco hoy se extienden, al mar territorial. **Esta limitación territorial no impide a las autonomías ejercer algunas competencias sobre las aguas y otros elementos del mar territorial. Pero se trata de supuestos extraordinarios**, que dependen de la existencia de un explícito reconocimiento estatutario [STC *costas I*, 149/1991, de 4 de julio, FF. JJ. 4. F) y 7. A).h), en referencia a las previsiones estatutarias sobre vertidos industriales y contaminantes en el mar territorial]; o bien, a falta de un precepto expreso, de que la actuación sobre el mar derive de la naturaleza de la competencia que resulta del bloque de la constitucionalidad, como sería el caso de la acuicultura (STC *cultivos marinos*, 103/1989, de 8 de junio), la ordenación del sector pesquero (STC *pesca con arte claro y mosca*, 158/1986, de 11 de diciembre) o el marisqueo (STC *marisqueo*, 9/2001, de 18 de enero). El caso más extremo fue resuelto por la Sentencia *Cabo de Gata* (STC 38/2002, de 14 de febrero), que admitió la validez de que la protección de un espacio natural alcanzase a ciertos usos del mar territorial colindante, cuando la unidad y continuidad de ciertos ecosistemas exige que su protección no se quede en tierra firme (doctrina reafirmada en la STC *continuidad ecológica*, 87/2013, de 11 de abril).

III. LA ORDENACIÓN CONSTITUCIONAL DE ORDENAMIENTOS

1. La pluralidad de ordenamientos

La Constitución dispone que **el Derecho español esté formado por varios ordenamientos, no por uno solo**, como era la regla hasta 1978. Tanto el ordenamiento estatal como los diecisiete ordenamientos autonómicos están **nutridos por leyes, rango máximo de la potestad normativa**, a diferencia de los Derechos locales que crean y aplican los municipios, provincias y otros entes locales (art. 137 CE y STC *bases del régimen local*, 214/1989, de 21 de diciembre; no sin modulaciones, como exponen en materia tributaria las SSTC *haciendas locales*, 233/1999, de 16 de diciembre, FF. JJ. 10 y 18, y *normas forales fiscales*, 118/2016, de 23 de junio, y en materia sancionadora la STC *Serrano Prieto*, 132/2001, de 8 de junio).

Cada uno de estos ordenamientos, el general del Estado en toda España y los de cada Comunidad Autónoma, en su territorio respectivo, son autónomos en el sentido literal de la palabra: cada uno de ellos es nutrido por sus propias leyes y otras disposiciones legales, y ninguno de ellos pueda interferir en los otros salvo reforma de los Estatutos de autonomía o, en su caso, de la Constitución misma. Así quedó establecido en la capital Sentencia *LOAPA* (STC 76/1983, de 5 de agosto), que declaró inconstitucional el intento de regular mediante Ley de Cortes el orden constitucional de competencias.

Esta autonomía ordinamental se traduce en que las normas del Estado central y de las Comunidades Autónomas no se tocan, por así decir: cada una es producida por sus fuentes del Derecho propias y ninguna puede disponer sobre las normas de un ordenamiento distinto. La Sentencia *centros escolares* (STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 23) ya había señalado que es correcto que las leyes generales del Estado traten de articular sus disposiciones con las leyes de

las Comunidades Autónomas sobre la misma materia. Pero no dejó de observar la incorrecta terminología empleada por el legislador en los primeros momentos del Estado autonómico, pues una ley autonómica no puede «modificar», ni menos aún «derogar», leyes del Estado: **cuando las Comunidades Autónomas aprueban leyes en materias de su competencia, sus preceptos no derogan los de la legislación estatal, «sino que se [aplican] en cada Comunidad con preferencia a estos**, y solo en tal sentido podría decirse que los modificarían o sustituirían como Derecho aplicable con carácter preferente»; además, los preceptos estatales «habrían de continuar vigentes en las Comunidades como Derecho supletorio, según dispone el art. 149.3 de la Constitución».

Esta doctrina recibió su confirmación definitiva en la Sentencia *cámaras agrarias* (STC 132/1989, de 18 de julio, FJ 33). Su fallo anuló una disposición derogatoria que había establecido: «Por la presente Ley queda sin vigencia en Cataluña el Real Decreto del Gobierno del Estado 1336/1977 [...] y las disposiciones que lo complementan y desarrollan». La sentencia no dejó de advertir que «la norma catalana, si bien se incluye en una disposición derogatoria, emplea respecto a la norma estatal la expresión «queda sin vigencia» que no equivale a la derogación. No obstante y como resulta de su misma dicción literal, lo que la norma impugnada pretende es determinar los efectos que la Ley 18/1985 del Parlamento de Cataluña produce sobre la norma estatal preexistente». Lo cual es inconstitucional: «es cierto que cuando el legislador autonómico regula materias de su competencia sobre las que existe normativa estatal viene a desplazar tal normativa, aplicándose con preferencia en cada Comunidad Autónoma las disposiciones propias; pero ello no supone ni que la Comunidad Autónoma [...] sea competente para establecer la derogación o no de normas estatales (STC 5/1981, FJ 23), aunque ello se circunscriba al ámbito territorial de la Comunidad, ni, más genéricamente, para determinar los efectos que sus normas producen sobre el

Derecho estatal preexistente, pues la vigencia y aplicabilidad de este será la que resulte de las normas constitucionales que regulen la relación entre el ordenamiento estatal y el autonómico (así, el art. 149.3 CE), y no lo que establezca el legislador autonómico. Por lo que hay que concluir que la disposición que se impugna excede de las competencias de la Comunidad Autónoma».

Como afirmó tajante la Sentencia *espacio natural de Doñana* (STC 331/2005, de 15 de diciembre, FJ 19), «una Comunidad Autónoma no puede derogar normas del Estado».

Los subordinamientos general y autonómico que forman el Derecho español no son independientes, empero. **Su integración en un sistema jurídico vertebrado se consigue en tres niveles:**

1) Todos ellos se apoyan en la Constitución, que es, simultáneamente, fundamento de las normas aprobadas por las instituciones generales del Estado y cimiento de los Estatutos de autonomía que, a su vez, crean el respectivo Derecho autonómico (disp. final y arts. 1, 9.1, 137 y 147 CE). El «principio de supremacía de la Constitución sobre el resto del ordenamiento jurídico, del que los Estatutos de Autonomía forman parte», implica que cada uno de ellos «debe ser interpretado siempre de conformidad con la Constitución y que, por ello, los marcos competenciales que la Constitución establece no agotan su virtualidad en el momento de aprobación del Estatuto de Autonomía, sino que continuarán siendo preceptos operativos en el momento de realizar la interpretación de los preceptos de este a través de los cuales se realiza la asunción de competencias por la Comunidad Autónoma» (SSTC *registro de convenios colectivos*, 18/1982, de 4 de mayo, FJ 1; *tesorería general*, 124/1989, de 7 de julio, FJ 3; o *impuestos especiales en Canarias*, 16/2003, de 30 de enero, FJ 9.6). La Constitución es, por ende, la norma que suministra el conjunto de instituciones, conceptos y principios que asegura la unidad del conjunto.

2) En un plano diverso, la distribución de competencias legislativas entre el centro y la periferia del Estado permite deslindar las materias en las que se produce la legislación estatal y la legislación autonómica; **el principio de autonomía o, quizá con mayor precisión, de limitación competencial, permite deslindar las normas del Estado y las de cada una de las Comunidades Autónomas**, que deben confinarse a la esfera de competencia asignada a cada una de las instancias territoriales del poder.

3) Finalmente, cuando a pesar del reparto de competencias confluyen sobre una misma situación o relación jurídica normas válidas procedentes del Estado central y de una Comunidad Autónoma, entran en juego los **criterios de prevalencia y de supletoriedad** enunciados por los dos últimos incisos del art. 149.3 CE. Si coinciden las normas de varias Comunidades Autónomas, hay que estar a las «normas para resolver los conflictos de leyes» establecidas por las Cortes Generales (art. 149.1.8.ª CE, SSTC *cooperativas vascas*, 72/1983, de 29 de julio, FJ 6; *seguros privados*, 86/1989, de 11 de mayo, FJ 9).

La tajante separación entre el orden constitucional de competencias y la ordenación de los distintos Derechos que forman el sistema jurídico español (el Derecho general y los autonómicos) permite diferenciar claramente la titularidad de las competencias, por un lado, y el ejercicio de las competencias, por otro. La titularidad de las competencias viene definida por la Constitución y los Estatutos de autonomía (como hemos visto *supra* II) en términos de validez: cualquier actuación de los poderes constituidos fuera del ámbito trazado por las normas de competencia del bloque de la constitucionalidad acarrea su invalidación. En cambio, siempre que el ejercicio de la potestad legislativa quede confinado dentro de los ámbitos de competencia propia, se producirá Derecho válido. Derecho que, sumando el general o estatal y los autonómicos, forman el Derecho español. Es en este segundo momento, en el de la inte-

gración de ordenamientos parciales para hacer posible su aplicación conjunta, cuando surten efectos los criterios de prevalencia y de supletoriedad.

Solo prevalece y solo es supletorio el Derecho estatal válido. Y prevalecen y son supletorias todas las normas del Derecho estatal: es indiferente que el Estado central, al aprobar sus normas en una materia, haya ejercido competencias exclusivas, competencias legislativas plenas o competencias básicas. Lo contrario supondría seguir confundiendo el plano del reparto de competencias para producir Derecho con el de la aplicación del Derecho aprobado válidamente. Una confusión que la jurisprudencia constitucional ha superado, al menos en el nivel de los principios, en las Sentencias *pesca de cerco, transportes terrestres y suelo* (SSTC 147/1991, de 4 de julio; 118/1996, de 27 de junio, y 61/1997, de 20 de marzo).

A partir de estas Sentencias, ha quedado asentado que **cuando una norma estatal y una norma autonómica coinciden en la regulación de un hecho jurídico, es preciso formular un juicio en varias fases** distintas: primero, se analiza si las normas son compatibles o contradictorias; segundo, si efectivamente se contradicen, es preciso examinar su validez, a la luz del reparto constitucional de competencias; solo si ambas normas resultan ser válidas, por haber sido dictadas por el Estado central y por la Comunidad Autónoma dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, es preciso llegar a la última fase: la solución de la colisión normativa. Es ahora donde surten su efecto la prevalencia y la supletoriedad previstas por el art. 149.3 CE.

2. La cláusula de prevalencia

La prevalencia es la figura que permite integrar el Derecho estatal o general y los Derechos propios de las Comunidades Autónomas en un ordenamiento coherente: el Derecho de España.

La Constitución formula la regla a medias. Su primera premisa es que se producirán conflictos entre las normas del Estado y las de la Comunidad Autónoma relevante. La segunda, que para resolverlos no es posible acudir a las reglas habituales de los juristas: la derogación total o parcial, ya sea por razón de jerarquía, de cronología o de contenido (*lex superior, lex posterior* o *lex specialis*).

Que la derogación no sirve para ordenar los conflictos de normas generales y autonómicas fue formulada con clarividencia por la jurisprudencia constitucional desde muy temprano, como vimos (SSTC *centros escolares*, 5/1981, de 13 de febrero, FJ 23, y *cámaras agrarias*, 132/1989, de 18 de julio, FJ 33). La razón es clara: se trata de ordenamientos jurídicos distintos, separados por el principio de competencia (en general, GARCÍA DE ENTERRÍA, 1985, y MUÑOZ MACHADO, 2007).

En caso de conflicto de normas, la Constitución ofrece una regla nueva: en el Estado de las autonomías, las normas de distinto origen (Estado central y Comunidad Autónoma) que colisionan se ordenan mediante la prevalencia de unas sobre otras. **La prevalencia no comporta la nulidad de ninguna de las normas en colisión:** todas las normas implicadas son válidas; de no ser así, no existiría conflicto. La prevalencia **tampoco conlleva la derogación de ninguna de las normas implicadas:** cada una de ellas se encuentra vigente, solo que dentro de su propio ámbito; una dentro del Derecho general del Estado y otra dentro del Derecho autonómico de una fracción del Estado, la Comunidad Autónoma.

Los efectos de la prevalencia son análogos a los de la primacía del Derecho comunitario respecto a los Derechos nacionales de los Estados miembros: la norma que prima desplaza la aplicación de la norma en conflicto; no la invalida ni la deroga en sentido estricto. La norma desplazada sigue siendo válida y estando en vigor, solo que rigiendo supuestos distintos a los que quedan sometidos al mandato de la norma prevalente.

Sin embargo, son perceptibles **algunas diferencias relevantes**. La primera, que la regla de prevalencia ha sido consagrada expresamente en la Constitución, a diferencia del principio comunitario (*vid.* Declaración del Tribunal Constitucional *Constitución para Europa*, 1/2004, de 13 de diciembre, FF. JJ. 3 y 4). La segunda, que la regla española tiene un filo de dos hojas: el Derecho comunitario es siempre preferente; por el contrario, en caso de conflicto la norma estatal solo prevalece «en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de estas».

En todo lo que es de competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma concernida, pues, es la norma de esta la que prevalece sobre la norma del Estado. La jurisprudencia constitucional reconoce que «es cierto que cuando el legislador autonómico regula materias de su competencia sobre las que existe normativa estatal viene a desplazar tal normativa, aplicándose con preferencia en cada Comunidad Autónoma las disposiciones propias»; aunque, como vimos, ese desplazamiento no equivale a la derogación o pérdida de vigencia de la norma estatal (STC *cámaras agrarias*, 132/1989, de 18 de julio, FJ 33), pues las leyes aprobadas por una Comunidad Autónoma en materia de su competencia no derogan los preceptos generales del Estado **«sino que se [aplican] en cada Comunidad con preferencia a estos**, y solo en tal sentido podría decirse que los modificarían o sustituirían como Derecho aplicable con carácter preferente» (STC *centros escolares*, 5/1981, de 13 de febrero, FJ 23).

Así ocurre con normalidad en España todos los días: las normas autonómicas reciben aplicación preferente, relegando las normas estatales a un grado de vigencia supletorio. Ello era inevitable, pues antes de la creación de las Comunidades Autónomas y su Derecho propio, todo estaba sometido a la legislación, la jurisprudencia y los principios generales del único poder legiferante. **La aplicación práctica de esta faceta del instituto de la prevalencia es, no obstante, invisible.**

Ello es así por una razón simple: su aplicación corresponde a los Tribunales que aplican el Derecho autonómico (Juzgados, Audiencias Provinciales, Tribunales Superiores de Justicia). Ni el Tribunal Supremo (que el Código Civil se obstina en conceptuar como única fuente de jurisprudencia: art. 1, en la redacción de 1974) ni el Tribunal Constitucional aplican el Derecho autonómico. Por ende, ninguno de estos altos Tribunales da prioridad a las normas de este sobre las normas del Estado que colisionan con aquellas. Quien solo lea jurisprudencia constitucional o suprema no verá los casos de prevalencia de normas autonómicas sobre normas estatales que se dan con normalidad en nuestro Derecho vivido.

Tampoco verá casos de prevalencia de normas estatales sobre autonómicas. Pero por razones muy distintas. Tienen que ver con el afán de resolver todas las colisiones de normas mediante las reglas de competencia, lo que deja sin ámbito de aplicación a la regla de prevalencia; y, sobre todo, con la cuestión del control judicial de las normas con rango de ley.

La jurisprudencia constitucional nunca había encontrado ocasión para aplicar o interpretar la cláusula de prevalencia. La Sentencia *LOAPA* (STC 76/1983, de 5 de agosto, FJ 9) anuló un precepto del proyecto de Ley de armonización del proceso autonómico evitando expresamente ofrecer «valoración alguna de su contenido material»; la tacha consistió en que el intento de precisar la interpretación que debe darse a la regla de prevalencia en la Constitución, ante el uso abusivo del adjetivo «exclusivo» en los Estatutos de Autonomía (según el Abogado del Estado), convertía al precepto estatal en una «norma meramente interpretativa», que fija el contenido de los términos de la Constitución con carácter general cerrando el paso a cualquier otra interpretación; lo cual es inconstitucional, pues el legislador no debe colocarse en el lugar que corresponde al poder constituyente y al Tribunal Constitucional (*idem*, FJ 4). Y la Sentencia *zona volcánica de la Garrotxa* [STC

69/1982, de 23 de noviembre, FJ 2.c)] rechazó sin más el argumento del Abogado del Estado de que la Ley estatal de espacios naturales protegidos debía prevalecer, en virtud del art. 149.3 CE, sobre la ley catalana que había protegido dicha zona volcánica, porque «no hay conflicto alguno entre la legislación estatal y la catalana». Procediendo seguidamente a deslindar las competencias respectivas para declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas en cuestión.

Que las colisiones entre normas estatales y autonómicas puedan resolverse siempre en términos competenciales se encuentra, sin embargo, ante **una difícil prueba en materias de legislación compartida. Tal es el caso de las materias en que el Estado dicta la legislación básica y la Autonomía la legislación de desarrollo.** Este parece un campo propicio para la aplicación de la regla de prevalencia.

Sin embargo, la jurisprudencia no lo ha entendido así hasta muy recientemente. El Tribunal Constitucional ha venido sosteniendo que la apreciación de cuál es la norma aplicable surge de un doble y sucesivo juicio de validez: primero, ha de comprobarse si la norma básica ha sido aprobada en ejercicio de las competencias del Estado, so pena de invalidez; pero si la norma estatal es válida, cualquier desajuste con ella vuelve inconstitucional la norma autonómica. Pues la competencia de la Comunidad se limita al «desarrollo» de la norma básica estatal.

Desde las Sentencias *diputaciones valencianas* (STC 27/1987, de 27 de febrero, FJ 9) y *pruebas de acceso para interinos en Canarias* (STC 151/1992, de 19 de octubre), el Tribunal había declarado nulas las disposiciones autonómicas que contradicen normas estatales básicas. Esta última resolución ofrece la explicación que se repite desde entonces: «la norma autonómica que contradice a la Ley básica estatal invade el ámbito material de lo básico [...] incurriendo por ello en un vicio de incompetencia —en sentido lato— vulnera-

dor del [...] orden constitucional de distribución de competencias». Naturalmente, no se trata de que la norma de la Comunidad Autónoma vulnere directamente ningún precepto de la Constitución; se trata de «una infracción del orden constitucional de distribución de competencias, si bien esa infracción sea mediata o indirecta, por cuanto solo la mediación de la Ley estatal dictada en ejercicio de la competencia que sobre las bases de la correspondiente materia la Constitución haya reservado al Estado [...] permite mantener que la norma autonómica que contradice a la Ley básica estatal invade el ámbito material de lo básico así delimitado, incurriendo por ello en un vicio de incompetencia». Como dijo con precisión la Sentencia *cajas de ahorro de Cantabria* (STC 60/1993, de 18 de febrero, FJ 1), **la inconstitucionalidad de la norma autonómica es «mediata o indirecta» «por derivar, no de una contradicción formal con la Constitución, sino de la colisión con un precepto pretendidamente básico»** (en el mismo sentido, entre otras muchas, pueden mencionarse las SSTC *zorzal alirrojo*, 166/2002, de 18 de septiembre, FJ 4, o *atención farmacéutica*, 109/2003, de 5 de junio, FJ 7).

Al no apreciarse nunca la existencia de colisiones entre normas válidas, la cláusula de prevalencia no funcionaba. Al menos, no en la jurisprudencia constitucional. De hecho, las resoluciones constitucionales se refieren a la «prevalencia», no de normas, sino de unas competencias sobre otras. Para determinar qué título competencial es determinante en las controversias que juzga, las Sentencias *asociación* (STC 133/2006, de 27 de abril, FJ 17) o *implantación de industria textil* (STC 190/2000, de 13 de julio), entre otras muchas, se hacen eco de la doctrina que sostiene la «prevalencia» del título competencial específico sobre otros más genéricos (no sin matices: STC *ordenación del sector petrolero*, 197/1996, de 28 de noviembre, FJ 4). Esta forma de expresarse se remonta a la Sentencia *películas X* (STC 87/1987, de 3 de junio, FJ 2).

La doctrina de la «inconstitucionalidad mediata o indirecta» alcanza su límite en los **casos en que las bases estatales son modificadas sobrevenidamente**; de tal modo que la ley autonómica, perfectamente válida en el momento de ser aprobada, deviene contraria a las nuevas normas del Estado. Ese fue el supuesto que dio lugar a la Sentencia *excedencia extremeña* (STC 1/2003, de 16 de enero). La ley enjuiciada, aprobada en 1995, había establecido unos límites temporales a la situación de excedencia de los funcionarios de la Comunidad Autónoma en términos que respetaban las bases del Estado vigentes entonces (FJ 7 *in fine*); luego, la legislación estatal fue modificada en términos incompatibles con la norma autonómica. La STC 1/2003 concluyó que «la disconformidad sobrevenida de las disposiciones autonómicas cuestionadas con las nuevas bases en materia de régimen estatutario de los funcionarios públicos adoptadas por el legislador estatal (con respeto de la doble dimensión, formal y material, del concepto constitucional de bases) [...] determina la actual inconstitucionalidad de aquellas disposiciones originariamente respetuosas del orden constitucional de distribución de competencias» (FJ 9). Para mayor claridad, la sentencia precisó que «dado que la disconformidad constitucional de los preceptos indicados tuvo lugar no originariamente, en el momento de promulgación de la Ley autonómica 5/1995, sino con posterioridad, en el de entrada en vigor de la Ley estatal 13/1996, los efectos de la inconstitucionalidad y nulidad (art. 39.1 LOTC) deben desplegarse exclusivamente a partir de la fecha de entrada en vigor de la Ley estatal, según dijimos en nuestra STC 27/1987, de 27 de febrero, FJ 9 *in fine*».

Esta solución fue contradicha en **un importante voto particular**: «Nuestra discrepancia con la argumentación de la Sentencia mayoritaria radica precisamente en la nulidad que se ve obligada a pronunciar respecto de varios preceptos de la Ley de la función pública extremeña cuando, a nuestro entender, **debió recurrir a la cláusula de prevalencia**, pre-

vista en el art. 149.3 de la Constitución, para resolver el asunto controvertido». La explicación partía de constatar que «La estructura constitucional del Estado de las autonomías ha dado lugar a un sistema complejo que se caracteriza, desde el punto de vista de la teoría de las fuentes del Derecho, por la posibilidad de concurso válido de normas de procedencias muy distintas, con ámbitos de competencia propios, garantizados constitucionalmente. Hasta ahora los criterios normativos de jerarquía y competencia, unidos al tradicional principio cronológico, por el que las normas más recientes renuevan a las anteriores (*lex posterior derogat priori*) habían servido para resolver las contradicciones entre normas y lograr una armonía obligada en el proceso de aplicación del Derecho. La madurez actual del Estado de las Autonomías obliga ahora a hacer uso de criterios nuevos». Entre los cuales destaca la cláusula de prevalencia, complemento necesario de los criterios mencionados antes «para resolver antinomias como las planteadas en el presente caso que se producirán necesariamente —y cada día con mayor frecuencia— en supuestos de concurrencia válida, prevista y garantizada en la misma Constitución, de diversas fuentes del Derecho».

El voto a la Sentencia *excedencia extremeña* (STC 1/2003, de 16 de enero) despliega un conjunto de razones que vale la pena leer detenidamente, para concluir que «las colisiones entre leyes autonómicas y leyes básicas estatales modificadas después de la aprobación de aquellas, pueden y deben ser resueltas directamente: a) en primer lugar, llevando a cabo una interpretación de los preceptos estatales y autonómicos que permita conjugar su aplicación, mostrando que la contradicción entre ellos es meramente aparente, y en su caso haciendo prevalecer la interpretación de las leyes que es conforme con la Constitución y el orden constitucional de competencias (STC 236/2000, de 16 de octubre, FF. JJ. 3 y 5, y art. 5 LOPJ), y b) ya en segundo lugar, cuando dicha interpretación conjunta no fuera posible, dando aplicación a la normativa básica estatal, pues la legislación básica debe

prevalecer sobre las leyes autonómicas que, a pesar de haber sido aprobadas válidamente en su momento, no resultan del ejercicio de competencias exclusivas —en sentido estricto— de las Comunidades Autónomas, sino de competencias de «desarrollo legislativo» de las bases del Estado, como era aquí el caso. Esta conclusión se desprende no solo de la lógica relación existente entre competencias para establecer las bases y para desarrollarlas, sino de un precepto expreso de la Constitución: la [...] cláusula de prevalencia [...] (art. 149.3, inciso 3, CE). Pero esta prevalencia no da lugar a la nulidad de la norma autonómica, que fue válida en el momento de su aprobación cuando las bases del Estado eran diferentes, sino a su inaplicación, una vez que las nuevas normas básicas del Estado despliegan su eficacia, comprimiendo o desplazando a las de la Comunidad Autónoma que hasta entonces habían venido rigiendo sin mácula alguna de inconstitucionalidad».

Esta tesis parece haber hecho mella en la doctrina tradicional de la inconstitucionalidad sobrevenida. En efecto, **un conjunto de sentencias ha admitido recientemente que los Tribunales de Justicia (así como las Administraciones públicas y, cabe suponer, los particulares) pueden resolver directamente las colisiones entre normas válidas que proceden del Estado central y de una Comunidad Autónoma aplicando el principio de prevalencia** (art. 149.3, inciso 3, CE). El punto de inflexión lo ofrece la Sentencia *fusión de municipios* (STC 102/2016, de 25 de mayo), que inadmitió una cuestión de inconstitucionalidad sobre un precepto de la Ley gallega de régimen local por contradecir la Ley de bases estatal, en la redacción introducida por una reforma sobrevenida en 2003. El Tribunal Constitucional consideró que el precepto autonómico no era aplicable al caso, porque la propia Administración gallega lo había considerado desplazado por la aplicación prevalente de la Ley de Cortes Generales de 2003, que había modificado el quorum de las votaciones para modificar la planta municipal; no sin un voto parti-

cular que consideró que debía mantenerse la doctrina tradicional.

Esta doctrina, que admite la inaplicación de leyes autonómicas por prevalencia de leyes del Estado, ha sido continuada por varias sentencias. Algunas se han limitado a repetir la solución alcanzada por la STC 102/2016 en el mismo supuesto específico: cuando el precepto autonómico controvertido se limita a reproducir un precepto estatal básico, el cual resulta luego modificado en un sentido incompatible con la previa legislación autonómica (SSTC 116/2017, de 20 de junio, y 127/2016, de 7 de julio). Sin embargo, la Sentencia *prescripción de faltas leves* (STC 204/2016, de 1 de diciembre), extendió el ejercicio de esa potestad de inaplicación a los casos en que el precepto autonómico ha sido dictado en ausencia de legislación básica estatal, pero que, al igual que en el caso anterior, deviene incompatible con un precepto básico del Estado aprobado con posterioridad. Esta incipiente línea jurisprudencial, sin embargo, coincide con pronunciamientos de sentido contrario, como muestra la Sentencia de la Sala Segunda *prohibición de pago aplazado* (STC 1/2017, de 16 de enero) y su voto particular, así como el intenso debate doctrinal suscitado (véase FERNÁNDEZ FARRERES, 2017; QUADRA-SALCEDO JANINI, 2017; RAZQUIN LIZARRAGA, 2017; PADRÓS REIG y GONZÁLEZ BARRAL, 2017; ALONSO MAS, 2017; SETUÁIN MENDÍA, 2018).

La doctrina constitucional sobre la ordenación de fuentes del Derecho en el Estado autonómico se entrecruza con la cuestión de la jurisdicción competente para controlar normas con rango de ley. Así quedó puesto de manifiesto en la Sentencia *espacios naturales de Andalucía* (STC 163/1995, de 8 de noviembre). En ella, el Tribunal Constitucional rechazó enérgicamente que los Tribunales judiciales pudieran dejar sin aplicar leyes vigentes, sin plantear previamente cuestión de inconstitucionalidad: aunque se tratara de normas de una Comunidad Autónoma que contradecían de modo manifiesto una norma estatal. Lo cual, naturalmente

te, impide la aplicación práctica de la prevalencia a favor de la legislación general del Estado, salvo en relación con disposiciones de rango reglamentario. Y así lo confirma el dato de que, tras la inflexión doctrinal de la Sentencia *fusión de municipios* (STC 102/2016), el Tribunal Constitucional haya seguido resolviendo recursos de inconstitucionalidad sobre leyes autonómicas por contradecir normas estatales sobrevenidas, leyes que son declaradas nulas por inconstitucionalidad mediata de acuerdo con la doctrina tradicional (SSTC 20/2017, de 2 de febrero, y 82/2017, de 22 de junio).

En la actualidad, por tanto, los Tribunales de Justicia se encuentran sometidos a un marco poco claro. En general, solo pueden dar prevalencia a las leyes de las Comunidades Autónomas, relegando el Derecho estatal al grado de vigencia supletorio, en materias de exclusiva competencia de estas. Pero no pueden aplicar con preferencia las leyes del Estado en materias en que la competencia autonómica no es exclusiva, salvo respecto de normas de la Comunidad Autónoma con rango inferior a la ley o en algunos casos de leyes estatales sobrevenidas. Si la colisión de la norma estatal se produce con una ley autonómica, deben limitarse a cuestionar esta ante el Tribunal Constitucional, salvo que el precepto legal autonómico no sea aplicable por contradicción manifiesta con una ley estatal sobrevenida.

3. La supletoriedad del Derecho general del Estado

La última frase del art. 149.3 CE dispone: «El derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas».

Desde el principio, es preciso subrayar que **la supletoriedad solo se predica del Derecho emanado del Estado central** por relación al de las Comunidades Autónomas: «Consecuentemente, la norma estatal que dispusiere la aplicación supletoria de la norma autonómica incurriría en inconstitucio-

nalidad» (STC *cooperativas de crédito*, 155/1993, de 3 de mayo, FJ 3, y 291/2005, de 10 de noviembre, FF. JJ. 4 y 5).

La regla constitucional de supletoriedad, sumada al principio dispositivo y al tenor de los primeros Estatutos de autonomía, permitió alumbrar una deslumbrante teoría general del Estado autonómico. Su autor la expresó en términos que siempre merecen ser releídos, y que sintéticamente se pueden resumir en los siguientes:

«Con el principio autonómico se produce en el interior del ordenamiento una diferenciación entre dos niveles o clases de normas: las que integran el ordenamiento del Estado y tienen vigencia en todo el territorio nacional, y las que crean las Comunidades Autónomas en las materias de su competencia y con vigencia limitada a su territorio [...] Esta dualidad de normas tiene una característica peculiar que resulta del hecho de que la estructura compleja del ordenamiento no es fruto de una centralización a partir de ordenamientos distintos, sino, a la inversa, de una descentralización a partir de una estructura unitaria [...] En el caso español [...] el derecho del Estado sobre las materias atribuidas a las Comunidades Autónomas no queda derogado, sino que vale como derecho supletorio. Y esto significa que **el ordenamiento estatal sigue siendo un ordenamiento completo desde el punto de vista de las materias susceptibles de regulación, aunque en las de competencia autonómica tenga una vigencia disminuida** [...] En el Estado autonómico hay un ordenamiento general creado por el Estado, que puede afectar a todas las materias imaginables, y a él se superpone, en las materias atribuidas a la competencia de las Comunidades Autónomas, el derecho creado por estas, que tiene en esos terrenos una aplica-

ción preferente mientras que el derecho del Estado tiene en ellos carácter supletorio» (DE OTTO, 1981; los textos citados proceden de 1987, 247-49).

Esta idea sigue siendo válida, con **una corrección importante: el Derecho estatal no puede abarcar todas las materias, sino solo aquellas que no han sido asumidas por la totalidad de las Comunidades Autónomas**. Esta precisión fue introducida por la jurisprudencia constitucional gradualmente en términos que, sin embargo, provocaron un terremoto en el Derecho positivo, registrado en la bibliografía (por ejemplo, TAJADURA TEJADA, 2000, o TEJEDOR BIELSA, 2000).

Aunque la jurisprudencia había negado desde el principio que la cláusula de supletoriedad pudiera ser interpretada como «una **cláusula universal atributiva de competencias** sobre cualesquiera materias a favor del Estado» (STC *defensa general de los consumidores*, 15/1989, de 26 de enero, FJ 1, párrs. 5 y 6), sus fallos no declaraban la nulidad de las leyes de Cortes Generales incursas en incompetencia, sino su simple aplicación supletoria. La razón era clara: durante los primeros años de andadura del Estado de las autonomías, las instituciones generales del Estado mantenían competencia sobre todas las materias, en la medida en que numerosas Comunidades Autónomas no habían agotado la asunción de competencias (desde luego, todas las Comunidades de autonomía gradual, ceñidas a los límites previstos por los arts. 143 y 148 CE, se encontraban en ese caso). Sin embargo, la situación cambió con la segunda generación de Estatutos de autonomía, alumbrados tras los pactos de 1992: desde entonces, el Estado central quedó en gran medida reducido a ejercer las competencias reservadas para él por la Constitución, en particular por su art. 149.

A esta modificación del marco constitucional (modulado estatutariamente por remisión del Título VIII) se sumó una reflexión más profunda sobre el principio de subsidiariedad entre ordenamientos jurídicos. La Sentencia

pesca de cerco (STC 147/1991, de 4 de julio) indicó que **la premisa de la heterogeneidad competencial era esencial para sustentar una competencia universal del Estado central; y subrayó, además, que el desarrollo del Estado de las autonomías la estaba erosionando**, pues ya existían numerosas materias deferidas por todos los Estatutos de autonomía a la competencia exclusiva de todas y cada una de las Comunidades Autónomas. Lo cual impedía al Estado dictar disposiciones en dichas materias, «puesto que la asunción de competencias exclusivas confiere a las Comunidades Autónomas no solo el poder oponerse a que las normas del Estado incidan en esas materias sometidas a su competencia exclusiva con alcance de aplicación directa, sino que también atribuyen a las Comunidades decidir si tales materias deben ser sometidas, por su parte, a reglamentación específica y en qué momento debe hacerse» (FJ 7, párr. 6).

En esta sentencia se declaran varias premisas fundamentales: **la supletoriedad del Derecho estatal ha de ser inferida por el aplicador del Derecho autonómico, mediante el uso de las reglas de interpretación pertinentes; esa herramienta de interpretación debe ser utilizada por imperativo del último inciso del art. 149.3 CE**, sin que sea preciso que el legislador estatal lo reitere; **el Estado no puede dictar normas con eficacia meramente supletoria, en materias sobre las cuales carece de todo título competencial**; el legislador estatal no puede apoyarse en la regla de la supletoriedad para dictar tales normas, por no constituir una cláusula universal atributiva de competencias. Estas afirmaciones llevaron a la Sentencia *pesca de cerco* (STC 147/1991, FJ 7.7) a mantener, como corolario, una tesis nunca antes expresada con tanta claridad: «Lo expuesto conduce, en principio, a considerar viciadas de incompetencia y, por ello, nulas las normas que el Estado dicte con el único propósito de crear derecho supletorio del de las Comunidades Autónomas en materias que sean de la exclusiva competencia de estas, lo cual no es

constitucionalmente legítimo cuando todos los Estatutos de Autonomía atribuyen a las Comunidades la competencia como exclusiva y en un mismo grado de homogeneidad».

El mismo Pleno del Tribunal dictó ese mismo día **otra sentencia que, por primera vez, declaró nula una norma estatal por incompetencia**. Se trata de la Sentencia *costas I* (STC 149/1991, de 4 de julio), que declaró nulos diversos preceptos de la Ley de costas de 1988 por invadir las competencias de las Comunidades Autónomas recurrentes. La explicación sería apuntada poco después, en la Sentencia *costas II* (STC 198/1991, de 17 de octubre, FJ 9), que también declaró que diversos preceptos estatales, esta vez del Reglamento general de costas, «invaden las competencias de las Comunidades Autónomas y son nulos de pleno derecho». En ambas sentencias, el Tribunal examinó de oficio los Estatutos de autonomía de todas las Comunidades costeras, tanto las que habían impugnado la legislación estatal como las que no, y concluyó: «No tiene sentido declarar la inaplicabilidad de los preceptos del Reglamento de Costas que hemos juzgado incompatibles con el orden constitucional de competencias, a la vista de la unanimidad y el contenido de los Estatutos de Autonomía en esta materia, y dado que aquellos son mera reproducción o desarrollo, con rango reglamentario, de preceptos legales declarados nulos en la STC 149/1991, o bien incorporan una interpretación de la Ley de Costas inconciliable con la que fue mantenida en dicha Sentencia constitucional».

Cualquier duda que pudiera albergarse a este respecto quedó definitivamente despejada por las Sentencias *ordenación de los transportes terrestres* (STC 118/1996, de 27 de junio) y *suelo* (STC 61/1997, de 20 de marzo), que anularon por incompetencia numerosas disposiciones de Leyes de Cortes Generales. La primera afirmó que «para que el Estado pueda dictar normas jurídicas que regulen una materia determinada, no basta con que ostente un título que le atribuya cualesquiera competencias en esa materia, sino que debe poder invo-

car aquel título específico que le habilite en concreto para establecer la reglamentación de que se trate, sin que, como correctamente se afirmaba en la STC 147/1991, [...] pueda invocar como tal la cláusula de supletoriedad». De donde extrajo, dando un paso lógico nuevo, que **en las materias en las que el Estado central ostenta competencias compartidas (en particular la legislación básica) no puede «producir normas jurídicas meramente supletorias**, pues tales normas, al invocar el amparo de una cláusula como la de supletoriedad que, por no ser título competencial, no puede dársele, constituyen una vulneración del orden constitucional de competencias». El Estado central debe atenerse al «tenor de los títulos» que le atribuyen competencia, normalmente el ap. 1 del art. 149 CE (STC 118/1996, FJ 6). En la lectura de estas sentencias, criticada con energía por sendos votos particulares, la declaración por el legislador estatal de que un precepto es supletoria equivale a decir que se apoya, no en competencias del Estado, sino en la cláusula de supletoriedad, por lo que son nulos.

Esta doctrina, ampliamente discutida en la doctrina universitaria, no resuelve las numerosas dudas que suscita cualquier reflexión en profundidad sobre la cláusula constitucional de supletoriedad. Pero sí sienta sus cimientos:

«La cláusula de supletoriedad es [...] una previsión constitucional emanada de la [Constitución española] que se dirige al aplicador del Derecho, indicándole el modo en que deben colmarse las lagunas del ordenamiento autonómico, cuando las haya. A tenor de la misma, una vez que el aplicador del Derecho, utilizando los medios usuales de interpretación, haya identificado una laguna en el ordenamiento autonómico, deberá colmarla acudiendo a las normas pertinentes, dictadas por el Estado en el ejercicio de las competencias que la Constitución le atribuye» (STC *ordenación de los transportes terrestres*, 118/1996, de 27 de junio, FJ 6).

Las consecuencias de esta doctrina constitucional son numerosas. Entre otras, que las vulneraciones del orden constitucional de competencias, por parte de las Cortes Generales o de cualquier otro legislador estatal, son sancionables con la nulidad de la norma, siempre que hayan sido dictadas en una materia en la que todas las Comunidades Autónomas ostentan competencia exclusiva. También, en una pérdida de poder de las Cortes Generales (y, a su sombra, del Gobierno de la Nación), que se traduce en una ganancia de poder de los Parlamentos autonómicos (y de sus respectivos Consejos de gobierno). Un ejemplo elocuente lo ofrece la materia urbanística: en respuesta a la anulación de gran parte del texto refundido de la Ley general o estatal del suelo de 1992 (por parte de la STC *suelo*, 61/1997, citada), legislaron las Asambleas de numerosas Comunidades que hasta entonces no lo habían hecho. Esta actividad legislatora ha sido anotada como muestra de las desgraciadas e indeseables consecuencias de la «nueva» doctrina constitucional, pues muchas Comunidades Autónomas se limitaron, en un primer momento al menos, a hacer suyo el texto anulado por la sentencia. Sin embargo, no resulta fácil de valorar como un fracaso que sean las Comunidades Autónomas las que legislen en una materia de su competencia, como es el urbanismo. Y que existan Comunidades Autónomas que parecen preferir, por su inactividad, que rija el texto refundido de 1976 con sus modificaciones posteriores, en vez del texto de 1992 u otros posteriores aprobados por las Cortes Generales, podrá ser censurable o no, pero desde criterios urbanísticos; no desde criterios competenciales. Son los residentes en esas Autonomías quienes, como votantes, tienen que expresar su voluntad acerca del Derecho urbanístico que prefieren, dentro del respeto a la legislación estatal dictada por las instituciones generales del Estado dentro de su propio marco de competencias.

Aunque no todo son pérdidas de poder por el lado de las Cortes Generales. Pues ahora queda claro que sus leyes deben ser cumplidas: toda la ley, sin excepciones, sin gradaciones

de vigencia plena o supletoria. Solo es supletorio el Derecho estatal válido. Y es supletorio todo el Derecho estatal: es indiferente que el Estado central, al dictar sus normas en una materia, haya ejercido competencias exclusivas, competencias legislativas plenas o competencias legislativas básicas.

Donde sí se ha producido una limitación significativa a la potestad legislativa de **las instituciones generales del Estado** ha sido al precisar la Sentencia *suelo* [STC 61/1997, FJ 12.d) y punto 3 del fallo] que estas **carecen de potestad para derogar aquellas leyes, u otras disposiciones generales, que regulan materias sobre las que han dejado de ostentar competencia**, por haber sido asumida por todas las Comunidades Autónomas con carácter exclusivo. Esta es una consecuencia lógica de la tesis mantenida por el Tribunal sobre el inexistente alcance competencial de la cláusula de supletoriedad: si esta «no es una fuente atributiva, en positivo, de competencias estatales, ni aun con carácter supletorio, tampoco puede serlo en negativo». Este extremo parece contradecir la previa doctrina constitucional, plasmada en la Sentencia *aguas* (STC 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 30) y reafirmada expresamente en la propia Sentencia *pesca de cerco* (STC 147/1991, FJ 7, párr. 2), y conduce a que algunas leyes estatales (desde luego, el texto refundido de la Ley del suelo de 1976) no puedan ser derogadas expresamente en su totalidad y, por ende, a la necesidad de abrir una reflexión sobre la existencia en nuestro Derecho de leyes perpetuas (JIMÉNEZ CAMPO, 1997, nota 39).

En la actualidad, por consiguiente, la regla de la supletoriedad del Derecho estatal sigue ofreciendo numerosas incógnitas en cuanto a sus efectos prácticos. Sin embargo, está claro que **ofrece un fundamento constitucional inmediato a que el Código Civil siga desplegando eficacia supletoria** en aquellos territorios sometidos a un Derecho foral o especial propio. Y, en el ámbito del Derecho público, sometido al principio de legalidad y no al principio de autonomía de la voluntad, el

cuarto inciso del art. 149.3 CE desvanece posibles problemas de interpretación: **en ausencia de ley autonómica expresa, resulta evidente la posibilidad de aplicar una norma estatal, incluso en materias sometidas a la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma («en todo caso»)**. Aplicación que, en un esquema clásico de tajante separación de competencias, resultaría sencillamente impensable.

Que se emplee o no con frecuencia es una cuestión distinta. **La figura de la supletoriedad consiste, precisamente, en ser una previsión hipotética:** si en el curso de la vida jurídica se descubre que en un Derecho autonómico existen lagunas (es decir, la ausencia de legislación específica para resolver jurídicamente el problema planteado), entrará en juego el Derecho estatal. Que la hipótesis se produzca dependerá, por tanto, de si los Derechos autonómicos tienen realmente, o no, lagunas; pero, en cualquier caso, el número de veces que sea utilizada la regla constitucional resulta irrelevante para entender su significado y calibrar sus efectos, tareas que se encuentran, treinta años después, abiertas.

4. La pluralidad de ordenamientos: coda final

La instauración de diecisiete nuevos legisladores, todos ellos autónomos frente a las instituciones generales del Estado y respecto a los restantes, ha provocado varios fenómenos que ahora, cuarenta años después de la Constitución, deberían llevar a la reflexión. Dos revisten especial importancia:

El primero consiste en que, junto al *Boletín Oficial del Estado*, existen 17 diarios oficiales de las Comunidades Autónomas (pueden verse en el cómodo listado de enlaces que ofrece el BOE: http://www.boe.es/legislacion/enlaces/boletines_autonomicos.php). Esta obviedad encubre consecuencias jurídicas diversas, que no deberían ser subestimadas. Una fue solventada por la jurisprudencia constitu-

cional, al dejar claro que para las normas autonómicas la publicación en el BOE «es meramente instrumental... siendo la publicación en su diario oficial la que marca el punto de partida de todos los efectos jurídicos de la norma legal» (como resume la STC *bienes destinados al culto*, 207/2013, de 5 de diciembre, FJ 1, que cita la STC 148/1991, de 4 de julio, FJ 2, y los capitales AATC 579/1989, de 28 de noviembre, FJ único; 620/1989, de 19 de diciembre, FJ 3; y 168/1994, de 10 de mayo, FJ único). Lo cual no evita que **esa doble publicación de las leyes y otras disposiciones autonómicas, o su omisión en alguno de los distintos periódicos oficiales, suscite dudas** que nos retrotraen al siglo XIX, cuando la coexistencia de la *Gaceta de Madrid* con los boletines oficiales de las provincias, así como con los publicados por algunos ministerios y la colección legislativa del Ministerio de Justicia, dieron lugar a un elevado grado de incertidumbre sobre el derecho realmente aprobado y sobre la fecha de entrada en vigor de sus distintas disposiciones (LORENTE, 2001).

Esas dudas decimonónicas también atañían al Derecho vigente en un momento dado: pues, hasta la aprobación del Código Civil, en 1889, se mantuvo en la práctica jurídica el sistema de fuentes del Antiguo Régimen: una acumulación histórica de normas, desde el Fuero Juzgo y el Derecho de los romanos hasta las últimas disposiciones del Rey entonces en el trono, que nunca eran derogadas sino que se ordenaban en función del orden de prelación de fuentes tradicional (DÍEZ-PICAZO, 1990; LORENTE, 2001). Una situación similar viene ahora a producirse como consecuencia del Estado de las autonomías: como hemos visto, las disposiciones de las distintas Comunidades Autónomas no pueden derogar las normas generales del Estado, lo mismo que las instituciones estatales tampoco pueden derogar las normas de los 17 ordenamientos autonómicos. **Los criterios de prevalencia y de supletoriedad se configuran como los elementos de un renacido orden de prelación de fuentes** que obliga a precisar

en cada caso las normas que rigen una determinada relación, situación o controversia jurídica sin emitir juicios tajantes de nulidad o derogación, pues los criterios de jerarquía y acto contrario no resultan operativos, salvo casos extremos, en la estructura autonómica del Estado. Si a esta realidad añadimos la procedente del Derecho de la Unión Europea (con sus propios principios de vigencia inmediata, efecto directo y primacía), es fácil percibir **la necesidad de repensar el ordenamiento realmente vigente en España y sus principios estructurales.**

Finalmente, parece necesario **reflexionar sobre la posibilidad de simplificar el sistema de reparto de competencias.** El diseño original del Título VIII de la Constitución, en el que el art. 149.3 juega un papel primordial, tenía sentido en el momento en que fue adoptado: estaban abiertas todas las incógnitas, en especial sobre si se generalizaría a todos los territorios el sistema de autonomías y si todas asumirían potestades legislativas o no. Cuarenta años después, **el Estado de las autonomías ha adquirido una consistencia que hace inútil mantener el principio dispositivo** que, como observó el Consejo de Estado en su luminoso informe de 2006, ahora solo provoca inconvenientes. Quizá haya llegado ya el momento de acometer la reforma constitucional en este punto (BORRAJO INIESTA, 2016). Recientemente, un grupo de estudios ha publicado una propuesta (FUNDACIÓN FIDE, 2018), que conduciría a que el precepto objeto de comentario quedara redactado así: «Las materias no atribuidas expresamente al Estado

por esta Constitución corresponderán a las Comunidades Autónomas. Las normas del Estado prevalecerán... (*igual*)».

El mejor homenaje que se puede hacer a la Constitución de 1978 es tomársela en serio como carta de convivencia y, por ende, reformar de cuando en cuando aquellos aspectos que la experiencia muestra que provocan disfunciones en el sistema. **La Constitución de 1876** sigue siendo, todavía hoy, la más longeva de la historia española. Ella también fue alumbrada con grandes esperanzas mediante un amplio consenso político y social; y, en efecto, **resolvió los problemas del siglo XIX**, erradicando las guerras civiles, las algaradas callejeras y los pronunciamientos militares. Desgraciadamente, el texto de 1876 **no fue capaz de resolver los problemas del siglo XX**: conflictos nuevos (las cuestiones social, regional y religiosa) producto de la sociedad desarrollada al calor de la paz constitucional. **España no fue capaz de reformar la Constitución de 1876**, a pesar de los debates e intenciones expresados en este sentido en los albores del siglo XX. La Constitución quedó vieja, lo que condujo a su descrédito y a que los intentos de ofrecer soluciones fueran llevados a cabo prescindiendo de sus preceptos y, por ende, rompiendo el consenso constitucional: dictadura militar en 1923, monarquía renovada en 1930, república en 1931, guerra incivil en 1936-1939 y un largo régimen autoritario nacional-católico hasta 1975. La transición a la democracia se construyó sobre esta experiencia. **Sería triste que la Constitución de 1978 siguiera la trágica suerte de la Constitución de 1876.**

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO MAS, M. J., «De nuevo sobre la prevalencia del derecho estatal y la inaplicación judicial del derecho autonómico», *Revista de Administración Pública*, núm. 203, 2017, págs. 235-265.

ARCE JANÁRIZ, A., *Comunidades autónomas y conflictos de leyes*, Civitas, Madrid, 1988.

BALAGUER CALLEJÓN, J., *Fuentes del Derecho*, 2 vols., Tecnos, Madrid, 1991 y 1992.

BALZA AGUILERA, J. y DE PABLO CONTRERAS, P., «El Derecho estatal como supletorio del Derecho propio de las Comunidades Autónomas», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 55, 1987, págs. 381-436.

BORRAJO INIESTA, I., «La supletoriedad del Derecho estatal», en VV. AA., *La supletoriedad del derecho estatal*, CEPC, Madrid, 1999, págs. 11-83.

- «La urdimbre política del Estado de las autonomías», en Baño León, J. M. (Coord.), *Memorial para la reforma del Estado: Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016, págs. 855-877.

COSCULLUELA MONTANER, L., «La determinación constitucional de las competencias de las comunidades autónomas», *Revista de Administración Pública*, núm. 89, 1979, págs. 7-59.

CRUZ VILLALÓN, P., *La curiosidad del jurista persa y otros estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1999 (2.ª ed., 2007).

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M., *La derogación de las leyes*, Civitas, Madrid, 1990.

FERNÁNDEZ FARRERES, G., *La contribución del Tribunal Constitucional al Estado autonómico*, Iustel, Madrid, 2005.

- *¿Hacia una nueva doctrina constitucional del Estado Autonómico?*, Civitas, Madrid, 2008.
- «¿Puede el juez inaplicar la ley autonómica por razón de la prevalencia del Derecho estatal? Estado actual de la cuestión», *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 186, 2017, págs. 47-82.

FUNDACIÓN FIDE, *Reflexiones para una reforma constitucional: la reforma de la organización territorial del Estado*, 2018, disponible en www.fidefundacion.es.

GARCÍA DE ENTERRÍA Y MARTÍNEZ CARANDE, E., *Estudios sobre autonomías territoriales*, Civitas, Madrid, 1985.

- (Coord.), *La distribución de las competencias económicas entre el poder central y las autonomías territoriales en el Derecho comparado y en la Constitución española*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1980.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo I*, 16.ª ed., Civitas, Madrid, 2013.

JIMÉNEZ CAMPO, J., «Qué hacer con la ley inconstitucional», en VV. AA., *La sentencia sobre la constitucionalidad de la Ley*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

LASAGABASTER HERRARTE, I., *Los principios de supletoriedad y prevalencia del Derecho estatal respecto al Derecho autonómico*, Civitas, Madrid, 1991.

LORENTE SARIÑENA, M., *La voz del Estado: la publicación de las normas (1810-1889)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.

MUÑOZ MACHADO, S., «La interpretación estatutaria del sistema constitucional de la distribución de competencias», *Revista de Derecho Político UNED*, núm. 5, 1980/1981, págs. 61-76.

— *Derecho público de las Comunidades Autónomas*, 2 vols., Civitas, Madrid, 1982 y 1984 (2.^a ed., Iustel, 2007).

OTTO Y PARDO, I. DE, «La prevalencia del Derecho estatal sobre el Derecho regional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 2, 1981, págs. 57-92.

— *Estudios sobre Derecho estatal y autonómico*, Civitas, Madrid, 1986.

— *Derecho constitucional: sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987.

PADRÓS REIG, C. y GONZÁLEZ BARRAL, J. C., «El reciente resurgir de la cláusula constitucional de prevalencia del Derecho estatal», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 25, 2017.

PAREJO ALFONSO, L., *La prevalencia del derecho estatal sobre el regional: el artículo 149.3 de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981.

QUADRA-SALCEDO JANINI, T. DE LA, «La reanimación de la prevalencia: ¿una grieta abierta en nuestro modelo centralizado de justicia constitucional?», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 111, 2017, págs. 307-340.

RAZQUIN LIZARRAGA, J. A., «El Tribunal Constitucional cambia su doctrina sobre la cláusula de prevalencia: posible inaplicación judicial de la ley autonómica en caso de colisión sobrevenida con la legislación básica estatal posterior. A propósito de las SSTC 102 y 204/2016», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, 2017, págs. 109-121.

SETUÁIN MENDÍA, B., «El ámbito de operatividad del principio de prevalencia: algunas certezas, riesgos inevitables y muchas dudas (A propósito de la doctrina derivada de la serie jurisprudencial iniciada por la STC 102/2016, de 25 de mayo)», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 47, 2018.

TAJADURA TEJADA, J., *La cláusula de supletoriedad del derecho estatal respecto del derecho autonómico*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2000.

TEJEDOR BIELSA, J. C., *La garantía constitucional de la unidad de ordenamiento en el Estado autonómico: competencia, prevalencia y supletoriedad*, Civitas, Madrid, 2000.

VANDELLI, L., *El ordenamiento español de las comunidades autónomas*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1982.

VIVER I PI-SUNYER, C., *Materias competenciales y Tribunal Constitucional*. Ariel, Barcelona, 1989.

Artículo 150

1. *Las Cortes Generales, en materias de competencia estatal, podrán atribuir a todas o a alguna de las Comunidades Autónomas la facultad de dictar, para sí mismas, normas legislativas en el marco de los principios, bases y directrices fijados por una ley estatal. Sin perjuicio de la competencia de los Tribunales, en cada ley marco se establecerá la modalidad del control de las Cortes Generales sobre estas normas legislativas de las Comunidades Autónomas.*

2. *El Estado podrá transferir o delegar en las Comunidades Autónomas, mediante ley orgánica, facultades correspondientes a materia de titularidad estatal que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación. La ley preverá en cada caso la correspondiente transferencia de medios financieros, así como las formas de control que se reserve el Estado.*

3. *El Estado podrá dictar leyes que establezcan los principios necesarios para armonizar las disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas, aun en el caso de materias atribuidas a la competencia de estas, cuando así lo exija el interés general. Corresponde a las Cortes Generales, por mayoría absoluta de cada Cámara, la apreciación de esta necesidad.*

LEY MARCO. LEYES ORGÁNICAS DE TRANSFERENCIA Y DELEGACIÓN. LEYES DE ARMONIZACIÓN

Sumario: I. La distinta utilización de las leyes de alteración extraestatutaria del reparto competencial. II. Las leyes orgánicas de transferencia y delegación. 1. Configuración constitucional. 2. Práctica política. 3. Perspectivas de futuro de las leyes orgánicas de transferencia y delegación. III. La ley marco. 1. Configuración constitucional. 2. Su referencia en la cesión de tributos estatales a las CC. AA. IV. Las leyes de armonización.

JOSÉ ANTONIO MONTILLA MARTOS
CATEDRÁTICO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
UNIVERSIDAD DE GRANADA

I. LA DISTINTA UTILIZACIÓN DE LAS LEYES DE ALTERACIÓN EXTRAESTADUTARIA DEL REPARTO COMPETENCIAL

Es conocido que nuestro modelo de distribución territorial de competencias está regido por la Constitución y los Estatutos de Autonomía, que configuran la denominada Constitución territorial. La Constitución, en su Título VIII, establece las materias de competencia exclusiva del Estado (art. 149.1 CE) y, a partir de esa reserva, los distintos Estatutos podrán incorporar al espacio competencial autonómico las restantes materias competenciales (art. 147.2 CE), con un límite temporal hace tiempo superado (art. 148.2 CE). Las facultades competenciales no asumidas por la Comunidad Autónoma en su Estatuto serán competencia residual del Estado (art. 149.3 CE).

En cualquier caso, este modelo de reparto competencial, sustentado en la asunción estatutaria de competencias en el marco del art. 149.1 CE, presenta algunos matices derivados del propio texto constitucional. Por un lado, se alude puntualmente a distintas leyes estatales que, en relación a materias concretas, delimitan el ejercicio competencial (arts. 149.1.29.^a, 148.1.22.^a, 148.1.2.^a, 122.1, 135.5, 157.3 CE). Por otro, con un alcance general, **el art. 150 CE prevé diversos cauces para aprobar leyes que alteran el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, al menos en cuanto a su ejercicio.** En este caso no son normas delimitadoras de las competencias sino atributivas (arts. 150.1 y 150.2 CE) o restrictivas (art. 150.3 CE) del ejercicio competencial autonómico. La STC 76/1983 diferenció entre la «delimitación positiva de las competencias autonómicas» que cumplen algunas leyes a las que remiten la Constitución, e incluso los Estatutos, y la atributiva que corresponde a los Estatutos y también a las leyes previstas en el art. 150 CE. En este supuesto, el que aquí nos ocupa, estamos ante una «atribución general prevista en la Constitución».

La importancia de las leyes del art. 150 CE en el reparto competencial ha sido expresamen-

te destacada por el Tribunal cuando indica que «la distribución de competencias se concreta por el juego combinado de la Constitución, los Estatutos de Autonomía y, residualmente, por las leyes orgánicas a que se refiere el art. 150 CE» (STC 15/1989, FJ 11). Por tanto, la utilización de esta técnica constitucional modifica el sistema de distribución competencial aunque de forma «extraordinaria, excepcional o residual» (STC 15/1989, FJ 11).

Como se ha advertido, esa alteración del reparto competencial se prevé en los dos sentidos: para ampliar el ejercicio competencial autonómico a través de la atribución de facultades competenciales de titularidad estatal a las Comunidades Autónomas (arts. 150.1 y 150.2 CE) y para limitarlo mediante la armonización de las disposiciones normativas autonómicas, cuando lo exija el interés general (art. 150.3 CE). En cualquier caso, es importante destacar desde esta introducción que no se altera la titularidad competencial sino el ejercicio de las facultades competenciales.

En cualquier caso, analizado este artículo con la perspectiva histórica de cuarenta años de desarrollo constitucional puede comprobarse que **la aplicación de los diversos párrafos ha sido dispar.** El art. 150.3 CE, que prevé las leyes de armonización, no ha sido utilizado nunca y el art. 150.1 CE, referido a las leyes marco, solo ha sido mencionado, sin más consecuencias, en las leyes de cesión de tributos estatales a las Comunidades Autónomas. Por el contrario, el art. 150.2 CE ha tenido gran relevancia en la evolución del Estado autonómico. Por ello, nos centraremos especialmente en el art. 150.2 CE, sin perjuicio de hacer una somera referencia final a los otros dos párrafos del art. 150 CE.

II. LAS LEYES ORGÁNICAS DE TRANSFERENCIA Y DELEGACIÓN

Señala el art. 150.2 CE que «el Estado podrá transferir o delegar en las Comunidades Autónomas, mediante ley orgánica, facultades co-

rrespondientes a materias de titularidad estatal que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación. La ley preverá en cada caso la correspondiente transferencia de medios financieros así como las formas de control que se reserve el Estado». En torno a este cauce de alteración extraestatutaria del reparto competencial mencionaremos tanto su configuración constitucional como el uso que el legislador orgánico ha hecho, por su incidencia en la evolución del Estado autonómico.

1. Configuración constitucional

Hemos apuntado ya la importancia que la Constitución, a través de su intérprete supremo, ha atribuido a los cauces de atribución extraestatutaria de facultades competenciales del Estado a las Comunidades Autónomas. Corresponde ahora mostrar sus rasgos definitorios:

A) En primer lugar, la propia Constitución indica de forma expresa que la transferencia o delegación a las Comunidades Autónomas de facultades competenciales de titularidad estatal se hará a través de una ley orgánica. **Resulta necesario distinguir esta ley orgánica de las que aprueban o reforman los Estatutos de Autonomía.** Se asemejan ambas fuentes en que forman parte del bloque de la constitucionalidad, pero se diferencian de forma nítida por el carácter bilateral de la ley orgánica estatutaria frente a la unilateralidad de la ley orgánica de atribución competencial. La bilateralidad de la fuente estatutaria procede de la concurrencia, desigual, según los distintos procedimientos, pero necesaria de la «doble voluntad» estatal y territorial (STC 56/1990). La iniciativa de la voluntad territorial para la aprobación o la reforma del Estatuto se complementa con su aprobación posterior por las Cortes Generales, esto es, con la intervención de la voluntad general del Estado. Frente a la bilateralidad estatutaria, la ley orgánica del art. 150.2 CE se caracteriza por su naturaleza unilateral. Las facultades

competenciales se transfieren o delegan libremente por el Estado a las Comunidades Autónomas a través de una ley orgánica, a la que la Constitución no reconoce peculiaridad alguna ni en su elaboración ni en su modificación. De forma gráfica ha señalado el Tribunal que «la transferencia y la delegación caen en el ámbito de la heteroorganización», frente al Estatuto de Autonomía, «paradigma de los instrumentos jurídicos de autoorganización» (STC 56/1990, FJ 5).

B) La distinción entre ley orgánica estatutaria y ley orgánica de transferencia y delegación tiene una trascendente consecuencia ulterior: significa que **no pueden intercambiarse ambas fuentes.** A través de una reforma estatutaria no puede efectuarse una transferencia o delegación de competencias de titularidad estatal a las Comunidades Autónomas, alegando que en ambos casos nos hallamos ante leyes orgánicas pues, como se ha dicho, son fuentes de distinta naturaleza: bilateral, una; unilateral, la otra. Lo ha señalado el Tribunal en la citada STC 56/1990: «los Estatutos de Autonomía, pese a su forma de ley orgánica, no son instrumentos ni útiles ni constitucionalmente correctos, por su naturaleza y modo de adopción, para realizar las transferencias o delegaciones de facultades de una materia de titularidad estatal permitidas por el art. 150.2 CE (...). Utilizar, pues, el Estatuto como instrumento de transferencia o delegación implicaría dar rigidez a una decisión estatal en una manera no deseada por el constituyente y que choca con la mayor flexibilidad de los instrumentos del art. 150.2 CE. Por otra parte este último precepto implica una decisión formalmente unilateral por parte del Estado, susceptible de renuncia y de introducción de instrumentos de control; el Estatuto en cambio supone una doble voluntad y una falta de disposición estatal a la hora de derogar la transferencia o delegación o de introducir esos instrumentos de control». Aparecen nítidamente los rasgos definitorios de las leyes del art. 150.2, bien diferenciadas de las estatutarias: ley orgánica sin peculiaridades procedimentales; ins-

trumento flexible a disposición del Estado; posibilidad de derogación unilateral y establecimiento de controles sobre el ejercicio de las facultades competenciales atribuidas.

En el marco de los procesos de reformas estatutarias que dieron lugar a los Estatutos de segunda generación, en concreto en la reforma de los Estatutos de Cataluña (LO 2/2006) y Andalucía (LO 2/2007) se planteó la cuestión del uso de la reforma estatutaria para atribuir facultades competenciales de titularidad estatal a las Comunidades Autónomas. En ambos casos, la propuesta aprobada por el parlamento autonómico incluía diversas materias de titularidad estatal cuya asunción efectiva se llevaría a cabo al amparo del art. 150.2 CE. Sin embargo, esas previsiones desaparecieron durante la tramitación de las reformas estatutarias en las Cortes Generales, manteniéndose únicamente la referencia genérica a la posibilidad de requerir a las instituciones generales del Estado una actuación normativa con este objeto.

C) A partir de la naturaleza unilateral de las leyes orgánicas del art. 150.2 CE puede comprenderse la limitada participación autonómica en su elaboración. Se limita a la posibilidad de solicitar la transferencia o delegación. En este sentido, los distintos Estatutos de Autonomía han apuntado la posibilidad de requerir a las instituciones generales del Estado una actuación normativa con este objeto. Pero, en puridad, nada aportan a lo indicado en la Constitución. Reiteran y especifican una opción prevista en el art. 87.2 CE cuando utiliza la expresión «podrán solicitar» para referirse al fenómeno: que las Asambleas autonómicas soliciten a los órganos estatales la adopción de un determinado texto presentado por aquellas. En esta actuación se agota la capacidad de intervención de la voluntad territorial en la formación de esta ley orgánica del art. 150.2 CE. Una vez formulada, queda sometida a la voluntad de los órganos estatales: **los órganos autonómicos postulan y los estatales, las Cortes Generales, deciden** si transfieren o delegan determinadas fa-

cultades competenciales de titularidad estatal. Las Cortes Generales no están obligadas a tomar en consideración la propuesta autonómica ni el Gobierno a aceptar la solicitud, por mencionar los dos cauces previstos en el 87.2 CE. Lo hemos comprobado con la presentación por parte del Parlamento de Cataluña de una proposición de Ley Orgánica de delegación en la Generalitat de Cataluña de la competencia para autorizar, convocar y celebrar un referéndum sobre el futuro político de Cataluña (BOCG, de 24 de enero de 2014, núm. 158-1). Más allá de las limitaciones jurídico-constitucionales, a lo que nos referimos después, la propuesta fue defendida por tres parlamentarios autonómicos y el Pleno del Congreso rechazó su toma en consideración sin que la Asamblea autonómica proponente tuviera posibilidad de reacción alguna frente a esta decisión política del Congreso (BOCG, de 11 de abril de 2014, núm. 158-2).

D) Estamos, por tanto, ante una ley orgánica con una función constitucional concreta: la transferencia o delegación en las Comunidades Autónomas de facultades correspondientes a materias de titularidad estatal. Se atribuyen facultades concretas, aunque la suma de estas facultades puede suponer el traslado de la competencia. Esas facultades atribuidas deben ser de titularidad estatal, bien por no haber sido asumidas por las Comunidades en sus Estatutos de Autonomía (art. 149.3 CE), en cuyo caso no hay límite constitucional a la atribución; bien porque el art. 149.1 CE reconoce esa titularidad al Estado, supuesto al que resulta aplicable el límite de «su propia naturaleza» al que luego haremos referencia. **La atribución puede hacerse a todas las Comunidades o a algunas de ellas, y se refiere tanto a facultades legislativas como ejecutivas pues la Constitución no establece ningún límite.** Finalmente, la ley orgánica del art. 150.2 CE no puede tener otro contenido adicional a la atribución de facultades competenciales de titularidad estatal a las Comunidades Autónomas, de forma que no tienen la condición de orgánicos los contenidos de una ley del art. 150.2 CE que no trans-

fieran facultad alguna o se refieran a los otros elementos indicados en ese precepto (STC 124/2003).

E) En cuanto al objeto de la transferencia o delegación, son **facultados correspondientes a materias de titularidad estatal que «por su propia naturaleza» sean susceptibles de ello**. Las referencias jurisprudenciales al objeto de la transferencia o delegación son escuetas, y no excesivamente clarificadoras. En la STC 17/1990, al resolver un recurso de inconstitucionalidad presentado contra una ley autonómica canaria promulgada en ejercicio de las facultades legislativas atribuidas por una ley orgánica de transferencia, indica el Tribunal que «esta materia no correspondía al Estado sino en virtud de la cláusula residual de atribución de competencias del art. 149.3 CE», por lo que «el Estado ha transferido a la Comunidad Autónoma de Canarias, mediante la correspondiente ley orgánica, una competencia que, siendo de titularidad estatal, ninguna duda plantea en su efectiva transferencia, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 150.2 CE». Puede argumentarse que cuando indica «queda totalmente a salvo la competencia que, en este materia, los diferentes apartados del art. 149.1 CE han reservado al Estado» está impidiendo la atribución de facultades englobadas en ese precepto o, dicho a la inversa, limita la posibilidad de atribución a las materias de titularidad estatal en virtud de la cláusula residual del art. 149.3 CE. Sin embargo, esto no es así. Resulta evidente que se pueden atribuir facultades de titularidad exclusiva del Estado por esta vía, pues esa es, precisamente, su razón de ser. El sentido de la mención a las competencias residuales que hace la STC 17/1990 es, por tanto, distinto. Los recurrentes alegan que la transferencia de todas las facultades sobre una materia (transferencia en bloque) vulnera el límite impuesto por el art. 150.2 CE, que restringe la habilitación a determinados facultades susceptibles de ello por su propia naturaleza. El Tribunal responde a esta alegación aduciendo el carácter residual de estas materias, que conlleva la inaplicación del lí-

mite constitucional. Dicho en otros términos, el Tribunal Constitucional no impide la transferencia de facultades, sino que únicamente destaca la posibilidad de atribuir las globalmente en las materias no incluidas en la competencia exclusiva del Estado, pues respecto a ellas no actúa el límite de «su propia naturaleza». Sin embargo, la cuestión dudosa se mantiene: ¿cuál es el límite a la atribución en las facultades competenciales de titularidad estatal en virtud del art. 149.1 CE? A mi juicio, no resulta posible una respuesta apriorística, que prevea todos los supuestos. Habrá que analizar en cada caso el supuesto de hecho y la situación producida por la atribución. El límite tiene un sentido material. Por ello, al no existir un listado de facultades no atribuibles ni un procedimiento para determinarlo, la única forma de acotarlo es enjuiciar si con esa atribución se pueden contradecir otros contenidos constitucionales pues, en ese caso, la propia naturaleza de esa facultad competencial constitucionalmente configurada impide su atribución. Antes nos hemos referido a la propuesta de delegar a Cataluña la competencia para autorizar, convocar y celebrar un referéndum. Hemos comprobado que el Congreso había rechazado su toma en consideración. Ahora destacamos que, desde una perspectiva jurídico-constitucional, estamos ante un ejemplo de facultad competencial indelegable «por su propia naturaleza» en cuanto su atribución supondría contradecir tanto el principio de unidad (art. 2 CE) como el de soberanía nacional (art. 1.2). En el primer sentido, la Resolución del Parlamento de Cataluña que da origen a esta iniciativa legislativa considera que la facultad competencial del Estado del art. 149.1.32.^a CE es delegable en cuanto se trata de un referéndum consultivo y de ámbito territorial autonómico. Sin embargo, del Preámbulo de la proposición de ley y de las intervenciones de los parlamentarios autonómicos en el Congreso resulta claro que se solicita la atribución de la competencia para convocar un referéndum sobre la independencia de Cataluña. Resulta evidente, por tanto, la incidencia en la estructura territorial del Estado derivada del art. 2 CE. Por otro

lado, el Tribunal Constitucional ha establecido en una doctrina consolidada a partir de la STC 103/2008 y recogida más recientemente en la STC 51/2017, que la decisión sobre el futuro político de una parte del territorio corresponde adoptarla a todo el Estado, en virtud del principio de soberanía nacional (art. 1.2 CE). En consecuencia, la delegación de la autorización para convocar un referéndum sobre el futuro político de Cataluña solo en ese territorio también resultaría contraria al art. 1.2 CE. En definitiva, aunque **no es fácil concretar el límite de «su propia naturaleza», existe y podrá aplicarse cuando con la atribución puedan resultar vulneradas otras normas constitucionales.**

F) En cuanto a los **mecanismos de control que se reserva el Estado**, el punto de partida es que la Constitución obliga a establecerlos. Por tanto, una ley orgánica del art. 150.2 CE que los eluda sería contraria a la Constitución. A partir de esa exigencia formal, la mayor o menor intensidad de los mecanismos de control dependerá de la voluntad del legislador orgánico, en su capacidad de decisión política. La STC 118/1996 indica que «forma parte de la potestad de dirección del delegante sujetar el ejercicio de las facultades delegadas a los requisitos o criterios que estime oportunos» (STC 118/1996, FJ 61). No obstante, ¿hasta dónde puede llegar el legislador orgánico en el ejercicio de su habilitación para establecer controles? La discrecionalidad no conlleva la ilimitación de estos controles, esto es, «no significa que cualquiera que establezca haya de ser constitucionalmente lícito» (STC 118/1996, FJ 62). En ese sentido, ha señalado el Tribunal un límite específico en cuanto no puede convertir la relación entre el Estado y las Comunidades Autónomas en un régimen de tutela.

Finalmente, debemos referirnos a la atribución al Gobierno del control de las «funciones delegadas» que contiene el art. 153.b) CE. Es una forma de control inexcusable en cuanto constitucionalmente prevista. En ese sentido, se ha considerado inconstitucional la men-

ción a un Ministro, órgano unipersonal, como habilitado para suspender actos o acuerdos dictados por los órganos autonómicos en ejercicio de las funciones delegadas en cuanto el art. 153.b) CE se refiere al Gobierno como órgano colegiado (STC 118/1996, FJ 62). Más allá de esto, existen límites a la posibilidad de establecer controles derivados de la propia estructura del Estado que impiden la dependencia jerárquica entre el Estado y las Comunidades.

G) Debemos detenernos también en este repaso a la configuración constitucional de las leyes orgánicas de transferencia y delegación en la **posibilidad de revocación unilateral por parte del Estado de la atribución** efectuada. La cuestión es formalmente clara: el Estado puede revocar la transferencia o delegación a través de la derogación de la ley orgánica. El art. 150.2 CE no prevé ningún procedimiento específico para su modificación o derogación que le otorgue la garantía de la rigidez, característica de la ley orgánica estatutaria. Por ello, es aplicable la referencia común a las leyes orgánicas contenida en el art. 81.2 CE y, en consecuencia, puede ser modificada o derogada con la única exigencia específica de la «mayoría absoluta del Congreso, en una votación de totalidad sobre el conjunto del proyecto». No obstante, más allá de la dificultad política de esa revocación, en la que no procede entrar, puede acotarse una diluida garantía de rigidez, cual es la **inderogabilidad tácita**. Gozan estas leyes de una específica resistencia, que no supone su inderogabilidad, ni tiene parangón con la rigidez estatutaria, sino que se plasma en la exigencia de derogación expresa. **Solo pueden ser modificadas o derogadas mediante una ley orgánica dictada con ese objeto.** La fundamentación de esta tesis no deriva directamente del art. 150.2 CE, que nada dice, sino de la función que la Constitución asigna a estas leyes y de sus rasgos como fuente del Derecho. En el primer sentido, quedaría afectada la seguridad jurídica si puede modificarse implícitamente una fuente que ha alterado el reparto del ejercicio competencial. Por ello,

esa capacidad de flexibilizar, incluso, el techo competencial, aunque constreñido al ejercicio, no a la titularidad, justifica que no pueda ser modificada tácitamente por cualquier ley posterior que la contradiga, habida cuenta de su incidencia en la estructura territorial del Estado. Además, son leyes incluidas en el bloque de la constitucionalidad y contienen normas sobre la producción, dos características que, desde el sistema de fuentes, impiden su derogación tácita o implícita.

H) Finalmente, nos ocupamos de la referencia yuxtapuesta a la **transferencia y la delegación** que hace el art. 150.2 CE. **Son técnicas jurídicas de naturaleza distinta**, vinculadas habitualmente a la atribución de la titularidad la primera y del ejercicio la segunda en la doctrina iuspublicista. Sin embargo, en el art. 150.2 CE no se distinguen conceptualmente, tienen límites comunes y no se prevé un régimen singular para cada una de ellas. El primer rasgo que impide la distinción es el régimen de control. El legislador no puede renunciar a una exigencia constitucional que tiene su razón de ser en la propia naturaleza jurídica de la técnica atributiva. Por ello, en ambos casos se advierte la necesidad de incluir medios de control del ejercicio de las facultades atribuidas. El segundo es la posibilidad de revocación unilateral, que tampoco distingue entre transferencia y delegación. En algunos casos, parece que el legislador ha nominado ley orgánica de delegación cuando el control estatal es más riguroso y transferencia cuando es más lábil pero es un uso que no puede apoyarse directamente en el art. 150.2 CE, pues no las distingue. La única singularidad es que si la ley se presenta como de delegación, el Gobierno participa en el control de las funciones delegadas. Más allá de que esa previsión pueda tener su origen en un desajuste en las modificaciones introducidas en los dos preceptos constitucionales (150.2 CE y 153 CE) durante los debates constituyentes, podía haberse derivado de ahí un uso diferenciado de las leyes orgánicas de transferencia y las de delegación en la graduación

de los controles. Sin embargo, no se ha consolidado ese uso diferenciado sino la referencia genérica a leyes orgánicas de transferencia y delegación.

2. Práctica política

El uso que ha hecho el legislador orgánica del art. 150.2 CE ha sido aparentemente variado, aunque con un rasgo común, al menos hasta la LO 6/1997, de 15 de diciembre, de transferencia de competencias ejecutivas en materia de tráfico y circulación de vehículos a motor a la Comunidad Autónoma de Cataluña. A ese rasgo común lo podemos denominar la **paradoja de las leyes del art. 150.2 CE**: una técnica constitucional que por su naturaleza y configuración constitucional permite la heterogeneidad en el ejercicio competencial, e incluso el mantenimiento indefinidamente abierto del proceso de descentralización política, ha sido utilizada para la homogeneización competencial entre las distintas Comunidades Autónomas. Hacemos un repaso somero a las distintas leyes orgánicas del art. 150.2 CE aprobadas según las distintas modalidades de uso.

A) Las primeras leyes del 150.2 CE aprobadas fueron la LO 11/1982, de 10 de agosto, de transferencias complementarias a Canarias (**LOTRACA**) y la LO 12/1982, de 10 de agosto, de transferencias a la Comunidad Valenciana de competencias en materia de titularidad estatal (**LOTRAVA**). Ambas atribuyen a estas Comunidades diversas facultades competenciales, de legislación y ejecución, que estaban incluidas en sus Estatutos pero no podían ejercer por la limitación temporal transitoria del art. 148.2 CE para los territorios que habían accedido a la autonomía por el procedimiento establecido en los arts. 143 y 146 CE. Pretenden la igualación competencial de un salto, en bloque, con las Comunidades de autonomía plena (art. 151 CE). Su justificación histórico-política está en los Acuerdos Autonómicos de 31 de julio de 1981 y en la frustración generada en algunos

territorios por el pacto para reconducir los procesos de formación autonómica pendientes al cauce procedimental del art. 146 CE, que impedía alcanzar el máximo techo competencial en los primeros cinco años de vigencia de desarrollo estatutario. El problema era más agudo en los territorios que, como Canarias y Valencia, tenían muy avanzada la tramitación parlamentaria de un Estatuto por la vía del art. 151 CE, siguiendo el ejemplo de Andalucía. La solución al conflicto político planteado en estos territorios fue el mantenimiento del contenido de los Estatutos como si fueran del art. 151 CE y su aprobación por el procedimiento previsto para los del art. 143 CE. El desajuste se solventó mediante la previsión, en los propios acuerdos autonómicos, de la atribución por el Estado a través de sendas leyes orgánicas del art. 150.2 CE de aquellas materias incluidas en el Estatuto pero que no podían ser ejercidas por las Comunidades Autónomas al ser un Estatuto del art. 143 CE. Así, la LOTRACA y la LOTRAVA ni siquiera enumeran las competencias que se transfieren sino que hacen una referencia genérica a las que «excedan de las configuradas en el art. 148 CE» (art. 1.1 LOTRAVA) o, en una expresión más inconcreta, «que por su naturaleza y por imperativo constitucional así lo exijan» (art. 1 LOTRACA). De esta forma, se pretende igualar por esta vía, y con las limitaciones que ello conlleva, las competencias de Canarias y Valencia a las de País Vasco, Cataluña, Galicia y Andalucía. En la práctica, Canarias y Valencia han ejercido estas competencias atribuidas en virtud de estas leyes del art. 150.2 CE como si fueran estatutarias. No obstante, en los Acuerdos Autonómicos de 1992 se plantea la necesidad de incluir estas competencias en los respectivos Estatutos. Así, la reforma del Estatuto valenciano producida con la LO 5/1994 tiene entre sus objetivos, según el preámbulo, «incorporar al Estatuto la titularidad de las que fueron transferidas por la LOTRAVA» y se aprobó la LO 12/1994 con un artículo único en el que simplemente se deroga la LOTRAVA. El Preámbulo de la LO 12/1994 indica con clari-

dad que esa derogación expresa se produce «más que por una necesidad técnica, pues ha quedado sin efecto por la reforma del Estatuto, como confirmación de la asunción estatutaria de todas sus competencias por parte de la Generalitat valenciana, y reconocimiento para el ejercicio de tales competencias». También el contenido de la LOTRACA fue incorporado al Estatuto de Autonomía a través de la LO 4/1996, de 30 de diciembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias.

B) La segunda utilización por el legislador de la técnica atributiva del art. 150.2 CE fue la **LO 9/1992**, de 23 de diciembre, de transferencia de competencias a Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del art. 143 CE. Su finalidad es acercar el nivel competencial de las Comunidades de la denominada vía lenta a las de autonomía plena. Tiene su origen en los Acuerdos Autonómicos de 28 de febrero de 1992. Transcurridos cinco años desde la aprobación de los Estatutos del art. 143 CE podía reiniciarse el proceso de ampliación competencial. Desaparece en ese momento la dualidad de techos competenciales derivada del art. 148 CE. Así, tras diversas solicitudes por parte de las Comunidades Autónomas, los dos partidos mayoritarios (PSOE y PP) suscriben con el Gobierno unos nuevos acuerdos autonómicos. En ellos se concierta la ampliación de competencias de las Comunidades del art. 143 mediante una ley orgánica de transferencia a la que seguirá la reforma estatutaria, con el mismo contenido que la ley orgánica (punto 2 de los Acuerdos). La decisión política sobre el procedimiento más adecuado, en la alternativa de dejarlo a la iniciativa de las Comunidades Autónomas (reforma estatutaria) o impulsarlo por el Estado (transferencia) fue precedida de un amplio debate. En los Acuerdos se alega la necesidad de evitar el «babel competencial» que podía generar la iniciativa separada y autónoma en las distintas Comunidades y las posibles vulneraciones del art. 149.1 CE, que convertirían al Tribunal Constitucional en indeseado actor principal del pro-

ceso. Por ello, los Acuerdos bosquejan un proceso en dos fases: en primer lugar, la cesión unilateral extraestatutaria por parte del Estado, a través de la técnica de transferencia mediante ley orgánica, en la que se incluyan las materias objeto de ampliación competencial para las Comunidades afectadas y, a continuación, inmediatamente después de su aprobación y entrada en vigor, la promoción de la reforma consensuada de los Estatutos, incluyendo en estos el contenido de la ley orgánica de transferencia. Ambas fases se complementan para garantizar un proceso que, más allá de la ampliación, conlleve la equiparación competencial de las Comunidades del art. 143 CE a las restantes, aunque no incorpora la sanidad. En ese sentido, la LO 9/1992 es una especie de cláusula de uniformidad que asegura la homogeneidad en el traslado competencial a las Comunidades implicadas. Actúa como instrumento de aplicación de unos acuerdos autonómicos que tratan de asegurar una ampliación competencial ordenada y homogénea, culminada con la asunción competencial estatutaria.

C) El tercer supuesto de utilización de las leyes del art. 150.2 está representado por las **LL. OO. 16/1995**, de 27 de diciembre, y **6/1999**, de 6 de abril, de transferencia de competencias a la Comunidad Autónoma de Galicia. Se pretende atribuir competencias a una Comunidad del art. 151 CE, soslayando el procedimiento de reforma estatutaria, que precisa referéndum en virtud del art. 152.2 CE. Nuevamente, como en el caso de la LO 9/1992, estas leyes orgánicas atribuyen competencias residuales que podían ser asumidas directamente en los Estatutos y no facultades competenciales exclusivas del Estado, como permite esta técnica constitucional. No obstante, responde a circunstancias distintas a las advertidas en el supuesto anterior. Galicia había accedido a la autonomía por la vía del art. 151 CE, apoyándose en la disposición transitoria segunda. Por ello, su techo competencial era, desde su origen, el del art. 149.1 CE, esto es, la imposibilidad de asumir las materias de competencia exclusiva del

Estado. Ocurre que cuando se suscriben los pactos autonómicos de 1992 y se aprueba la LO 9/1992 se comprueba que algunas de las facultades atribuidas a las Comunidades del art. 143 CE no eran ejercidas por Galicia al no estar incluidas en su Estatuto. La razón de este déficit era el libre ejercicio del principio dispositivo por el estatuyente gallego. Por ello, con estas leyes se pretende atribuir a Galicia la competencia sobre determinadas facultades competenciales que, a partir de 1994, están incorporadas a los Estatutos del 143 CE. Pero, ¿por qué se utilizan las leyes del art. 150.2 CE en este supuesto, en lugar de la reforma estatutaria? Sabemos que la asunción competencial solo será plena cuando se incorpore al Estatuto, pues entonces se asume la titularidad competencial; sin embargo, esa reforma estatutaria no se ha producido hasta la actualidad. La justificación de esta forma de actuar está en el propio procedimiento de atribución. Puede explicarse por la complejidad de la reforma del Estatuto gallego, como Estatuto del art. 151 CE, en relación a los del art. 143 CE en cuanto el art. 152.2 CE exige la celebración de un referéndum para la reforma de este Estatuto.

D) El cuarto supuesto advertido en la práctica es el de la **LO 2/1996, de 15 de enero, complementaria de la de Ordenación del Comercio Minorista**. Nos hallamos ante una atribución extraestatutaria para evitar la inconstitucionalidad derivada de atribuir facultades competenciales a una Comunidad por una vía distinta a la del art. 150 CE. La ley reguladora del comercio minorista se tramitaba siguiendo el procedimiento propio de las leyes ordinarias. Durante su tramitación en el Senado se advierte que algunos de sus preceptos podían conllevar la atribución a las Comunidades de facultades competenciales correspondientes a materias de titularidad estatal, proceso que solo puede efectuarse en nuestro ordenamiento, como sabemos, a través de las leyes previstas en los dos primeros párrafos del art. 150 CE. Por ello, en el mensaje motivado del Senado que acompañaba a las enmiendas introducidas por esta cámara a la

que sería la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, se indica la posibilidad de que los preceptos mencionados se transformen en una proposición de ley orgánica de transferencia o delegación, desgajándose de la ley ordinaria que regula el comercio minorista. Con ese objeto, la aprobación definitiva en el Congreso se hace de modo separado y, en concreto, se aprueba por mayoría absoluta la mencionada LO 2/1996. Surge, sin retrotraer su discusión parlamentaria, una ley del art. 150.2 CE que atribuye la competencia sobre horarios comerciales a todas las Comunidades y la ejecución de la legislación del Estado en materia de comercio interior a Baleares. El segundo contenido es característico de una ley orgánica del art. 150.2 CE; el primero plantea más problemas de técnica legislativa, por lo genérico de su redacción al no mencionar explícitamente lo que se transfiere. En ese sentido, la STC 124/2003 ha declarado el carácter no orgánico de diversos apartados de esta LO 2/1996, al considerar que en ellos no se transfiere ninguna facultad a las Comunidades Autónomas, por lo que no pueden revestir carácter orgánico al amparo del art. 150.2 CE.

En cualquier caso, el aspecto que más nos interesa desde el análisis de esta técnica constitucional es el de los vicios procedimentales de esta forma de actuación, más allá del contenido específico de la Ley. Pueden concretarse en la extralimitación del derecho de enmienda, la carencia de elementos procedimentales que puedan viciarla de inconstitucionalidad o la ausencia de los elementos formalmente impelidos por la Constitución. Nos centramos, específicamente, en la segunda cuestión. Al carecer desde su inicio del *nomen legis* finalmente adoptado, han quedado eliminados los controles y excluidas las garantías anejas a la calificación de ley orgánica. Puede plantearse por tanto la cuestión esencial derivada de este supuesto: ¿es posible segregar determinados preceptos de una ley ordinaria y convertirlos en ley orgánica con su sola aprobación en el Congreso por mayoría absoluta, sin reiniciar el procedi-

miento para la calificación de la ley por los órganos competentes de la Cámara? El Tribunal Constitucional ha realizado una interpretación flexible de los preceptos reglamentarios referidos al procedimiento legislativo. En la STC 99/1987 señala que «podría viciar de inconstitucionalidad la ley cuando esa inobservancia altere de modo sustancial el proceso de formación de la voluntad en el seno de las Cámaras». La finalidad del procedimiento es garantizar la formación democrática de la ley. Por ello, algunos componentes del acto no afectan a ese criterio teleológico y su ausencia no acarrea la inconstitucionalidad, aunque se trate de elementos exigidos por el bloque de la constitucionalidad, pues no «alteran de modo sustancial la formación de voluntad de la cámara». Por tanto, los rasgos cuya ausencia provoca la inconstitucionalidad formal son las referencias constitucionales a la intervención de las cámaras o a las mayorías exigidas en cuanto expresan la intervención inmediata de los representantes del cuerpo electoral, garantizando el carácter democrático de la actuación y el valor superior del pluralismo político. Esto queda satisfecho solo parcialmente en el caso que analizamos. El Senado ha conocido la alteración en cuanto el desgajo se produjo precisamente en esa cámara. Sin embargo, se limitó a introducir esa posibilidad en el mensaje que envió al Congreso, sin debate parlamentario. Por ello, aunque formalmente queda garantizado el principio democrático por la participación de las Cortes Generales, no se garantiza en el Senado la intervención de las minorías y, con ello, el principio democrático-pluralista. Esta cámara ha intervenido como órgano decisorio pero no como órgano de articulación del pluralismo social en la Constitución normativa.

E) Una naturaleza distinta a la de las leyes analizadas hasta aquí tiene la **LO 6/1997, de 15 de diciembre, de transferencia de competencias ejecutivas en materia de tráfico a Cataluña**. Representa una excepción en el uso de estas leyes con una finalidad homogeneizadora que hemos advertido hasta

aquí. Por primera vez, se utiliza la técnica constitucional del art. 150.2 CE para diferenciar el nivel competencial de un territorio respecto a los restantes. Hasta entonces, las leyes atributivas que habían individualizado a distintas Comunidades (Canarias, Valencia, Galicia o Baleares), lo habían hecho para asimilar su nivel competencial al que ya poseían otras Comunidades, en el marco del techo competencial del art. 149.1 CE. En este caso la finalidad es cualitativamente distinta, pues la atribución afecta a una materia de titularidad exclusiva del Estado (tráfico, art. 149.1.21.^a CE) y a una concreta Comunidad (Cataluña). De esta forma, el *quantum* competencial de Cataluña resulta diferenciado en relación a las restantes, que solo podrán igualarla por la vía de la atribución extraestatutaria. No es la primera vez que se sobrepasa el techo del art. 149.1 CE, pero sí es la primera vez que se hace para diferenciar competencialmente a una Comunidad, mediante la asignación de facultades competenciales que no ejerce ningún otro territorio, ni puede asumir si no son cedidas por el Estado, salvo en el caso de los territorios forales (País Vasco y Navarra).

F) Finalmente, merece alguna referencia la **LO 5/1987, de delegación de facultades del Estado a las Comunidades Autónomas en relación con el transporte por carretera y por cable**. Estamos ante un uso de las leyes del art. 150.2 CE que se adapta sin dificultad a su configuración constitucional, pese al cuestionamiento de algunos de sus contenidos. Con esta Ley se delegan a todas las Comunidades determinadas facultades de ejecución sobre una materia y se mencionan los medios de control, que incluyen la información, tanto a instancia del Estado como por obligación de la Comunidad Autónoma, estableciendo medidas para el caso de incumplimiento de las condiciones de ejercicio: la suspensión y la revocación de la atribución competencial. Es una norma sectorial relativa a una materia determinada y su objeto es limitado: facilitar el ejercicio de facultades concretas sin pretensión de completud, sino de un modo singularizado.

3. Perspectivas de futuro de las leyes orgánicas de transferencia y delegación

Con el art. 150.2 CE y la segmentaria doctrina del Tribunal Constitucional podemos acotar la configuración constitucional de este cauce de atribución extraestatutaria de competencias, con estos rasgos:

- a) Incide en el reparto competencial, si bien de forma extraordinaria o residual.
- b) Debe diferenciarse con claridad de las leyes de aprobación y reforma estatutaria, por lo que en ningún caso pueden confundirse ambas fuentes.
- c) Tiene un carácter unilateral. El Estado puede derogar la atribución efectuada y establecer controles.
- d) Estos controles no son ilimitados. Así, no pueden configurar un régimen de tutela sobre la actuación autonómica.
- e) Se pueden atribuir todas las facultades sobre materias de competencia residual del Estado; cuando se trate de materias de titularidad estatal en virtud del art. 149.1 CE, podrán atribuirse facultades competenciales que lo permitan «por su propia naturaleza», previsión material vinculable casuísticamente al respeto a los restantes contenidos constitucionales, que no pueden ser contradichos por esta vía.
- f) En la práctica se ha utilizado para equiparar competencialmente a las distintas Comunidades Autónomas en el proceso de desarrollo del Estado autonómico, con la excepción de la LO 6/1997, que ha diferenciado competencialmente a Cataluña.

Se configura, en fin, como una cláusula del apertura del proceso de reparto competencial. Por este motivo, suele plantearse la derogación de este precepto en aras del cierre de proceso de reparto competencial.

Sin embargo, **cabén otras aplicaciones el art. 150.2 CE, apenas exploradas.** Hasta ahora ha sido utilizado siempre para adionar competencias a los distintos territorios, cuando no era posible incluir determinadas facultades competenciales en los Estatutos (LOTRACA y LOTRAVA), como paso previo a las reformas estatutarias, para uniformizar estas (LO 9/1992) o para evitar la reforma estatutaria (Galicia). Sin embargo, una vez alcanzado el techo competencial del art. 149.1 CE por las distintas Comunidades, **el art. 150.2 CE no puede seguir empleándose para incrementar el espacio competencial autonómico, so riesgo de adentrarnos en una dinámica de vaciamiento competencial paulatino del Estado.** No puede seguir vinculándose exclusivamente a la suma de nuevas competencias para lo que deberán emplearse, en su caso, las reformas estatutarias y constitucionales, sino a motivos funcionales, con incidencia en la calidad del autogobierno. El criterio para proceder por parte del Estado a la transferencia de una facultad competencial por esta vía no sería el logro de mayor autonomía política de una o todas las Comunidades (que solo sería una consecuencia), sino **la consideración de que resulta más adecuado el ejercicio autonómico de una facultad competencial desde el criterio de la eficiencia.** Pese a tener su origen en un pacto político, la LO 6/1997, que transfiere el tráfico a Cataluña, responde a esa concepción. Si una Comunidad cuenta con una policía integral resulta lógico que se le atribuya la gestión del tráfico. Por ello, el Estado deberá valorar si determinadas facultades pueden ser mejor ejercidas por las Comunidades Autónomas y si alcanza esa conclusión, este es el cauce adecuado para hacerlo efectivo.

Desde esta perspectiva, **estamos ante un instrumento útil para reforzar la colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas,** una de las deficiencias más evidentes del Estado autonómico. El Tribunal Constitucional lo apuntó en la STC 137/1989, cuando se refiere al art. 150.2 CE como «un

cauce que posibilita la proyección en el art. 149.1 CE de la cooperación entre Estado y Comunidades Autónomas» (STC 137/1989, FJ 4). Desde la lógica de la colaboración interadministrativa, «la atribución a las Comunidades de esas funciones de ejecución (...) se ve reforzada por la necesidad de evitar duplicidades burocráticas o el mantenimiento de administraciones paralelas en tareas para las que no son indispensables» (STC 79/1992).

De todos modos, la concepción funcional de la transferencia y delegación que planteamos tiene consecuencias en el contenido de la ley orgánica. Hasta la actualidad, como se trataba simplemente de aumentar la autonomía política de las Comunidades, las leyes del art. 150.2 CE apenas incluían efectivos mecanismos de control estatal sobre el ejercicio competencial, más allá de referencias formales; ni preveían la posibilidad de revocación ante un inadecuado ejercicio autonómico. Sin embargo, al introducirse la eficiencia como criterio dirimente, en un marco de cooperación, resulta necesaria la previsión de mecanismos de control efectivos. En realidad, **se trata de convertir un instrumento de atribución competencial a las CC. AA. en un instrumento de colaboración en el ejercicio competencial.**

En cualquier caso, tampoco podemos olvidar el alcance de este instrumento para reconocer singularidades competenciales a determinadas Comunidades, en las condiciones expuestas de control y límites. En la necesaria reforma del modelo territorial **para afrontar la actual crisis constitucional pueden desarrollar algún papel, aún residual o extraordinario, en cuanto permiten hacer ajustes competenciales** siquiera limitados al ejercicio y sometidos a control.

III. LA LEY MARCO

El art. 150.1 CE señala que «Las Cortes Generales, en materias de competencia estatal, podrán atribuir a todas o a algunas de las Co-

munidades Autónomas la facultad de dictar, para sí mismas, normas legislativas en el marco de los principios, bases y directrices fijados por la ley estatal. Sin perjuicio de la competencia de los tribunales en cada Ley Marco se establecerá la modalidad del control de las Cortes Generales sobre estas normas legislativas de las Comunidades Autónomas». Dado el **escaso uso que se ha hecho de la Ley marco**, nos limitaremos a reseñar los rasgos básicos de su configuración constitucional, en comparación a las leyes del art. 150.2 CE, y comentaremos las escasas menciones advertidas.

1. Configuración constitucional

La existencia de dos cauces de atribución extraestatutaria del ejercicio de facultades competenciales de titularidad estatal a las Comunidades Autónomas, con similar función constitucional, ha hecho que los actores políticos se decanten por uno de ellos, soslayando el otro. El olvidado ha sido el art. 150.1 CE. Vamos a comprobarlo.

A) La atribución se efectúa a través de una **ley ordinaria estatal, con una concreta función constitucional**. Para ello determina su contenido, que deberá incluir los principios, bases y directrices conforme a los cuales las Comunidades elaboran normas en ejercicio de las facultades atribuidas en virtud de esta ley. Esa ley no puede ser una ley orgánica, pero tampoco un decreto legislativo o un decreto ley. No puede ser una ley orgánica, pues, como es sabido, la reserva constitucional a la ley orgánica se establece en sentido positivo pero también en sentido negativo (STC 5/1981), esto es, no puede usarse para regular materias no reservadas expresamente a este tipo de ley en la Constitución. Pero tampoco puede producirse la atribución a través de fuentes legislativas con valor de ley procedentes del Gobierno (decreto legislativo y decreto ley) por la referencia expresa a las Cortes Generales que hace el art. 150.1 CE. Además, en el caso del decreto ley esta actua-

ción se encuadraría en el «régimen de las Comunidades Autónomas», esto es, en el ámbito de aplicación expresamente vedado a esta fuente (art. 86.1 CE).

B) Dice expresamente la Constitución que a través de esta vía se atribuye a las Comunidades Autónomas, a una o a todas, la facultad de dictar normas legislativas para sí mismas. Por tanto, **se atribuye la función legislativa**. De hecho, en un primer momento la doctrina consideraba que a través del art. 150.1 CE se podían atribuir facultades legislativas mientras que a través del art. 150.2 solo podrían atribuirse facultades ejecutivas. Sin embargo, la Constitución no limita esas facultades para las leyes orgánicas de transferencia y delegación y, por tanto, se incluyeron también las legislativas. En cualquier caso, en relación a la ley marco, la atribución de facultades legislativas lleva incluida, obviamente, la posibilidad de que las Comunidades elaboren reglamentos ejecutivos de aplicación de esa ley. De esta forma, además, puede darse una interpretación adecuada al inciso de este precepto que se refiere a «sin perjuicio de la competencia de los tribunales», conocida apostilla cuyo uso en el art. 82.6 CE en relación al control de la delegación legislativa por los tribunales ordinarios ha matizado el monopolio de control de la ley por el Tribunal Constitucional.

C) La **previsión de principios, bases y directrices** permite al Estado garantizar un ejercicio uniforme de las facultades atribuidas a través de pautas materiales de regulación. La elaboración de las normas legislativas autonómicas deberá hacerse en el marco de esos principios, bases y directrices. Ese marco no tiene, por tanto, aplicación directa pero vincula a los poderes públicos autonómicos que ejercen las facultades atribuidas. No resulta posible otorgar un sentido jurídico a estos tres componentes definitorios del contenido del marco pues, a este objeto, sus efectos jurídicos son indiferenciados. En todos los casos vincula al órgano destinatario de la atribución pero carece de eficacia directa

para conformar por sí misma la regulación detallada de las materias en cuestión.

D) En cuanto a las materias que pueden ser atribuidas no cabe distinción respecto a las leyes orgánicas de transferencia y delegación. Por tanto, **es aplicable lo dicho anteriormente sobre el límite de «su propia naturaleza»** para aquellas materias de titularidad estatal en virtud del art. 149.1 CE: habrá de analizarse en cada caso si resulta posible una determinada atribución atendiendo a los parámetros jurídicos que resultan de los restantes contenidos constitucionales.

E) Finalmente, hay que detenerse en las **fórmulas de control sobre el ejercicio de las facultades atribuidas**, concretado en las normas dictadas por las Comunidades Autónomas. Más allá de las similitudes con el art. 150.2 CE, la dicción del art. 150.1 CE se asemeja a la del art. 82.6 CE en relación al control de la delegación legislativa. Ese control puede ser tanto jurisdiccional com. En el jurisdiccional lo más singular es, como ya se ha apuntado, la mención a la competencia de los «tribunales», esto es, también de los tribunales ordinarios, más allá del Tribunal Constitucional. Ya hemos señalado la posibilidad de dictar normas reglamentarias, no solo legislativas, en virtud de esa atribución. A ellas deberá vincularse ese control de los tribunales ordinarios. En cuanto al control por las Cortes Generales, el art. 150.1 CE indica que «en cada ley marco se establecerá la modalidad del control de las Cortes Generales sobre estas normas legislativas de las Comunidades Autónomas». Por tanto, cada una de las leyes atributivas de facultades competenciales estatales determinará las concretas modalidades de control parlamentario. Ese control deberán ejercerlo las Cortes Generales, esto es, ambas Cámaras: Congreso y Senado; y no el Gobierno como advertíamos en la delegación. En concreto, el Reglamento del Congreso remite esta cuestión al control ejercido sobre los decretos legislativos (art. 167 en relación al art. 153): en el plazo de un mes desde su pu-

blicación los diputados o Grupos Parlamentarios pueden formular objeciones. Si no lo hacen, se entenderá que se ha hecho un uso correcto de la atribución. En caso contrario, se remite a la Comisión correspondiente, que emitirá Dictamen para debatir en Pleno. En el caso del Senado, el seguimiento y control del ejercicio autonómico de las facultades atribuidas corresponde a la Comisión General de Comunidades Autónomas [art. 56.j) del Reglamento del Senado]. En cualquier caso, los efectos del control serán los que se establezcan en la propia ley marco, pero deberán ser siempre efectos políticos pues el control que ejercen las Cortes Generales no puede tener efectos jurídico-constitucionales. Se pretende, simplemente, el seguimiento político del uso que las Comunidades Autónomas hagan de las facultades atribuidas, teniendo en cuenta que a partir de ese control pueden adoptarse iniciativas políticas en sede parlamentaria para modificar o incluso revocar esa atribución a través del procedimiento legislativo ordinario.

Finalmente, es importante destacar que el momento del control es siempre una vez aprobada la ley autonómica, pues la Constitución indica que el control se ejerce sobre «normas legislativas», esto es, normas ya aprobadas y en vigor. Esta cuestión es relevante por la previsión que se ha hecho en el supuesto de aplicación de este precepto.

2. Su referencia en las leyes de cesión de tributos estatales a las Comunidades Autónomas

A diferencia del art. 150.2 CE, **el art. 150.1 CE ha sido mencionado en un único supuesto, y con un alcance formal: la atribución de capacidad normativa sobre los impuestos cedidos por el Estado a las Comunidades** en las Leyes 25 a 36/1997; en las Leyes 17 a 31/2002 y en las Leyes 16 a 30/2010, esto es, en la concreción de los tres últimos modelos de financiación autonómica. En todas estas leyes encontramos una mención al

art. 150.1 CE como marco de esta atribución aunque sin más consecuencias pues las condiciones de esa cesión de competencias normativas se establecen en la ley general que regula el sistema, actualmente, la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía y se modifican determinadas normas tributarias.

Esta mención pretende acaso eliminar dudas sobre la constitucionalidad de la atribución de la capacidad normativa sobre tributos a las Comunidades, apelando al cauce constitucionalmente previsto para atribuir facultades legislativas de titularidad estatal. Conforme a la LOFCA y los Estatutos de Autonomía la cesión de tributos a las Comunidades y la determinación de su alcance y condiciones se realiza a través de una ley del Estado. Pero al conllevar la atribución de capacidad normativa, se considera adecuada la mención del art. 150.1 CE. En cualquier caso, las condiciones de la cesión, incluida la cesión de competencias normativas, se establecen en una ley general del Estado y, luego, la ley específica de cesión a cada una de las Comunidades indica que se hace «de acuerdo con lo dispuesto en el art. 150.1 CE».

Sin embargo, no son leyes marco del art. 150.1 CE, pues no incluyen los rasgos que definen constitucionalmente a estas leyes. Por un lado, no encontramos los «principios bases y directrices» a los que debe ajustarse el ejercicio de la capacidad normativa autonómica. Por otro, tampoco se prevé la «modalidad de control de las Cortes Generales» sobre las normas legislativas autonómicas. En las leyes de cesión de tributos a las concretas Comunidades se incluye una referencia a la fiscalización parlamentaria estatal. Consiste en que las Comunidades deberán remitir a la Comisión General de Comunidades Autónomas del Senado los proyectos de disposiciones que elaboren en ejercicio de la capacidad normativa atribuida, antes de su aprobación definitiva. Sin embargo, el problema de esta fór-

mula de control parlamentario es que, más allá de soslayar al Congreso, introduce este control político en el procedimiento cuando el art. 150.1 CE lo remite a las normas legislativas ya aprobadas.

En conclusión, las leyes que regulan el régimen de cesión de tributos del Estado a las distintas Comunidades Autónomas, incluyendo la cesión de facultades normativas, no son leyes marco, pese a la mención que hacen al art. 150.1 CE.

IV. LAS LEYES DE ARMONIZACIÓN

Finalmente, nos ocupamos de las leyes de armonización. Conforme al art. 150.3 CE, «El Estado podrá dictar leyes que establezcan los principios necesarios para armonizar las disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas, aun el caso de materias atribuidas a la competencia de estas, cuando así lo exija el interés general. Corresponde a las Cortes Generales, por mayoría absoluta de cada Cámara, la apreciación de la necesidad».

La técnica es distinta a la advertida en los dos supuestos anteriores, con los que coincide en su capacidad para flexibilizar el reparto competencial. En este caso nos hallamos ante materias de titularidad autonómica sobre cuyo ejercicio puede incidir el legislador estatal porque así lo reconoce la propia Constitución.

Lo más destacado de esta técnica desde una perspectiva constitucional es que estamos ante un tipo específico de ley. No es una ley orgánica ni una ley ordinaria estatal cuyo contenido consiste en establecer unos principios, bases o directrices. **Se trata de una ley con un procedimiento de elaboración peculiar, que la singulariza en el ordenamiento general del Estado.** En concreto, deberá apreciarse la necesidad de esta ley por mayoría absoluta de cada Cámara, esto es, se exige mayoría cualificada en ambas cámaras y se refuerza la posición del Senado, en cuan-

to ocupa la misma posición que el Congreso al menos en la «apreciación de la necesidad»

En cuanto a su función constitucional, el Tribunal Constitucional ha señalado que «constituye una **norma de cierre del sistema**, aplicable solo a aquellos supuestos en que el legislador estatal no disponga de otros cauces constitucionales para el ejercicio de su potestad legislativa». Se utiliza cuando «se aprecie que el sistema de distribución competencial es insuficiente para evitar que la diversidad de disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas produzca una desarmonía contraria al interés general de la Nación» (STC 76/1983).

Lo cierto es que esta previsión constitucional nunca se ha utilizado. Las razones pueden vincularse a su carácter de norma de cierre del sistema pero también a la **fallida experiencia de la LOAPA**. En los albores del Estado autonómico, y en un clima de grave inestabilidad política tras la dimisión del Presidente Suárez y el intento de golpe de Estado de 1981, se suscribieron los Acuerdos Autonómicos de 1981. Una de las previsiones de estos pactos era la aprobación de la denominada Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico. Esta ley se arrogaba

una condición armonizadora, que le permitía prevalecer sobre las disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas incluso en el espacio competencial de estas. Fue recurrida al Tribunal Constitucional antes de su entrada en vigor a través del entonces existente recurso previo de inconstitucionalidad en relación a leyes orgánicas y la STC 76/1983 declaró la nulidad de 14 de sus 38 preceptos. En realidad, no era una ley de armonización del art. 150.3 CE, pues en ese tiempo aún no había leyes autonómicas que armonizar en cuanto apenas se había producido el despliegue de las competencias. Pretendía cumplir, por tanto, una función armonizadora con carácter general que es rechazada por el Tribunal Constitucional.

En fin, pese a no referirse a leyes de armonización del art. 150.3, la STC 76/1983 deslegitimó desde una perspectiva política la función armonizadora de las competencias autonómicas, esto es, la función que la Constitución asigna a las leyes del art. 150.3 CE. Por ello, nunca se han utilizado, aunque no puede descartarse su uso siempre que se haga en los términos previstos en la Constitución y con el carácter excepcional y de norma de cierre que le ha atribuido el Tribunal Constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

AJA, E., *Estado autonómico y reforma federal*, Alianza Editorial, Madrid, 2014.

BALAGUER CALLEJÓN, F., *Fuentes del Derecho. II. Ordenamiento general del Estado y ordenamientos autonómicos*, Tecnos, Madrid, 1992.

BILBAO UBILLOS, J. M., «Ley orgánica de transferencia y delegación y reforma de los Estatutos», en *La reforma de los Estatutos*, Cortes de Castilla y León, Valladolid, 2003.

FUERTES SUÁREZ, J. L., *El proyecto de Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1982.

GARCÍA LÓPEZ, E., «El marco del Estado autonómico y la naturaleza, significado y efectos de los preceptos contenidos en el artículo 150 de la Constitución», *Revista de Derecho Político*, núm. 17, 1983.

MONTILLA MARTOS, J. A., *Las leyes orgánicas de transferencia y delegación. Configuración constitucional y práctica política*, Tecnos, Madrid, 1998.

MUÑOZ MACHADO, S., «La interpretación de la Constitución, la armonización legislativa y otras cuestiones», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 9, 1983.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. y VELASCO CABALLERO, F., «Límites a la transferencia o delegación del artículo 150.2», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 55, 1999.

TORNOS MAS, J. y AJA, E., «La ley orgánica de transferencia y delegación del artículo 150.2 de la Constitución», *Documentación Administrativa*, núms. 232-233, 1992-1993.

Artículo 151

1. *No será preciso dejar transcurrir el plazo de cinco años, a que se refiere el apartado 2 del artículo 148, cuando la iniciativa del proceso autonómico sea acordada dentro del plazo del artículo 143.2, además de por las Diputaciones o los órganos interinsulares correspondientes, por las tres cuartas partes de los municipios de cada una de las provincias afectadas que representen, al menos, la mayoría del censo electoral de cada una de ellas y dicha iniciativa sea ratificada mediante referéndum por el voto afirmativo de la mayoría absoluta de los electores de cada provincia en los términos que establezca una ley orgánica.*

2. *En el supuesto previsto en el apartado anterior, el procedimiento para la elaboración del Estatuto será el siguiente:*

1.º *El Gobierno convocará a todos los Diputados y Senadores elegidos en las circunscripciones comprendidas en el ámbito territorial que pretenda acceder al autogobierno, para que se constituyan en Asamblea, a los solos efectos de elaborar el correspondiente proyecto de Estatuto de autonomía, mediante el acuerdo de la mayoría absoluta de sus miembros.*

2.º *Aprobado el proyecto de Estatuto por la Asamblea de Parlamentarios, se remitirá a la Comisión Constitucional del Congreso, la cual, dentro del plazo de dos meses, lo examinará con el concurso y asistencia de una delegación de la Asamblea proponente para determinar de común acuerdo su formulación definitiva.*

3.º *Si se alcanzare dicho acuerdo, el texto resultante será sometido a referéndum del cuerpo electoral de las provincias comprendidas en el ámbito territorial del proyectado Estatuto.*

4.º *Si el proyecto de Estatuto es aprobado en cada provincia por la mayoría de los votos válidamente emitidos, será elevado a las Cortes Generales. Los Plenos de ambas Cámaras decidirán sobre el texto mediante un voto de ratificación. Aprobado el Estatuto, el Rey lo sancionará y lo promulgará como ley.*

5.º *De no alcanzarse el acuerdo a que se refiere el apartado 2 de este número, el proyecto de Estatuto será tramitado como proyecto de ley ante las Cortes Generales. El texto aprobado por estas será sometido a referéndum del cuerpo electoral de las provincias comprendidas en el ámbito territorial del proyectado Estatuto. En caso de ser aprobado por la mayoría de los votos válidamente emitidos en cada provincia, procederá su promulgación en los términos del párrafo anterior.*

3. *En los casos de los párrafos 4 y 5 del apartado anterior, la no aprobación del proyecto de Estatuto por una o varias provincias no impedirá la constitución entre las restantes de la Comunidad Autónoma proyectada en la forma que establezca la ley orgánica prevista en el apartado 1 de este artículo.*

Sumario: I. Interés y significación del art. 151 CE. Práctica del art. 151.1 CE. II. El procedimiento de elaboración del Estatuto ex art. 151.2 y 3 CE. III. Conclusiones sobre el procedimiento de elaboración del Estatuto según el art. 151 CE.

CÉSAR AGUADO RENEDO

PROFESOR DE DERECHO CONSTITUCIONAL
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

I. INTERÉS Y SIGNIFICACIÓN DEL ART. 151 CE. PRÁCTICA DEL ART. 151.1 CE

El interés de la glosa del proceso de acceso a la autonomía que regula este art. 151 CE resulta, en principio, mayor que en el caso del proceso ordinario, porque, aunque aparece como una hipótesis poco probable la de la modificación del mapa de CC. AA. tal y como ha devenido (pero en todo caso nunca descartable), de experimentarse esa alteración y surgir como consecuencia de ella alguna entidad territorial intermedia nueva, apenas sería concebible que comenzase su andadura mediante la vía lenta o gradual a la autonomía, entre otras razones porque con bastante probabilidad resultaría distorsionador para el conjunto del Estado. Por ello puede resultar relativamente más útil que en otros casos recordar alguna de las vicisitudes de la aplicación de este cauce de acceso a la autonomía en el supuesto en que tuvo lugar, aunque excusa aquí el detalle el análisis pormenorizado de las mismas que ha tenido lugar por autorizada doctrina, de la que constituye una muestra la bibliografía que se cita.

Pero además, el art. 151 CE resulta **significativo por constituir la traducción jurídico-constitucional de las diferencias entre Estatutos que establece la Constitución**, traducción que tiene lugar en su inciso inicial cuando dispone que «No será preciso dejar transcurrir el plazo de cinco años a que se refiere el ap. 2 del art. 148», esto es, no será necesario esperar tal plazo para que los territorios que acudan a tal vía dispongan de inmediato a su constitución como Comunidades Autónomas de más autogobierno: en suma, más autonomía y más pronta por este cauce que por el cauce normal u ordinario de acceso a la misma.

Para esta iniciativa autonómica, el art. 151.1 CE dispone **unas exigencias sensiblemente más onerosas que las que establece para la iniciativa autonómica común**, como puede constatar con la mera lectura del precepto: tan onerosas que no pueden ser interpretadas sino como dispuestas con una intención disuasoria para sus potenciales usuarios. Ello se explica perfectamente a la vista de la disposición transitoria segunda CE, que revela el verdadero deseo del constituyente

en relación con los territorios a los que facilita ese acceso inmediato a la mayor autonomía entonces posible por la razón que en tal precepto subyace con meridiana claridad: aquí cumple remitirse al comentario de tal disposición para mayores detalles sobre la cuestión. Pero que tales exigencias de la iniciativa autonómica regulada en el art. 151.1 CE estuvieran claramente animadas de dicha intención disuasoria, no quiere decir que fueran imposibles de cumplir y, de hecho, y como es perfectamente conocido, esa fue la vía por la que accedió a su autogobierno la actual Comunidad Autónoma de Andalucía.

Dos son esas exigencias más onerosas respecto del procedimiento para acceder a la autonomía común u ordinaria. De un lado, el número de municipios de cada provincia que quieran instar el acceso a la autonomía plena (tres cuartas partes que representen la mayoría del censo electoral en las provincias respectivas, frente a los dos tercios en el caso del cauce del art. 143.2; en común para ambos cauces, el acuerdo de las Diputaciones u órganos interinsulares). Y, sobre todo, la ratificación de esas iniciativas institucionales por la mayoría absoluta «de los electores» (no, pues, solo de los votantes), de nuevo de cada provincia o isla, en referéndum «en los términos que establezca una ley orgánica». Esta ley es la LO 8/1980, de 18 de enero, Reguladora de las Distintas Modalidades de Referéndum (LORDMR), que ya vio la luz apremiada por la necesidad de disponer precisamente de la regulación del citado referéndum para poder hacer efectiva la aplicación del art. 151.1 a raíz de su puesta en marcha por las Corporaciones locales andaluzas y de otros territorios, hasta el punto de que tal ley orgánica fue tramitada por el procedimiento de urgencia. Tal Ley dedicaba su art. 8 a regular el referéndum del art. 151.1. La insuficiencia de la mayoría exigida por el precepto en cuestión en la provincia de Almería cuando se celebró el mismo, provocó la modificación *ad hoc* del mencionado art. 8.º LORDMR mediante la LO 12/1980, de 16 de diciembre, que permitió la aplicación retroactiva del nuevo precepto

con el resultado de la LO 13/1980, de la misma fecha, por la que se aplicó —sin cita explícita del precepto, pero con sus términos literales— el art. 144.c) CE a la provincia de Almería, es decir, por la que las Cortes Generales sustituyeron la iniciativa de las Corporaciones locales almerienses. Las más que serias dudas acerca de la constitucionalidad de este modo de proceder no llegaron nunca a plantearse en la sede jurisdiccional competente, por lo que Andalucía tramitó su proyecto de Estatuto de Autonomía como los demás territorios que accedieron a la autonomía plena, según dispone a continuación el propio art. 151.2 CE.

II. EL PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN DEL ESTATUTO EX ART. 151.2 Y 3 CE

El procedimiento de elaboración del Estatuto de Autonomía cuando la iniciativa ha tenido lugar según el art. 151.1 CE y, por referencia a este, según la disposición transitoria segunda CE, se detalla el art. 151.2 y 3 CE, regulación que encuentra hoy su desarrollo normativo parlamentario en los arts. 137 a 144 del Reglamento del Congreso de los Diputados (RCD; que, a su vez, vienen a ser en gran medida reproducción de las normas reglamentarias dispuestas en la misma Cámara con fecha 8 de junio de 1979, las realmente aplicadas en todos los supuestos de los Estatutos aprobados por esta vía), y en el art. 143.2 Reglamento del Senado, regulación que en su escueto carácter se corresponde con la intervención, de carácter menor, que esta Cámara tiene en el proceso estatutario, por más que la misma sea descrita por el art. 69.1 CE como «Cámara de representación territorial».

La tramitación del Estatuto de Autonomía conforme al art. 151.2 CE se caracteriza por **la intervención** en ella de **los parlamentarios** nacionales («Diputados y Senadores elegidos en las circunscripciones comprendidas en el ámbito territorial que pretenda acceder al autogobierno»: art. 151.2.1.º CE), y más

concretamente de los delegados de la Asamblea que estos conforman, que a los efectos son representantes del territorio que persigue la autonomía. Estos parlamentarios han de llegar a un «común acuerdo» con la Comisión Constitucional del Congreso para la «formulación definitiva» del proyecto de Estatuto (art. 151.2.2.º CE).

De llegarse efectivamente a tal acuerdo, el proyecto se somete a referéndum, de nuevo regulado en la citada LORDMR (regulación que no estaba vigente a la aprobación de los Estatutos vasco y catalán, por lo que los respectivos referéndums fueron convocados por sendos decretos-leyes), que requiere la aprobación «por la mayoría de los votos válidamente emitidos» (art. 151.2.4.º CE), por tanto —y justamente al contrario de lo que se veía antes en relación con la fase de iniciativa autonómica del art. 151.1 CE— mayoría de los votantes y no del censo electoral, y mayoría simple (más votos positivos que el conjunto de los negativos, en blanco y nulos), diferencias ambas más que notables respecto del referéndum para iniciar el proceso autonómico que se ha visto en el art. 151.1 CE. La legitimación popular de la norma estatutaria que claramente persigue tal trámite, encierra sin embargo el riesgo de que una insuficiente participación en la consulta popular acabe sugiriendo justamente lo contrario: así, el Estatuto de Autonomía para Galicia fue refrendado por poco más de una quinta parte del conjunto del censo electoral. Otra cosa es que, jurídicamente, nada obste a la plena validez de un Estatuto refrendado su mayor o menor apoyo popular.

Si el proyecto de Estatuto es aprobado en referéndum, Congreso y Senado han de proceder a ratificarlo, esto es, a manifestar aceptación del mismo sin posibilidad ya de enmendarlo o, en su caso, a denegar su ratificación, pues se hace evidente que por más que se haya pronunciado el cuerpo electoral al que se ha sometido la propuesta del texto estatutario, siempre cabrá esta segunda posibilidad en tanto en cuanto las Cámaras no se hayan

pronunciado definitivamente. Respecto de esta ratificación, ha de desecharse cualquier interpretación del tenor literal del precepto constitucional («Los Plenos de ambas Cámaras decidirán sobre el texto mediante un voto de ratificación») de la que derivar un supuesto de bicameralismo perfecto que imposibilitase salvar dicha ratificación por el Congreso si la denegase el Senado: el Estatuto es formalmente una ley orgánica y, en cuanto tal, en el Congreso de los Diputados el voto de ratificación deberá obtener el apoyo de la mayoría absoluta, aunque no lo especifique así ni el art. 151.2.4.º CE ni tampoco el art. 144 RCD; y la diferencia de opinión que en su caso pudiese darse entre el Congreso y el Senado habrá de seguir las reglas parlamentarias previstas para su solución (en la actualidad, en el art. 132 RCD), con el resultado de que la eventual insuficiencia de la ratificación en el Senado podrá ser salvada por el Congreso, tal y como prevé, también para las leyes orgánicas, el art. 90 CE. Y es que **las singularidades procedimentales en la elaboración de estos Estatutos son muchas y notorias, pero no pueden soslayar su caracterización como leyes orgánicas** *ex* arts. 81 y 147.3 CE. Por lo demás, entenderlo de otra forma comportaría, más que una paradoja, una pura contradicción con el art. 167 CE, que permite salvar la insuficiencia de voluntad del Senado en el supuesto de la reforma simple de la misma Constitución, esto es, de la fuente superior a la que están sometidas todas las demás normas, entre ellas el Estatuto de Autonomía.

La otra posibilidad en la relación entre Comisión Constitucional del Congreso y delegación de la Asamblea de parlamentarios representativa, es **que no lleguen al común acuerdo** que requiere el art. 151.2.2.º CE para formular definitivamente el proyecto de Estatuto. En tal caso determina el art. 151.2.5.º CE que **el proyecto de Estatuto será tramitado como proyecto de ley**, esto es, se reconduce al procedimiento común u ordinario de elaboración de Estatutos, con el fundamental añadido de que el texto aprobado como Estatuto por las Cortes Generales habrá de ser so-

metido a referéndum en las provincias que ejercieron la iniciativa autonómica, referéndum que ha de resultar positivo en cada una de ellas por la mayoría de los votos válidamente emitidos.

Finalmente, **la falta de aprobación en referéndum del proyecto de Estatuto** en alguna de las Provincias, producto del acuerdo inicial o producto de su tramitación en las Cortes Generales caso de no haberse logrado aquel, no impide, conforme prevé el art. 151.3 CE, que en las que sí se haya aprobado constituyan una Comunidad Autónoma «en la forma que establezca la ley orgánica» reguladora del referéndum, es decir, hay una desconstitucionalización de este aspecto. La LORDMR dispone en este sentido en su art. 9.2 y 3 que las Provincias en disposición de constituir tal Comunidad habrán de ser limítrofes (de no ser así, se estaría contrariando el art. 143.1 CE: una cosa es la desconstitucionalización parcial y otra ignorar una de las premisas básicas para la conformación de Comunidades Autónomas que la Constitución especifica) y que los componentes de la Asamblea de parlamentarios pertenecientes a las Provincias interesadas han de decidir por mayoría absoluta la continuidad del proceso estatutario, supuesto este en que «el proyecto de Estatuto será tramitado como Ley Orgánica por las Cortes Generales, a los solos efectos de su adaptación al nuevo ámbito territorial» (art. 9.2 LORDMR). El párrafo tercero del citado art. 9.2 LORDMR introduce el mismo plazo «sancionador» de cinco años que dispone el art. 143.3 si el fracaso del referéndum se produce en todas las Provincias o en la mayoría de ellas (sin perjuicio de que las demás se constituyan en Comunidad según lo que se acaba de decir), en orden a imposibilitar la reiteración de un nuevo Estatuto: dejando a un lado que esta «sanción» no se prevé en el texto constitucional, parece claro que no impediría el intento inmediato de acceder a la autonomía por la vía del art. 143 CE, o la aplicación del art. 144 CE en relación con alguna o algunas de las Provincias en cuestión, por las Cortes Generales.

III. CONCLUSIONES SOBRE EL PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN DEL ESTATUTO SEGÚN EL ART. 151 CE

De este procedimiento de elaboración estatutaria que se acaba de glosar tiene bastante más sentido decir que respecto del visto en el art. 146 CE lo que parece que con exceso afirma el Tribunal Constitucional de forma genérica: que «característica de los Estatutos de Autonomía es [...] [el] carácter **paccionado de su procedimiento de elaboración**» [STC 247/2007, de 12 de diciembre (*La Ley* 185358/2007), FJ 6]. Es evidente que la complejidad del procedimiento regulado en el art. 151.2 y 3 CE tiene por motivo asegurar la intervención de los representantes del territorio que pretende constituirse como Comunidad Autónoma con autogobierno pleno de forma inmediata. Dicha intervención no se limita —como ocurría en el caso del art. 146 CE— a la presentación del proyecto de Estatuto, sino que comprende una decisiva determinación del mismo tras su discusión con la Comisión Constitucional del Congreso, lo que el propio art. 151.2.2.º CE designa como «formulación definitiva» del «proyecto de Estatuto», que ha de ser producto del «común acuerdo» entre dicha Comisión Constitucional y los delegados de la Asamblea *ad hoc* representativa de dicho territorio. El carácter decisivo de esa determinación no deriva de que, de no llegarse al acuerdo, ello impida la generación del Estatuto en marcha, puesto que en tal caso el cauce de elaboración del mismo cambia radicalmente, sin intervención ya de representantes del territorio, convirtiéndose en un procedimiento como el del art. 146 CE. Ahora bien, el procedimiento del art. 151.2 CE comporta que en todo caso intervenga directamente el cuerpo electoral de las Provincias que abarque el proyectado Estatuto: si hay acuerdo entre Comisión Constitucional del Congreso y representantes del territorio, esa intervención mediante referéndum se produce antes de que las Cortes Generales ratifiquen el texto convirtiéndolo formalmente en Ley Orgánica

(art. 151.2.3.º y 4.º CE), y si no lo hay, el referéndum tiene lugar después (art. 151.2.5.º CE). En suma, el resultado de este cauce de elaboración de Estatutos de Autonomía adopta dos posibles modos, que de manera elemental pero descriptiva pueden designarse como positivo o negativo.

En este segundo caso, la consecuencia de la intervención en la elaboración de la ley orgánica estatutaria, tanto de representantes territoriales *ad hoc* como de los electores del ámbito territorial que abarcará la Comunidad Autónoma proyectada, es que no cabe la imposición por las Cortes Generales a lo que resultaría dicha Comunidad de un Estatuto de Autonomía; pero ese mismo corolario comporta igualmente que, de no llegarse al acuerdo entre delegación de la Asamblea de parlamentarios y la Comisión Constitucional del Congreso, o bien el Estatuto es producto de la voluntad de las Cortes Generales ratificada en el referéndum territorial, o bien, de no darse esta aprobación, no hay Estatuto de Autonomía, con lo que ello conlleva: la Comunidad Autónoma no llega a nacer.

En el primer caso, es decir, en el supuesto de que culmine exitosamente el procedimiento, como de hecho ocurrió en los cuatro supuestos en los que se aplicó, es cuando, según antes se decía, tiene más sentido la caracterización como «paccionado» del «procedimiento de elaboración» de este tipo de Estatutos (no de los Estatutos en sí). Con todo, no deja de resultar un obstáculo formalmente insalvable que el supuesto pacto tenga lugar entre componentes de la Cortes Generales, como son los de la Comisión Constitucional del Congreso de un lado, y de otro los Diputados y Senadores delegados de la Asamblea de parlamentarios de las Provincias que proyectan constituirse en ente territorial intermedio con autonomía, por más que se entienda que estos representen en tal momento intereses específicos frente a los generales que representan aquellos (además de que buena parte de ellos puedan pertenecer a las mismas formaciones políti-

cas de ámbito nacional, con la más que presumible homogeneidad de criterio entre miembros de la Comisión Constitucional y de la Asamblea de parlamentarios que, al menos en los momentos iniciales de la nueva ordenación territorial, ello conlleva). Así se pone de relieve en el voto de ratificación que han de efectuar las Cámaras sobre el texto estatutario si este es aprobado en referéndum, voto que, con independencia de la intención de cada uno de los componentes de las Cámaras (incluidos los Diputados y Senadores que formaban la Asamblea de parlamentarios que formuló el proyecto de Estatuto), ya no versa sobre los intereses concretos del territorio cuyo Estatuto se ratifica, sino sobre los intereses generales por los que ha de velar el Parlamento nacional como tal. Esta **contradicción lógica** que tiene lugar en el proceso de elaboración del Estatuto, consistente en el pacto del todo integrante de un órgano (las Cortes Generales) con una de sus partes (la Asamblea de parlamentarios y más concretamente sus destacados para negociar con la Comisión Constitucional del Congreso) —contradicción que obvian los sistemas italiano y portugués con la previsión de que los proyectos de Estatuto sean elaborados por una Asamblea regional propiamente tal— desaparece en el momento en que, constituida la Comunidad Autónoma, tiene lugar la elección de su primera Asamblea legislativa, pues, a partir de ese momento, los componentes de la misma representan con toda propiedad, en los términos del art. 137 CE, «sus respectivos intereses». La pregunta sobre la posible incidencia que puede tener la intervención de los representantes del territorio y del mismo cuerpo electoral de este, en la determinación del contenido del Estatuto, **encuentra así su verdadero sentido no en su proceso de elaboración, sino en el de su reforma**, que en la Constitución se regula de forma general en el art. 147.3, y de forma específica para los Estatutos elaborados según los preceptos que aquí se han comentado, en el art. 152.2. Y a ellos procede remitir las reflexiones correspondientes en este sentido.

BIBLIOGRAFÍA

En relación con el art. 151.1 CE:

BONACHELA MESAS, M., «El proceso autonómico andaluz: una aplicación peculiar del artículo 151 de la Constitución», en AA. VV., *Los procesos de formación de las Comunidades Autónomas. Aspectos jurídicos y perspectivas políticas*, I, Granada, 1984, págs. 313 y ss.

ORTEGA ÁLVAREZ, L., «La inconstitucionalidad de la reforma de la Ley Orgánica de Referéndum», *Revista de Administración Pública*, núm. 97, 1982, págs. 171 y ss.

RUIZ ROBLEDO, A., *La Comunidad autónoma de Andalucía*, Parlamento de Andalucía, Sevilla, 1988.

RUIZ ROMERO, M., *La conquista del Estatuto de Autonomía para Andalucía*, IAAP, Sevilla, 2005.

En relación con el art. 151.2 y 3 CE:

AGUADO RENEDO, C., *El Estatuto de Autonomía y su posición en el ordenamiento jurídico*, CEC, Madrid, 1996, págs. 107 y ss.

ALBERTÍ ROVIRA, E., «Vías de acceso a la autonomía y procedimientos de elaboración y aprobación de los Estatutos», en AJA, E. (Dir.), *El sistema jurídico de las Comunidades Autónomas*, Tecnos, Madrid, 1985, págs. 91 y ss.

ALONSO DE ANTONIO, J. A., «Artículo 151. Procedimiento de acceso a la autonomía plena», en ALZAGA VILLAAMIL, O., *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Editoriales de Derecho Reunidas-Cortes Generales, tomo XI, 1999, págs. 359 y ss.

ÁLVAREZ CONDE, E., *Las Comunidades Autónomas*, Ed. Nacional, Madrid, 1980.

MITJANS PERELLÓ, E., «Las Cortes Generales en la elaboración y aprobación de los Estatutos de Autonomía», en *I Jornadas de Derecho Parlamentario*, vol. II, Congreso de los Diputados, Madrid, 1985.

MUÑOZ MACHADO, S., *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, vol. I, 2.^a ed., Iustel, Madrid, 2007, págs. 312 y ss.

TOMÁS VILLARROYA, J., «Proceso autonómico y observancia de la Constitución», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 15, 1985, págs. 25 y ss.

TRUJILLO, G., «Los procedimientos estatutarios desde la categoría dogmática del «acto complejo»», en AA. VV., *Los procesos de formación de las Comunidades Autónomas. Aspectos jurídicos y perspectivas políticas*, I y II, Granada, 1984.

Artículo 152

1. *En los Estatutos aprobados por el procedimiento a que se refiere el artículo anterior, la organización institucional autonómica se basará en una Asamblea Legislativa elegida por sufragio universal con arreglo a un sistema de representación proporcional que asegure, además, la representación de las diversas zonas del territorio; un Consejo de Gobierno con funciones ejecutivas y administrativas, y un Presidente, elegido por la Asamblea, de entre sus miembros, y nombrado por el Rey, al que corresponde la dirección del Consejo de Gobierno la suprema representación de la respectiva Comunidad y la ordinaria del Estado en aquélla, El Presidente y los miembros del Consejo de Gobierno serán políticamente responsables ante la Asamblea.*

Un Tribunal Superior de Justicia, sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo, culminará la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma. En los Estatutos de las Comunidades Autónomas podrán establecerse los supuestos y las formas de participación de aquéllas en la organización de las demarcaciones judiciales del territorio. Todo ello de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del poder judicial y dentro de la unidad e independencia de éste.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 123, las sucesivas instancias procesales, en su caso, se agotarán ante órganos judiciales radicados en el mismo territorio de la Comunidad Autónoma en que esté el órgano competente en primera instancia.

2. *Una vez sancionados y promulgados los respectivos Estatutos solamente podrán ser modificados mediante los procedimientos en ellos establecidos y con referéndum entre los electores inscritos en los censos correspondientes,*

3. *Mediante la agrupación de municipios limítrofes, los Estatutos podrán establecer circunscripciones territoriales propias que gozarán de plena personalidad jurídica.*

Sumario general:

Las instituciones autonómicas, por **JUAN JOSÉ GONZÁLEZ RIVAS**

Los Tribunales Superiores de Justicia, por **JUAN ANTONIO XIOL RÍOS**

La reforma de los Estatutos de Autonomía, por **CÉSAR AGUADO RENEDO**

Las agrupaciones de Municipios, por **MANUEL REBOLLO PUIG**

ARTÍCULO 152.1

LAS INSTITUCIONES AUTONÓMICAS

Sumario: I. La organización institucional de las Comunidades Autónomas. 1. Introducción. 2. Instituciones de autogobierno. II. La Asamblea Legislativa de las Comunidades Autónomas. 1. Introducción. 2. La autonomía garantizada y el papel del Tribunal Constitucional. 3. La importancia de los Reglamentos parlamentarios. III. El Consejo de Gobierno: los Presidentes de las Comunidades Autónomas. IV. La responsabilidad política del Presidente y los miembros del Consejo de Gobierno ante la Asamblea: examen de las relaciones entre el Gobierno y los Parlamentos autonómicos. V. Reflexión final.

JUAN JOSÉ GONZÁLEZ RIVAS

PRESIDENTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. LA ORGANIZACIÓN INSTITUCIONAL DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

1. Introducción

El Estado es una institución compleja de la que forman parte las Comunidades Autónomas, y la organización de las Instituciones de las Comunidades Autónomas viene encomendada por la Constitución a los respectivos Estatutos de Autonomía, que, en los términos prefijados en el art. 147 (1 y 2) de la Constitución, constituyen «la norma institucional básica» de cada Comunidad Autónoma.

En consecuencia, cada Estatuto de Comunidad Autónoma, dentro del respeto a las previsiones constitucionales, y en especial al art. 152.1 de la Constitución, debe trazar las líneas esenciales a las que debe ajustarse la organización institucional de las respectivas Comunidades Autónomas, lo que supone, en primer lugar, la organización y funcionamiento de la propia Cámara Legislativa o Asamblea Legislativa de la Comunidad Autónoma, la constitución y desarrollo de un Consejo de Gobierno bajo las directrices del Presidente, y el análisis de las relaciones entre el Presidente, los miembros del Consejo de Gobierno y las respectivas Asambleas Legislativas.

No es, en modo alguno, exigible, en virtud de los mandatos constitucionales, que las Instituciones Legislativas de las Comunidades Autónomas se adapten en cuanto a su estructura, funcionamiento y organización, a la que corresponde a las Cortes Generales, ni debe aplicarse a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, en forma directa o supletoria, las normas constitucionales que regulan la organización y funcionamiento de las Cortes Generales, entre ellas el art. 79.2 de la Constitución.

Por otra parte, los respectivos Consejos de Gobierno se constituyen bajo la dirección y coordinación del Presidente del Consejo de Gobierno de la respectiva Comunidad Autónoma, al objeto de articular la organización y funcionamiento de las respectivas Consejerías, teniendo en cuenta la correspondiente asunción de competencias, en virtud de los sucesivos reales decretos de traspaso de competencias del Estado a la respectiva Comunidad Autónoma.

La articulación de la relación Asamblea Legislativa-Consejo de Gobierno se produce a través de la instrumentalización de los mecanismos de los Reglamentos parlamentarios y de los respectivos mecanismos de control político de responsabilidad política y de fiscalización parlamentaria (por vía de preguntas, ruegos e in-

terpelaciones, etc.), que constituyen los mecanismos de relación entre los Parlamentos Autonómicos y el respectivo Gobierno.

2. Instituciones de autogobierno

Con la expresión «instituciones de autogobierno» no puede asignarse a dicho término un alcance mayor que el que deriva de la Constitución y expresamente de lo consignado en el art. 152.1 de la misma, por lo que la formación, desarrollo y consolidación de las instituciones de autogobierno de las respectivas Comunidades Autónomas ha de entenderse referida a la Asamblea regional, a la organización del Consejo del Gobierno y a la delimitación de las funciones de la Presidencia de la respectiva Comunidad.

Como reconoce la Sentencia constitucional núm. 35/1982, de 14 de junio, las instituciones de autogobierno son primordialmente las que el Estado crea y la Constitución garantiza, pudiendo la Comunidad Autónoma crear otras en la medida en que lo juzgue necesario para el desarrollo de su propio autogobierno.

El examen del art. 152.1 de la Constitución permite constatar, en suma, que hay una separación de las funciones ejecutivas de Gobierno respecto de las respectivas Asambleas Legislativas, que el Consejo de Gobierno es políticamente responsable ante la Asamblea y que la acción de gobierno actúa bajo la dirección del Presidente de Gobierno, que es elegido por la Asamblea, en la forma prevista en los respectivos Estatutos y en las leyes autonómicas correspondientes.

II. LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

1. Introducción

De conformidad con el principio dispositivo que informa el acceso a la autonomía política de las nacionalidades y regiones en los térmi-

nos que señala el art. 2 de la Constitución, las Comunidades Autónomas constituidas por el cauce del art. 143 de la Constitución podían contar o no, según sus Estatutos, con una Asamblea Legislativa como la que prevé el art. 152.1 de la Constitución, y es dicha Asamblea el órgano que sirve de instrumento para el ejercicio por los ciudadanos de la soberanía, participando en los asuntos públicos por medio de sus representantes y haciendo efectivo el principio democrático consagrado en el artículo primero de la Constitución.

También el art. 152.1 de la Constitución impone a las Comunidades Autónomas constituidas por el procedimiento establecido en el art. 151 que cuenten con una Asamblea Legislativa «elegida por sufragio universal, con arreglo a un sistema de representación proporcional que asegure, además, la representación de las diversas zonas del territorio».

La **STC 197/2014, de 4 de diciembre, sobre la reducción de diputados en asamblea autonómica**, precisó el alcance de la exigencia de realizar la elección a través de un sistema de representación proporcional *ex* art. 152.1 CE. Recuerda, primero, que: a) dicha exigencia se proyecta sobre todo Estatuto de Autonomía que dote a su Comunidad de asamblea legislativa, y sobre la legislación electoral de desarrollo, y no solo, por tanto, sobre los Estatutos aprobados por el procedimiento del art. 151 CE (FJ 6); y b) que no es un imperativo de resultados, sino un mandato al legislador para establecer una condición de posibilidad de la proporcionalidad misma, lo que supone, respecto al margen de apreciación de este, que la exigencia de proporcionalidad debe verse como imperativo de «tendencia» que orienta, pero no prefigura, la libertad de configuración del legislador democrático (FJ 7). A partir de tal premisa, rechaza el recurso porque la exigencia constitucional sobre el legislador de configurar, para la elección de la asamblea autonómica, un sistema de representación proporcional viene a cifrarse, ante todo, en mandatos de alcance negativo. Por lo pronto, en la interdicción de

la aplicación pura y simple de un criterio mayoritario o de mínima corrección (STC 40/1981), lo que supone la necesaria conformación de la circunscripción electoral en modo tal que no se impida *de iure* toda posible proporcionalidad, en el grado y extensión que sea, para la conversión de votos en escaños. Tampoco podrá el legislador desfigurar la «esencia» de la proporcionalidad (SSTC 40/1981, FJ 2; 36/1990, FJ 2 y 4/1992, FJ 2) mediante límites directos de la misma, como las barreras electorales o cláusulas de exclusión, que, vista su entidad, lleguen a resultar desmedidas o exorbitantes para la igualdad de oportunidades entre candidaturas. Más allá de esos límites, no puede ya el Tribunal erigirse, en abstracto, en juez del grado, mayor o menor, suficiente o no, según estimaciones políticas, de la proporcionalidad auspiciada por un determinado sistema electoral, en cada una de sus piezas y en la conjunción de todas ellas. Si así hiciera, ocuparía el lugar que le corresponde al legislador.

La Asamblea Legislativa autonómica cumple la función de ordenar y racionalizar el funcionamiento de dicha Cámara para su mayor eficiencia, precisamente como foro de debate y participación en los problemas que afectan al ámbito de la respectiva Comunidad (todo ello en coherencia con las consideraciones que sobre el particular se contiene en las Sentencias constitucionales 95/1994, de 21 de marzo, y 41/1995 de 13 de febrero).

Es diferenciable, en todo caso, dentro del funcionamiento de la Asamblea Legislativa el papel que corresponde a la respectiva Mesa, que está sujeta al ordenamiento jurídico, en particular a la Constitución y a los Reglamentos parlamentarios de las respectivas Comunidades Autónomas, que regulan las atribuciones y funcionamiento de la Mesa en aras de la mencionada eficiencia del trabajo parlamentario para verificar la regularidad jurídica y la viabilidad de toda iniciativa parlamentaria y para examinar si la iniciativa cumple con los requisitos formales exigidos por la norma parlamentaria, al objeto de no suplantar las

funciones que le corresponden a la respectiva Asamblea Legislativa.

Esta goza de relevancia constitucional, puesto que ejerce la función legislativa por los representantes de los ciudadanos, constituyendo estos la máxima expresión del ejercicio de la soberanía popular en el Estado democrático.

Corresponde a cada ley electoral autonómica regular las elecciones a los Parlamentos, fijar el número de sus miembros, la circunscripción electoral y determinar el sistema de elección, la duración del mandato y el carácter no imperativo del mismo.

De este modo, la participación en el ejercicio de la función legislativa y el desempeño de los deberes y facultades que la acompañan, entre los que debe contarse como esencial el derecho a la iniciativa legislativa, constituye una manifestación constitucionalmente relevante del derecho del representante al ejercicio del denominado *ius in officium*, pues toda decisión de la Mesa sobre la admisibilidad y tramitación de las iniciativas legislativas promovidas por los representantes de los ciudadanos afecta a su derecho al libre e igual ejercicio de su cargo público, de forma que cuando este se perturba o se ve coartado, se limita la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, con indudable consecuencia jurídica e incidencia en el contenido constitucional del art. 23 (1 y 2) de la Constitución.

De acuerdo al art. 69.5 CE y a los respectivos Estatutos de Autonomía, entre las funciones de las Asambleas Legislativas está la de designar un senador y otro más por cada millón de habitantes del territorio de su Comunidad Autónoma. La **STC 123/2017, de 2 de noviembre, ha resuelto acerca de la relación que media entre la Asamblea que designa y el senador designado**, declarando inconstitucional una ley autonómica que disponía que estos senadores cesaban cuando la Asamblea los revocaba y que tenían que

comparecer ante ella en caso de ser requeridos al efecto. El Tribunal afirma que, más allá de las especialidades ligadas a las específicas condiciones de elegibilidad y de incompatibilidad que pueden prever los Estatutos de Autonomía, o las leyes a que remitan [SSTC 40/1981, FJ 1.b); 76/1989, FJ 3, y 149/1990, FJ 4] y de la incidencia sobre la duración de su mandato del término de la legislatura autonómica en la que fueron designados [STC 40/1981, FJ 3.b)], la posición constitucional de los senadores de designación autonómica es del todo igual a la de los demás miembros de las Cortes Generales, lo que en particular debe predicarse de la condición constitucional que ostentan como representantes del pueblo español en su conjunto y, en estrecha relación con ello, de su no vinculación, también por disponerlo así la Constitución, a mandato imperativo alguno.

2. La autonomía garantizada y el papel del Tribunal Constitucional

Desde la Sentencia constitucional 119/1990, de 21 de junio, las resoluciones intraparlamentarias de desarrollo reglamentario son susceptibles de impugnación a través del recurso de amparo constitucional, puesto que el recurso de inconstitucionalidad queda reservado únicamente para el eventual control de constitucionalidad de los Reglamentos de las Asambleas Legislativas, según el tenor del art. 27.2, aps. d) y f), de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

A la función legislativa se une la importancia del control político a la acción de gobierno del Ejecutivo autonómico que puede concretarse en los siguientes puntos:

a) La elección del Presidente de la Comunidad corresponde a la Asamblea; b) los miembros del Gobierno acuden a la Asamblea y han de responder a los ruegos, mociones, preguntas e interpelaciones; c) la cuestión de confianza y la moción de censura instrumentalizan los mecanismos de responsabilidad

política, en las relaciones Ejecutivo-Asamblea Legislativa.

Las demás normas intraparlamentarias dictadas por los órganos competentes de la respectiva Cámara Legislativa encuentran su límite en el Reglamento al que interpretan, de suerte que no es jurídicamente lícito proceder a una modificación del Reglamento parlamentario, sustrayendo dicha decisión al Pleno de la Cámara Legislativa, cuando además ha de tenerse en cuenta el cumplimiento del requisito de la mayoría absoluta que para su reforma establecen la Constitución, los Estatutos de Autonomía y las normas de desarrollo de los mismos.

De este modo, llegamos a la consideración de que las disposiciones parlamentarias que lejos de suplir o interpretar el Reglamento innovan o contradicen sus contenidos, implican una quiebra de la reserva fundamental prevenido en el art. 23.1 y 2 de la Constitución, puesto que no cualquier acto del órgano parlamentario que infrinja la legalidad resulta lesivo del invocado derecho fundamental, pues solo poseen relevancia constitucional a estos efectos los derechos o facultades atribuidos al representante que pertenecen al núcleo de su función representativa parlamentaria, y entre ellos, esencialmente, se encuentran el ejercicio de la función legislativa o el control de la acción del Gobierno, a los que nos hemos referido, de forma que solo se vulnera el art. 23 de la Constitución si los órganos de las Asambleas impiden o coartan su práctica o adoptan decisiones que contravienen la naturaleza de la representación o la igualdad entre los representantes.

Estas circunstancias, en coherencia con lo manifestado en las Sentencias constitucionales 36/1990, de 1 de marzo; 220/1991, de 25 de noviembre; 76/1994, de 13 de marzo; 41/1995, de 13 de febrero, y 176/1998, de 14 de septiembre, imponen a los órganos parlamentarios de las respectivas Asambleas Legislativas una interpretación restrictiva de aquellas nor-

mas que puedan suponer una limitación al ejercicio de los derechos o facultades que integran el estatus constitucionalmente relevante del representante político, obligando a que dichas decisiones estén debidamente motivadas y justifiquen las razones de su aplicación, so pena de que en caso contrario haya que considerar la posibilidad de una vulneración del derecho fundamental del representante de los ciudadanos al ejercicio de su cargo, desde la incidencia que dicha perspectiva puede tener en el contenido constitucional del art. 23.2 de la Constitución, o suponer también una clara infracción del representante de los ciudadanos a participar debidamente en los asuntos públicos, con incidencia, igualmente, en el art. 23.1 de nuestra Carta Magna.

La STC 183/2012, de 17 de octubre, ha abordado la naturaleza jurídica de las normas de gobierno interior de los parlamentos autonómicos relativas al personal a su servicio. Sin afrontar un análisis material de si se inscriben en la autonomía administrativa de los Parlamentos, el Tribunal examina el dato formal de la vinculación directa al Estatuto de Autonomía, considerando que, en tal caso, por tratarse de normas primarias y como se dijo respecto del Estatuto del Personal de las Cortes Generales (STC 139/1988), serían normas con fuerza de ley, reservándose su enjuiciamiento al Tribunal Constitucional. De lo contrario, como ocurría en el caso allí resuelto en que no tenía cobertura directa en el Estatuto respectivo, sino que era atribuida por Reglamento parlamentario a la aprobación de la Comisión de Reglamento, dicha norma no tendría fuerza de ley y no podría ser objeto de un proceso abstracto de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

3. La importancia de los Reglamentos parlamentarios

Los Reglamentos parlamentarios cumplen una primera función de ordenación interna de

la vida de las Cámaras, íntimamente vinculada a la naturaleza representativa y al pluralismo político, principios y valores recogidos en los arts. 1.1 y 66.1 de la Constitución, siendo dichas Cámaras expresión y reflejo de dichos valores.

La Constitución, para el caso de las Cortes Generales (art. 72.1) y las leyes de los respectivos Parlamentos Autonómicos (por todas, la Ley 3/1982, del Parlamento de Cataluña, de 23 de marzo, especialmente en su art. 8.3) requieren para su aprobación y modificación el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros, lo que se convierte en exigencia ineludible de garantías de los derechos de las minorías.

El Reglamento parlamentario puede permitir o en su caso establecer que la Mesa de la respectiva Cámara Legislativa extienda su examen de la iniciativa más allá de la estricta verificación de los requisitos formales, siempre que los escritos y documentos parlamentarios dirigidos a la Mesa sean de control de la actividad de los ejecutivos o sean de carácter legislativo, vengán limitados materialmente por la Constitución, por el bloque de la constitucionalidad o por el respectivo Reglamento parlamentario pertinente. Tal es el caso de la determinación, en ciertos derechos autonómicos, sobre la calificación de lo que ha de considerarse como mociones o interpelaciones o la calificación de una iniciativa legislativa popular que tiene vedadas ciertas materias por imperativo del art. 87.3 de la Constitución, como nos recuerdan las Sentencias constitucionales núms. 95/1994, de 21 de marzo; 41/1995, de 13 de febrero, y 124/1995, de 18 de julio.

En consecuencia, si la legalidad aplicable no impone limitación material alguna a la iniciativa legislativa, la verificación de la admisibilidad ha de ser siempre formal, cuidando que la iniciativa cumpla con los requisitos de forma que le exige dicha legalidad, lo que constituye una exigencia de rigor que es más intensa cuando el examen de admisibilidad que le

compete a la respectiva Mesa recae sobre iniciativas legislativas de origen parlamentario, pues la Mesa debe cuidarse de no perturbar con su decisión el derecho de los representantes a suscitar el debate parlamentario sobre una materia determinada mediante el recurso a la iniciativa legislativa.

De lo contrario, la Mesa dejaría de obrar como órgano de gobierno de la Cámara respectiva, ejerciendo el debido control legal sobre la regularidad jurídica de la iniciativa para mutarse en un órgano político, impidiendo que las iniciativas promovidas por las minorías parlamentarias se puedan someter al debate público de la Cámara, lo que colocaría a estos representantes de producirse el supuesto en una posición de inferioridad y de desigualdad lesiva con el contenido constitucional del art. 23 tantas veces referido.

Respecto a esta primera función de los reglamentos de las asambleas autonómicas, **la STC 139/2017, de 29 de noviembre, ha resuelto sobre el procedimiento para aprobar proposiciones de ley en lectura única**, en especial acerca de la necesidad del trámite de enmiendas. El criterio afirmado es que excluir el derecho de enmienda debido a la naturaleza o a la simplicidad de formulación de la iniciativa legislativa menoscaba de modo inaceptable el principio democrático y el pluralismo político que deben presidir el procedimiento legislativo, sin que quepa oponer la necesidad de agilizar los trámites que han de seguirse para la aprobación de la ley, pues tal finalidad se puede alcanzar mediante otros mecanismos parlamentarios que no implican tan absoluto sacrificio de aquel derecho (STC 143/2016, FJ 3). El Tribunal matiza, sin embargo, que la unanimidad de los diputados o grupos de la cámara para tramitar una proposición de ley por el procedimiento de lectura única podría ser un requisito que convirtiera en innecesario o superfluo el derecho de enmienda.

Una segunda función de estos Reglamentos es definir el estatus de parlamentario autonómi-

co. La **STC 36/2014, de 27 de febrero, sobre la alteración reglamentaria del régimen de dedicación exclusiva y correlativa retribución**, recuerda la STC 36/1981, de 12 de noviembre, sobre la inmunidad del diputado autonómico y cómo los derechos y prerrogativas del parlamentario estatal previstas en la Constitución no se extienden al parlamentario autonómico, esta vez en relación a los derechos retributivos *ex art. 71.4 CE*. Las facultades y derechos de dichos parlamentarios son los acordados por la Asamblea, como manifestación de la autonomía interna, en su respectivo Reglamento, que no tiene más límite que el marco estatutario y el núcleo de la función representativa parlamentaria protegido por el derecho a la participación política *ex art. 23 CE*, ámbito que no comprende una concreta modalidad retributiva.

III. EL CONSEJO DE GOBIERNO: LOS PRESIDENTES DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Los Presidentes de las Comunidades Autónomas **asumen no solo la suprema representación de la respectiva Comunidad, sino también la ordinaria del Estado** en aquella Comunidad Autónoma, tal como declara el art. 152.1 de la Constitución. Su nombramiento debe ser efectuado por el Rey por imperativo constitucional y estatutario, haciendo visible de esta forma el nexo por medio del cual la organización institucional de las Comunidades Autónomas se vincula al Estado, de cuya unidad y permanencia responde la figura del Rey prevista en el art. 56 de la norma constitucional, al definirle como símbolo de la unidad y permanencia del Estado.

En todo caso, la elección del Presidente corresponde a la Asamblea, y sus atribuciones se concretan en designar y cesar a los miembros del Consejo de Gobierno y a dirigir e impulsar la acción política.

Las respectivas Comunidades Autónomas, dentro de los mecanismos organizativos de su

gobierno, centrados en el ámbito de la Comunidad y en la proyección de los contenidos del art. 97 referido al Gobierno del Estado, desempeñan a través de los Consejos de Gobierno **una función de dirección de la política de la Comunidad**, que entraña una labor esencial de programación y organización de la vida pública, respondiendo a los contenidos competenciales oportunamente transferidos por el Estado a las Comunidades Autónomas, al ejercicio de la iniciativa legislativa y de la potestad reglamentaria.

El art. 152.1 de la Constitución solo contempla como órganos integrados del Ejecutivo al Presidente y al Gobierno, pero podemos llegar a la consideración de que existen en los Consejos de Gobierno de las respectivas Comunidades Autónomas una serie de Consejerías que responden a la delimitación de los contenidos políticos y atribuciones administrativas de una debida departamentalización de la actividad administrativa en el seno de la respectiva Comunidad Autónoma, de forma que puede avalarse la configuración de un **sistema colegiado de organización administrativa** en el que existen, entre otras, las Consejerías de Presidencia, Justicia, Interior, Hacienda, Obras Públicas, Urbanismo, Medio Ambiente, Agricultura y aquellas que sean esenciales en el desarrollo de las respectivas actividades de la Comunidad.

Los Consejeros ejercen funciones de dirección, representación y relación con las instituciones, y la estructura organizativa de las Consejerías sitúa bajo la dependencia directa del Consejero, en ocasiones, un Viceconsejero, que ejerce funciones delegadas, y un número variable de Direcciones Generales, según los respectivos contenidos competenciales.

Tales **potestades de autoorganización** son una atribución ínsita en la autonomía, pues, como ha declarado reiteradamente la jurisprudencia constitucional, dicha capacidad de autoorganizarse es la más genuina expresión del derecho de todas las nacionalidades y regiones a la autonomía. Así, en la STC 50/1999,

de 6 de abril, el Tribunal Constitucional, refiriéndose al art. 149.1.18 de la Constitución, ha destacado cómo el Estado puede establecer los elementos esenciales que garanticen un régimen jurídico unitario aplicable a todas las Administraciones Públicas.

El art. 152.1 CE prevé que existirá «un Consejo de Gobierno con funciones ejecutivas y administrativas», pero la STC 93/2015, de 14 de mayo, ha interpretado que se trata de un mínimo, pues, dada «la caracterización abierta del régimen autonómico y la función constitucional de los Estatutos de Autonomía, la imprevisión en el Título VIII de la categoría del decreto-ley no puede verse como una prohibición, sino como un espacio entregado a la libre configuración del legislador estatutario, a quien, al ordenar las instituciones de la Comunidad Autónoma, le cabrá optar por una separación más o menos rígida entre legislativo y ejecutivo, atribuyendo en su caso a este último la facultad de, en concretos supuestos, aprobar normas provisionales con rango de ley que adopten la forma de decreto-ley autonómico». El Tribunal resalta también que los Estatutos de Autonomía deben respetar el principio democrático (art. 1 CE), que no exige que el decreto-ley se conciba como una excepción, pero sí somete su uso a estrictos límites, que son los que de algún modo se reflejan en el art. 86.1 CE: a) que su uso se justifique por «un caso de extraordinaria y urgente necesidad»; b) que no afecte a las materias más definitorias de nuestro sistema constitucional, y c) que se disponga un control parlamentario posterior a fin de que el órgano legislativo conserve una influencia decisiva sobre los contenidos normativos que se integran definitivamente en el ordenamiento jurídico. El Tribunal apunta, además, que «la distinta realidad de referencia puede causar que uno u otro de esos requerimientos presenten matices o que, al ser precisados por este Tribunal, se le otorgue un mayor o menor alcance. Así, el carácter unicameral de las Asambleas Legislativas, así como su más reducido tamaño y menor actividad parlamentaria en compara-

ción con la que se lleva a cabo en las Cortes Generales, determina que... las medidas legislativas requeridas para solventar situaciones de necesidad podrán ser acordadas a través de leyes de un modo más rápido en las cámaras autonómicas».

IV. LA RESPONSABILIDAD POLÍTICA DEL PRESIDENTE Y LOS MIEMBROS DEL CONSEJO DE GOBIERNO ANTE LA ASAMBLEA: EXAMEN DE LAS RELACIONES ENTRE EL GOBIERNO Y LOS PARLAMENTOS AUTONÓMICOS

Los actos a través de los cuales se articulan las relaciones entre el Gobierno y el Parlamento están determinados por un conjunto de peticiones de información y preguntas que los Parlamentarios autonómicos dirigen a los miembros del Gobierno que inciden directamente en el seno de las relaciones entre el Gobierno y los Parlamentos Autonómicos y que agotan normalmente sus efectos en el campo estrictamente parlamentario, dando lugar al funcionamiento de los **instrumentos de control político que excluye por su propia naturaleza toda fiscalización judicial**, así como la fiscalización por parte del Tribunal Constitucional.

Lo primero porque la jurisprudencia reiterada tanto de la Sala Tercera del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional subraya que la naturaleza jurídica de estos actos no es susceptible de enjuiciamiento por la vía de la Ley 29/1998, quedando excluidos del control jurisdiccional contencioso-administrativo, en aplicación del art. 2 de dicho cuerpo legal, y en cuanto a la ausencia de fiscalización por parte del Tribunal Constitucional, por cuanto que no le corresponde a dicho Tribunal el control de cualquier clase de alteraciones o irregularidades que se produzcan en las relaciones políticas e institucionales entre las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y el Ejecutivo o Consejo de Gobierno de la respectiva Comunidad.

La doctrina anterior no excluye que, excepcionalmente, en el desarrollo de esa clase de relaciones pueda vulnerarse el ejercicio del derecho fundamental que a los parlamentarios garantiza el art. 23 de la Constitución, bien por el Ejecutivo, bien por los propios órganos de las Cámaras Legislativas, si se impide o coarta el ejercicio de la función parlamentaria.

Lo anterior no supone constitucionalizar todos los derechos y facultades que constituyen el Estatuto del Parlamentario, sino aquellos que hay que considerar pertenecientes al núcleo esencial de la función representativa parlamentaria, como son los que tienen relación directa con el ejercicio de las potestades legislativas y con el control de la acción de gobierno, de forma que mientras los obstáculos al ejercicio de las facultades que integran la función parlamentaria provienen de los propios órganos de las Cámaras Legislativas y son susceptibles de revisión en amparo, las respuestas o actuaciones del ejecutivo en réplica a tal ejercicio constituyen ejercicio de funciones gubernamentales propias y son susceptibles de un estricto control político y parlamentario e incluso podemos decir, en última instancia, electoral, pero no son revisables desde consideraciones de corrección jurídica, so riesgo de pretender una judicialización excesiva de la vida política que no exige la Constitución y que es poco conveniente en el normal funcionamiento de la actividad política de las respectivas Asambleas Legislativas y los Consejos de Gobierno.

El cauce de control de tal actuación en las relaciones Asambleas Legislativas-Consejos de Gobierno es el cauce de la acción política de los parlamentarios autonómicos, puesto que lo contrario supone suplantar dicha acción política por la que pueda ejercer el Tribunal Constitucional, con manifiesto exceso en el ejercicio de sus funciones y desnaturalización del art. 23 de la Constitución.

Junto a la esencial función del ejercicio de la potestad legislativa por la Asamblea Legislati-

va, corresponde a esta el impulso de la acción política y de gobierno, correspondiendo a los miembros del Ejecutivo comparecer ante la Asamblea para responder a las interpelaciones y preguntas dirigidas por los parlamentarios autonómicos, ofreciendo a la Cámara Legislativa toda la información que reclame.

En todo caso, corresponde a los Estatutos y leyes autonómicas regular con detalle las mociones de censura, con la inclusión de un candidato a la Presidencia del Ejecutivo Autonómico y aprobación por mayoría absoluta, o las cuestiones de confianza en relación con el programa del Consejo de Gobierno, una declaración de política general o una decisión de especial trascendencia.

La última elección autonómica ha arrojado en alguna Comunidad Autónoma resultados fragmentados traducidos en la investidura de Gobiernos minoritarios. Por esta realidad adquiere **relevancia práctica un cauce de relación del Consejo de Gobierno-Asamblea que estaba en desuso, como es el veto presupuestario con el que el primero se opone a que se tramite una proposición de ley que supusiera aumento de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios del ejercicio económico en curso.** Esta relación plantea la cuestión de la intensidad de la calificación por la Asamblea del veto gubernamental y, en caso de rechazo del veto, cuál es la vía procesal que el Gobierno tiene para provocar el control jurídico de la decisión de la Asamblea. Al contrario, en caso de que se acepte el veto y la no tramitación de la proposición de ley, queda claramente abierta la vía del recurso de amparo parlamentario.

V. REFLEXIÓN FINAL

Algunas notas, a modo de síntesis, pueden concretarse en los siguientes puntos:

1) A los Parlamentos Autonómicos les reconocen los Estatutos de Autonomía los pode-

res de autonormación y organización que son características de estas instituciones en los sistemas apoyados en el principio de división de poderes, y las funciones de la respectiva Cámara Legislativa aparecen especificadas de forma expresa o de forma implícita, generalizándose en las recientes redacciones de los Estatutos la regla de incluir una larga lista de competencias de las respectivas Asambleas Legislativas.

2) El Presidente del Consejo Ejecutivo es el supremo representante de la Comunidad Autónoma y ostenta la representación ordinaria del Estado en la respectiva Comunidad Autónoma. Su elección corresponde al Parlamento o Asamblea Legislativa y sus atribuciones son esenciales en la designación y cese de los miembros del Consejo de Gobierno, la dirección y el impulso de las tareas de Gobierno, la coordinación de las actuaciones, el planteamiento de cuestiones de competencia en la respectiva Asamblea y la publicación de las leyes territoriales, que suelen establecer reglas sobre la constitución y el funcionamiento del Consejo de Gobierno, cuya convocatoria corresponde al Presidente, acompañando el orden del día y la necesaria adopción de acuerdos por mayoría simple.

3) Las potestades de autoorganización son atribuciones ínsitas en la autonomía que se manifiestan cuantas veces la Constitución reconoce dicha posición a la correspondiente Comunidad, siendo competencia de las Comunidades Autónomas la fijación de las bases de la organización propia como materia reservada por el Estatuto de Autonomía y el ulterior ejercicio de las competencias autoorganizativas no condicionadas por el legislador estatal.

4) Los Estatutos de Autonomía recogen la competencia propia de las respectivas Comunidades Autónomas para la organización, régimen y funcionamiento de sus instituciones de autogobierno y ha sido la jurisprudencia constitucional la que ha reiterado que la capacidad de autoorganizarse es la más genuina

expresión del derecho de todas las nacionalidades y regiones a la autonomía, potestad organizativa para disponer de una organización propia parecida a la organización del Estado.

5) Las funciones de control parlamentario, la más importante el presupuestario, y la respuesta a las interpelaciones parlamentarias

por los miembros del Ejecutivo autonómico, representan, junto a los mecanismos de las mociones de censura y las votaciones de confianza, los instrumentos más ejemplificativos de las relaciones entre el Ejecutivo y la Asamblea, haciendo efectiva la representación y el ejercicio de la acción política, en plenitud.

BIBLIOGRAFÍA

Comentarios a las leyes políticas, Edersa, Madrid, 1988, 12 tomos.

Constitución Española. Comentario con jurisprudencia, 4.^a ed., Colex, Madrid, 2002.

Constitución Española (1978-1988), Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1988, 3 tomos.

Constitución y el nuevo diseño de las administraciones estatal y autonómica, SOPEC (Grupo BCH), Madrid, 1998, 1 tomo.

Informe de la comisión de expertos sobre autonomía, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1983.

Informe del Consejo de Estado sobre la Reforma Constitucional, Consejo de Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.

Materiales para el estudio y aplicación de la Constitución, Ed. Aranzadi, Madrid, 1984, 3 tomos.

Organización territorial del Estado (Comunidades Autónomas), Servicio de Publicaciones del Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 1984, 4 tomos.

ARTÍCULO 152.1, PÁRRAFOS 2 Y 3 LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

Sumario: I. La garantía institucional de los Tribunales Superiores de Justicia. 1. El principio de agotamiento de las instancias y la creación de los Tribunales Superiores de Justicia. 2. El principio de especialidad de la competencia de los Tribunales Superiores de Justicia. 3. El principio de plenitud de competencia de los Tribunales Superiores de Justicia. II. La configuración definitiva del sistema. 1. Las reformas estatutarias. 2. La situación actual. A) El orden penal. B) El orden social. C) El orden contencioso-administrativo. D) El orden civil.

JUAN ANTONIO XIOL RÍOS

MAGISTRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
EXPRESIDENTE DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO
EXMAGISTRADO DE LA SALA TERCERA DEL TRIBUNAL SUPREMO

I. LA GARANTÍA INSTITUCIONAL DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

1. El principio de agotamiento de las instancias y la creación de los Tribunales Superiores de Justicia

La Constitución Española incorpora los Tribunales Superiores de Justicia al sistema judicial como garantía institucional partiendo de la realidad histórica de las Audiencias Territoriales. Si la configuración del Tribunal Supremo tiene relación con los principios del Estado de Derecho, y la creación del Consejo General del Poder Judicial con la articulación de los Jueces y Tribunales en el sistema constitucional y, por consiguiente, con el principio democrático y de participación, la **creación de los Tribunales Superiores de Justicia** tiene que ver con el llamado Estado autonómico o compuesto, es decir, con el sistema de distribución territorial del poder que nace de la CE.

La esencia de la función jurisdiccional radica en la vinculación exclusiva de los Jueces al

ordenamiento jurídico, en estrecha relación con su independencia de todo otro poder. Esta vinculación ha tratado de garantizarse históricamente mediante diversas garantías de índole organizativa. La CE recoge como una de estas garantías capitales el principio de **unidad del Poder Judicial**, cuya versión negativa es la proscripción de tribunales *ad hoc*, paradigma en un cierto momento histórico de la ruptura del principio de independencia judicial («El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales»: art. 117.5 CE). Por unidad del Poder Judicial se entiende la homogeneidad de su estructura, de su acción y de sus instrumentos de gobierno.

El principio de unidad del Poder Judicial se impone sobre el Estado autonómico. El art. 152.1 II, inciso primero, CE, al establecer que «[u]n Tribunal Superior de Justicia, sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo, culminará la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma», configura al Tribunal Superior de Justicia como máxima expresión del Poder Judicial en la Comunidad Autónoma «de con-

formidad con lo previsto en la LOPJ y dentro del principio de unidad e independencia de este». Esta reserva, contenida en el inciso tercero del art. 152.1.2 CE, es aplicable no solo a las facultades de las CC. AA. en materia de demarcación judicial, sino también («Todo ello de conformidad [...]») a la configuración de los Tribunales Superiores de Justicia. La CE impide, en consecuencia, la existencia de un Poder Judicial de la Comunidad Autónoma, paralelo al Legislativo y al Ejecutivo. El **Estado autonómico**, sin embargo, exige la **adaptación del Poder Judicial a su estructura**, dentro del respecto al principio de unidad. La adaptación del Poder Judicial a las formas de Estado compuesto, como es el autonómico, afecta profundamente a su configuración constitucional. Puede producirse mediante la multiplicación de poderes judiciales territorialmente limitados y situados en un plano inferior al poder judicial federal (fórmula propia del Estado federal clásico) o mediante el establecimiento, en el seno de un único Poder Judicial, de diversos grados o niveles judiciales. En este caso, la respectiva competencia se delimita en función de los distintos ordenamientos en una estructura de pirámide truncada en varios escalones (LÓPEZ AGUILAR).

Esta última solución es aquella a la que más se aproxima la CE. El TC extrae la consecuencia (STC 25/1981, FJ 5) de que la relación de los órganos judiciales con la Comunidad Autónoma no es de pertenencia a una organización, sino de ubicación territorial. La unidad del Poder Judicial, pues, se erige en principio limitador frente a la diversidad propia del Estado compuesto. La previsión de la existencia de un Tribunal Superior de Justicia en las llamadas Comunidades históricas para «culminar su organización judicial» comporta, pues, en la CE un instrumento de adaptación del Poder Judicial al Estado compuesto. Estos Tribunales (previstos en la CE únicamente para las CC. AA. constituidas en virtud de la iniciativa cualificada del proceso autonómico regulada en el art. 151 CE y para las CC. AA. históricas: DT 2.^a CE), han terminado

generalizándose, en obsequio a un prurito de uniformidad no exigida estrictamente por el principio de unidad del Poder Judicial.

La creación de los Tribunales Superiores de Justicia debe ponerse en relación con el principio de **agotamiento de las instancias ante órganos con sede en el territorio de la Comunidad Autónoma**. Según el art. 152.3 CE: «Sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 123 las sucesivas instancias procesales, en su caso, se agotarán ante órganos judiciales radicados en el mismo territorio de la Comunidad Autónoma en que esté el órgano competente en primera instancia». Este principio, también hoy generalizado, se aplica por la CE a las CC. AA. constituidas en virtud de iniciativa cualificada y a las históricas. Impide la articulación de recursos ordinarios, es decir, de pleno conocimiento, como la apelación, ante instancias centrales. No veda, sin embargo, que el proceso iniciado ante órganos jurisdiccionales radicados en la Comunidad Autónoma tenga acceso a grados centrales mediante un recurso especial o extraordinario (como la casación).

Desde una perspectiva político-constitucional, el principio de agotamiento de las instancias en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma es un principio ambiguo. Tiene una vertiente relacionada con la articulación del Poder Judicial en el Estado compuesto, pero arranca históricamente de una regla de buena organización judicial o racionalización del sistema, hecha suya por el Estado liberal, inspirada en el respeto a los derechos de los ciudadanos, que aconseja la aproximación de la justicia al justiciable. La Constitución de 1812 (nada sospechosa de federalismo) establecía que los asuntos de toda naturaleza se agotarían en el ámbito de las audiencias (art. 262: «todas las causas civiles y criminales se fenecerán dentro del territorio de cada Audiencia»). Desde esta perspectiva, existe un **enlace histórico entre los Tribunales Superiores de Justicia y las Audiencias** — llamadas Audiencias Territoriales en la Ley de Organización del Poder Judicial de 1870—,

puesto de manifiesto por la DA 4.^a CE, según la cual «[e]n las CC. AA. donde tenga su sede más de una Audiencia Territorial, los Estatutos de Autonomía respectivos podrán mantener las existentes, distribuyendo las competencias entre ellas, siempre de conformidad con lo previsto en la LOPJ y dentro de la unidad e independencia de este». Esta disposición ha sido aplicada en relación con Castilla y León, Andalucía y Canarias.

En el sistema constitucional, el principio de agotamiento de las instancias debe instrumentarse en armonía con la regulación de los Tribunales Superiores de Justicia, de forma que tenga una significación para la estructuración de la justicia en el Estado autonómico. Así lo exige la voluntad de la CE, como demuestra su ubicación en el art. 152 CE y la llamada en la DA 4.^a CE a los Estatutos de Autonomía, normas institucionales básicas de la Comunidad Autónoma, a disponer, en los supuestos que acabamos de ver, sobre la existencia de uno o varios Tribunales Superiores de Justicia, reconociendo su significación en el Estado compuesto.

Los principios de garantía de un Tribunal superior en el ámbito autonómico y de agotamiento de las instancias en el territorio de su jurisdicción son susceptibles, básicamente, con arreglo a estos antecedentes, de dos interpretaciones escalonadas entre sí en relación con la función de casación que quepa atribuir a dicho Tribunal.

2. El principio de especialidad de la competencia de los Tribunales Superiores de Justicia

La primera interpretación sobre el papel de los Tribunales Superiores de Justicia en el Estado autonómico, que constituye un primer escalón, se basa en el principio de **especialidad de la competencia de los Tribunales Superiores de Justicia**. Consiste en atribuir a los Tribunales Superiores de Justicia, como último grado jurisdiccional, el monopolio de

examen de los conflictos relacionados con el ordenamiento autonómico. Se entiende por tal el integrado por las normas emanadas de las fuentes normativas de la Comunidad Autónoma. Esto presupone que las instancias se agotan en los órganos jurisdiccionales en la Comunidad Autónoma, pero no solo esto, pues les corresponde decir la última palabra —sin posibilidad de recurso de casación o similar ante el Tribunal Supremo—, cuando el conflicto debe resolverse aplicando el ordenamiento autonómico. Este principio ha sido aplicado en la plenitud de sus consecuencias en el ámbito del Derecho civil, respecto de aquellas CC. AA. dotadas, a tenor del art. 149.1.8.^a CE, de «derechos civiles, forales o especiales».

3. El principio de plenitud de conocimiento de los Tribunales Superiores de Justicia

La segunda interpretación sobre el papel de los Tribunales Superiores de Justicia en el Estado autonómico, que constituye un segundo escalón, se funda en el principio de **plenitud de conocimiento de los tribunales radicados en la Comunidad Autónoma**. Consiste en atribuir a los Tribunales Superiores de Justicia la consideración de tribunales superiores, con aptitud para fijar doctrina en todas las materias, tanto si se trata de la aplicación de las fuentes del derecho estatal como si se trata de las fuentes del derecho autonómico, reservando al Tribunal Supremo aquellos recursos que se estimen indispensables para garantizar su función de reconducción a la unidad de todo el ordenamiento en su aplicación por los tribunales.

Las propuestas a favor del principio de plenitud de conocimiento de los Tribunales Superiores de Justicia se han defendido, pues, afirmando que puede introducirse de modo que **respeten la configuración del Tribunal Supremo como órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes**. Basta, en efecto, que se reserve a este la competencia para unifi-

car doctrina mediante los procedimientos adecuados, como los recursos para unificación de doctrina, interés de ley o revisión cuando exista contradicción entre sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia. Se propone restringir su competencia de instancia o en casación ordinaria a aquellos supuestos en que la importancia del asunto o la especialidad de la materia lo justifica (por ejemplo, cuando se trate de cuantías muy elevadas o cuando concurra la intervención de órganos constitucionales o autoridades estatales). También se ha propuesto el planteamiento por los Tribunales Superiores de Justicia de cuestiones de legalidad ante el Tribunal Supremo, técnica también iniciada por la LJCA de 1998 con la cuestión de legalidad de reglamentos.

Desde el primer momento se advirtió estas soluciones no están exentas de dificultades. La doctrina señalaba que una competencia de fijación de doctrina en manos de los Tribunales Superiores de Justicia en materia de derecho estatal podría atentar contra el artículo 123 CE. Estas reservas fueron hasta cierto punto confirmadas, como se verá más adelante, por la STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 44, pues en esta sentencia se entiende que la definición de los recursos que corresponden al Tribunal Supremo debe hacerla en todo caso la Ley Orgánica del Poder Judicial y no los Estatutos de Autonomía.

Finalmente, se ha registrado una evolución hacia la concepción del recurso de casación en manos del Tribunal Supremo como un recurso de unificación de doctrina, fundando el interés casacional en la existencia de contradicciones entre los tribunales inferiores. Esta es la línea seguida, al menos parcialmente, por importantes documentos de naturaleza institucional, como **Libro Blanco de la Justicia** elaborado por el CGPJ, el cual, en relación con el orden jurisdiccional social (Cap. 4, Secc. 4, III, 3.3) registra la aceptación general del recurso de suplicación «como recurso que agote efectivamente las instancias procesales en el ámbito autonómico para que las funciones del Tribunal Supremo sean solo de

unificación» y potencia la misma idea con respecto al orden jurisdiccional contencioso-administrativo aparece la misma idea (Cap. 4, Secc. 3, II, 2.1). A su vez, otro **documento, elaborado por una comisión compuesta por magistrados del Tribunal Supremo de todas las salas** y publicado junto con el discurso de apertura de tribunales correspondiente al año 2000 propugna para los tribunales superiores de justicia la atribución de funciones similares a las casacionales.

II. LA CONFIGURACIÓN DEFINITIVA DEL SISTEMA

1. Las reformas estatutarias

Los **primeros estatutos de autonomía** que abordaron la cuestión se mantuvieron en el principio de especialidad de la casación autonómica, pero rechazaron el principio de pleno conocimiento en casación de los Tribunales Superiores de Justicia. La técnica utilizada consistió en añadir a la prohibición constitucional de ulteriores instancias extraterritoriales la prohibición de ulteriores grados jurisdiccionales de carácter extraterritorial en las materias que se consideran de derecho autonómico. En algunos estatutos se utilizó la expresión instancias y grados, pero el resultado es equivalente, puesto que se exceptúan los recursos de casación y revisión, salvo en el orden social.

Algunos **estatutos de autonomía posteriormente aprobados** intentaron abrir el cauce al principio de pleno conocimiento del derecho estatal en casación por los Tribunales Superiores de Justicia siempre con subordinación a lo que disponga la Ley Orgánica del Poder Judicial, pero el intento fue yugulado por el TC, que tiene reservada la competencia para definir los recursos de que conoce el Tribunal Supremo a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

— El art. 41 de la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de Reforma de la Ley Orgánica

5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, contiene una modificación de los arts. 33 y 37 del Estatuto. En el primero se destaca que «[p]or medio del pertinente sistema de instancias procesales y recursos que vienen determinados por la legislación del Estado, será competencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunitat Valenciana el establecimiento de la doctrina en los órdenes jurisdiccionales en los que así proceda, extendiéndose a todos aquellos cuyo conocimiento les fuera atribuido por el Estado, en el territorio de la Comunitat Valenciana, sin perjuicio de las competencias del Tribunal Supremo» (principio de plenitud de competencia). El principio se remacha en el art. 37.3. En el art. 37.2 se reconoce el principio de especialidad, atribuyendo a los Tribunales Superiores de Justicia como competencia exclusiva el conocimiento de los recursos de casación y revisión en materia de Derecho civil foral valenciano.

— El Estatuto de Autonomía de Cataluña, aprobado por Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, manteniendo el principio de especialidad respecto a la «la unificación de la interpretación del derecho de Cataluña», proclama el principio de plenitud de competencia en el art. 95.2: «El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña es la última instancia jurisdiccional de todos los procesos iniciados en Cataluña, así como de todos los recursos que se tramiten en su ámbito territorial, sea cual fuere el derecho invocado como aplicable, de acuerdo con la LOPJ y sin perjuicio de la competencia reservada al Tribunal Supremo para la unificación de doctrina. La LOPJ determinará el alcance y contenido de los indicados recursos».

Pues bien, la STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 44, como se ha adelantado, dio al traste con el hecho de que los Estatutos de Autonomía pudieran consagrar el principio de plenitud de conocimiento del derecho estatal por parte de los Tribunales Superiores de Justicia declarando que el inciso que hace referencia a «la competencia reservada al Tribunal Supremo

para la unificación de doctrina» debe interpretarse en el sentido de que «con la «unificación de doctrina» no se puede definir por el Estatuto la función jurisdiccional del Tribunal Supremo ni se limita la configuración de la misma por la Ley Orgánica del Poder Judicial, ni se hace referencia a un recurso procesal específico, sino solo a aquella función reservada al Tribunal Supremo y referida en el Estatuto por relación a su resultado — la unificación de la doctrina de todos los órganos judiciales, esto es, con mayor propiedad, la unificación de la aplicación e interpretación del Derecho—, alcanzado mediante un orden de recursos procesales que solo a la Ley Orgánica del Poder Judicial corresponde establecer».

Resulta indudable que esta declaración del TC tiene valor general y es aplicable también al Estatuto de Autonomía de Andalucía.

— En sentido contrario, la Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares, se limita a recoger el principio de agotamiento de las instancias en los términos y condiciones que resulten de la LOPJ (art. 93), pero al regular las competencias del Tribunal Superior de Justicia se atiene al principio de especialidad en los recursos de casación y revisión en materia de Derecho civil propio de las Islas Baleares.

— En parecidos términos se pronuncia la Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón.

2. Las líneas de evolución del sistema

A) *El orden penal*

El **principio de especialidad no es aplicable** al orden jurisdiccional penal, dada la falta de competencia de las CC. AA. en esta materia.

El principio que he llamado de **pleno conocimiento** de los Tribunales Superiores de Justicia tiene también **especiales dificultades** en

el orden jurisdiccional penal, dado el carácter de competencia exclusiva del Estado que tiene la materia. En el Libro Blanco del CGPJ no se hace referencia alguna al orden penal, y en el documento aprobado por magistrados del Tribunal Supremo la propuesta es claramente contraria, pues se propugna la «[c]reación de un recurso de apelación ante los Tribunales Superiores contra las sentencias dictadas en única instancia por las Audiencias Provinciales en materia penal», a diferencia de lo que se mantiene, por ejemplo, en el orden civil.

Ello no es obstáculo para que se haya reformado la Ley de Enjuiciamiento Criminal introduciendo en el recurso de casación, aunque con carácter limitado, la técnica del interés casacional. Según el art. 889, II, modificado por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, «[l]a inadmisión a trámite del recurso de casación en el supuesto previsto en el art. 847.1.b) podrá acogerse por providencia sucinatamente motivada siempre que haya unanimidad por carencia de interés casacional». El art. 847.1.b) se refiere al recurso de casación por infracción de ley contra sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

B) *El orden social*

En el orden social existe un grado jurisdiccional con un *nomen iuris* distinto a la casación: la **suplicación**, que se mantiene ante el Tribunales Superiores de Justicia, salvo en las materias directamente reservadas al recurso de casación ante el Tribunal Supremo. La suplicación tiene, en realidad, una configuración similar al recurso de casación. En el ámbito de la suplicación se reserva a la Sala de lo Social del Tribunal Supremo la función de unificación de doctrina mediante un recurso específicamente establecido con esta finalidad. El principio de plenitud de conocimiento de los Tribunales Superiores de Justicia puede decirse, por ello, que únicamente ha tenido aplicación en el orden social.

Sin embargo, no obstante esta **tendencia hacia la unificación como función propia del Tribunal Supremo**, ni siquiera en el orden social se articula plenamente la casación con arreglo a este modelo, pues, junto a la modalidad de recurso de casación para la unificación de doctrina, previsto contra sentencias dictadas por las Salas de lo Social, se mantiene un recurso de casación conocido como ordinario o tradicional que cabe interponer contra determinadas sentencias dictadas en supuestos específicos por concretos tribunales en funciones de instancia, Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional, actuando como tribunales de primer grado jurisdiccional.

C) *El orden contencioso-administrativo*

En el ámbito contencioso-administrativo el monopolio cuasi jurisprudencial de los Tribunales Superiores de Justicia de las CC. AA. sobre materias relativas al ordenamiento autonómico se organizó por la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998 de manera indirecta limitando el recurso de casación contra las sentencias de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia a aquellos supuestos en que el recurso se funde en infracción de normas de derecho estatal o comunitario europeo que sea relevante y determinante del fallo recurrido y creando dos figuras casacionales de escasa importancia práctica cuyo conocimiento se atribuyó a los Tribunales Superiores de Justicia: el recurso de casación para unificación de doctrina en materia autonómica y el recurso en interés de ley sobre la misma materia.

Finalmente, la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, modifica la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa estableciendo que cuando el recurso se fundase en infracción de normas emanadas de la Comunidad Autónoma será competente una sección de la Sala de lo Contencioso-Administrativo que tenga su sede en el Tribunales Superiores

de Justicia compuesta por el presidente de dicha sala, que la presidirá, por el presidente o presidentes de las demás Salas de lo Contencioso-Administrativo y, en su caso, de las secciones de las mismas, en número no superior a dos, y por los magistrados de la referida sala o salas que fueran necesarios para completar un total de cinco miembros. Se establece una regla especial para el caso de que la sala o Salas de lo Contencioso-Administrativo tuviesen más de una sección.

Esta norma significa, finalmente, **la introducción de un verdadero recurso de casación autonómico** ante una sección compuesta específicamente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia.

D) *El orden civil*

En el ámbito jurisdiccional civil el principio de especialidad se halla plenamente vigente. El reconocimiento de competencia jurisprudencial a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia se realiza mediante la atribución a las mismas para el conocimiento, en materia de **Derecho civil sustantivo, foral o especial propio de las Comunidades Autónomas** que lo tienen, de un recurso de casación similar a aquel de que conoce el Tribunal Supremo, sin más particularidades que el establecimiento de reglas para garantizar la compatibilidad con la función de casación del Tribunal Supremo en materia de Derecho civil común y en relación con la Constitución. Así, el art. 73 LOPJ reconoce competencia a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, como Sala de lo Civil para conocer «del recurso de casación que establezca la ley contra resoluciones de órganos jurisdiccionales del orden civil con sede en la Comunidad Autónoma, siempre que el recurso se funde en infracción de normas del Derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad, y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución».

El Tribunal Constitucional ha admitido que la legislación autonómica de aquellas comunidades que tienen competencia en materia de derecho civil foral o especial pueda regular las especialidades del recurso de casación necesarias para adaptar su regulación a las particularidades del derecho foral o especial de su competencia (STC 47/2004, de 25 de marzo, FJ 13), pero estima que incurre en inconstitucionalidad la ley autonómica en aquellos aspectos que supongan una nueva regulación de recurso de casación no condicionada por aquellas particularidades recurso de casación (STC 47/2004, de 25 de marzo, FJ 12).

La Ley Orgánica 10/1992, de 30 de abril, de medidas urgentes de reforma procesal, modificó la LEC 1881 recogiendo sustancialmente las **reglas para la regulación de este recurso** introducidas por la Ley de Demarcación y Planta Judicial. Fundamentalmente, estas reglas se encaminaban a hacer efectiva la compatibilidad entre el recurso de casación autonómico y el recurso de casación ante el Tribunal Supremo. Estas reglas han sido mantenidas básicamente en la LEC 2000, con la excepción del supuesto de invocación de precepto de naturaleza constitucional, que debe considerarse vigente por aplicación del art. 5.4 LOPJ.

Después de la **experiencia frustrada en la LEC 2000 del recurso extraordinario por infracción procesal** (que intentó introducirse como manifestación del principio de plena competencia de los Tribunales Superiores de Justicia aplicado a un recurso de naturaleza propia de la casación fundado en motivos procesales, pero no llegó a entrar en vigor), las reformas de algunos estatutos de autonomía posteriormente aprobadas, como acabamos de ver, intentaron atribuir a los Tribunales Superiores de Justicia competencias en materia de interpretación del derecho estatal. Sin embargo, como se ha expuesto *supra*, el TC estableció con claridad que toda posible innovación en esta materia está subordinada a lo que dispone la LOPJ.

Por lo demás, la eventual atribución de competencias para la interpretación del

ordenamiento estatal en manos de los Tribunales Superiores de Justicia por vía casacional, que hoy es una realidad en el orden social, ha tropezado recientemente con **críticas doctrinales en el orden jurisdiccional civil**, por entender que comportaría una dilación insoportable en un proceso que en la actualidad se desenvuelve ya en tres grados jurisdiccionales (Juzgados de Primera Instancia, Audiencias Provinciales y Tribunal Supremo o Tribunal Superior de Justicia), ya que la plenitud de competencia por parte de los Tribunales Superiores de Justicia comportaría la apertura de un nuevo grado jurisdiccional, previo al recurso de unificación de doctrina en manos del Tribunal Supremo, salvo que se emprendiese una reestructuración orgánica de efectos imprevisibles.

En suma, en la LEC 2000 se concibe el recurso de casación como articulado en gran parte (no de modo absoluto) en torno a la idea de unificación de doctrina, pero referida a las contradicciones que puedan existir entre las sentencias de las Audiencias Provinciales. En materia civil parece plenamente asentado el principio de especialidad de la competencia de los Tribunales Superiores de Justicia para conocer del recurso de casación en materia de Derecho civil de las CC. AA., el cual ha sido extendido recientemente por el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana al Derecho foral valenciano, objeto de una drástica limitación al derecho consuetudinario cuya vigencia sea probada en el momento de la entrada en vigor de la CE en la STC 82/2016, de 28 de abril, FJ 6.

BIBLIOGRAFÍA

BORRELL MESTRE, J., *CGPJ y Poder Judicial*, Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona, 2002.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Libro Blanco de la Justicia*, Madrid, 1997.

LÓPEZ AGUILAR, J. F., *Justicia y Estado autonómico. Orden competencial y Administración de Justicia en el Estado compuesto de la Constitución Española de 1978*, Civitas, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995.

MINISTERIO DE JUSTICIA, *Principios del Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia*, 28 de mayo de 2001.

TRIBUNAL SUPREMO, «Propuesta de reforma del Tribunal Supremo en atención a sus funciones constitucionales», redactada por una comisión de magistrados del Tribunal Supremo, publicada en *Del modo de arreglar la justicia*, Tribunal Supremo, Madrid, 2000.

ARTÍCULO 152.2

LA REFORMA DE LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

Sumario: I. Relación del art. 152.2 CE con el art. 147.3 CE. 1. La reiterada falta de especificación constitucional del carácter de ley orgánica que debe revestir el Estatuto de Autonomía. 2. La convergencia, también formal, entre Estatutos de Autonomía. II. La incidencia de las Cortes Generales en el proceso de reforma estatutaria: la limitación del principio *contrarius actus* en la reforma de los Estatutos de Autonomía respecto de su elaboración. III. El referéndum en la reforma de los Estatutos del art. 151 CE. 1. Tipos de reforma. 2. La reforma en los Estatutos de Autonomía de los arts. 151 y 146 CE: sobre el carácter paccionado del proceso de elaboración y reforma de tal fuente.

CÉSAR AGUADO RENEDO

PROFESOR DE DERECHO CONSTITUCIONAL
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

I. RELACIÓN DEL ART. 152.2 CON EL ART. 147.3 CE

El art. 152.2 CE contiene la referencia constitucional específica a la reforma de los Estatutos de Autonomía (EE.AA.) «aprobados por el procedimiento a que se refiere el artículo anterior», en los términos del inicio del párrafo primero del mismo artículo, esto es, de los Estatutos aprobados por el cauce detallado en el art. 151.2 (y también, de darse el supuesto, en el art. 151.3 CE). A día de hoy, tales Estatutos son los del País Vasco, Cataluña, Galicia y Andalucía. El Tribunal Constitucional ha dejado meridianamente claro respecto de esta regulación que **la relación entre el art. 147.3 CE y el art. 152.2 CE es de generalidad de aquel y de complementariedad o especificidad de este:** la regulación del procedimiento de reforma de los Estatutos de Autonomía «se contiene, por un lado, con carácter general para todos los Estatutos de Autonomía, en el art. 147.3 CE, [...] y, por otro, como previsión complementaria de la anterior y a la vez específica para los Estatutos de Autonomía elaborados por el procedi-

miento del art. 151.2 CE, en el art. 152.2 CE» [AATC 44/2005, de 31 de enero (LA LEY 258/2005), FJ 3; 45/2005, de 31 de enero (LA LEY 23283/2005), FJ 3, y 85/2006, de 15 de marzo (LA LEY 468/2006), FJ 8].

Siendo esto así, la reforma de los Estatutos de Autonomía elaborados según el art. 151.1 CE requiere «en todo caso, la aprobación de las Cortes Generales mediante ley orgánica», pues, además de remitirse a lo que dispongan los propios EE.AA. como hace también el art. 152.2 CE y luego se verá con cierto detalle, eso es lo que dispone el art. 147.3 CE, régimen general de la reforma estatutaria. Sobre las cuestiones que plantea la taxatividad de la expresión «en todo caso», procede remitirse al comentario del precepto que se acaba de citar. La «aprobación» por las Cortes Generales requiere en este caso de bastantes más precisiones que las que se apuntaban en aquel precepto, aun cuando, en último término, acabe dando lugar formalmente al mismo resultado normativo, un Estatuto de Autonomía reformado: a analizar lo que tal término comporta se dedi-

cará el grueso de este comentario a partir del siguiente epígrafe. Antes, sin embargo, cabe detenerse en la forma de «ley orgánica» que, como se ha recordado, dispone el art. 147.3 CE que ha de revestir la aprobación de las Cortes Generales.

1. La reiterada falta de especificación constitucional del carácter de ley orgánica que debe revestir el Estatuto de Autonomía

Y es que, frente a esa especificación del art. 147.3 CE, no es que nada diga el art. 152.2 CE, sino que tampoco a lo largo del extenso art. 151 CE, que determina la forma de elaboración de los EE.AA. de autonomía inmediata más plena se explicita tal forma legal en ningún momento: p. ej., no se alude en el citado art. 151 a que la ratificación del proyecto de Estatuto aprobado en referéndum (art. 151.2.4.º CE) haya de serlo por mayoría absoluta en el Congreso y, cuando se prevé en el art. 151.2.5.º CE la eventual falta de acuerdo entre Comisión Constitucional y delegación de la Asamblea de parlamentarios, se dispone que el proyecto estatutario será tramitado como proyecto «de ley», debiendo ser promulgado en caso de aprobación en referéndum, «en los términos del párrafo anterior», párrafo que establece que «se promulgará como ley». Unido este dato a la taxatividad de la expresión que usa el art. 152.2 CE, determinando que «Una vez sancionados y promulgados los respectivos Estatutos, solamente podrán ser modificados mediante los procedimientos en ellos establecidos» y, finalmente, a la afirmación que deslizó en su día el Informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional de que «Pese a estar aprobados por ley orgánica, los Estatutos no son leyes orgánicas, sino una fuente normativa distinta», pudiera inducir a pensar que una cosa es la elaboración y otra distinta la reforma de los EE.AA., y que cabría sostener una forma normativa distinta de —en lo que interesa aquí— la reforma.

La reluctancia que el constituyente parece mostrar a especificar el carácter de «orgánica» que ha de tener la ley mediante la que se apruebe el Estatuto de Autonomía generado por el art. 151 CE, sea en su elaboración, sea en su reforma, no puede entenderse sino como una **deficiencia técnica** más de las que caracterizan el Título VIII de la Constitución, en la que abundan los arts. 143.2, 146 y 147.1 CE cuando, como ha tenido ocasión de señalarse en sus respectivos comentarios, tampoco aluden al carácter de ley orgánica al terminar refiriéndose a la tramitación de los Estatutos comunes y al carácter del Estatuto en general (y menos aún se dice nada en tal sentido en la disposición adicional primera, que se ha interpretado como título constitucional habilitante para el acceso a la autonomía del territorio foral navarro). En ningún caso, y pese a la tan subrayada especialidad o peculiaridad del Estatuto (cualquiera que sea la vía por la que se haya elaborado), puede desprenderse el Estatuto de Autonomía de la concreta forma de fuente del Derecho que es la «ley orgánica»: en primer lugar, por razones materiales, porque si en algún supuesto está especialmente justificada la singularidad que supone la ley orgánica en el sistema de fuentes generado por la Constitución, con la particular significación que la misma comporta, es en su aplicación a la «norma institucional básica de cada Comunidad Autónoma» (art. 147.1 CE); y después, por razones puramente formales, pues, de un lado, los arts. 81 y 147.3 CE así lo determinan (en rigor, hubiera bastado únicamente con el primero para que fuere imposible entender otra cosa que el Estatuto de Autonomía solo puede existir normativamente y relacionarse con las demás disposiciones como ley orgánica) y, de otro, tal forma normativa, en cuanto privativa del legislador estatal, es expresión cabal de la imputación del Estatuto al Estado, que lo reconoce y ampara «como parte integrante de su ordenamiento jurídico» (art. 147.1 CE). El Tribunal Constitucional, en fin, lo ha dejado meridianamente claro en la Sentencia antes aludida, cuando asevera que «Los Estatutos de Autonomía se integran en el Ordenamiento

bajo la forma de un específico tipo de ley estatal: la ley orgánica, forma jurídica a la que los arts. 81 y 147.3 CE reservan su aprobación y su reforma. Su posición en el sistema de fuentes es, por tanto, la característica de las leyes orgánicas» (STC 31/2010, FJ 3). Ello no quiere decir que la ley orgánica que apruebe la reforma estatutaria no pueda tener otros contenidos, como es el caso de la autorización por las Cortes Generales del referéndum que ha de tener lugar para tal reforma en los Estatutos del art. 151: así lo ha interpretado el Tribunal Constitucional cuando ha desechado que tal autorización pueda entenderse implícita en la ley orgánica reformadora del Estatuto y ha exigido «... una referencia expresa a esa manifestación de voluntad, que no puede darse simplemente por supuesta y que... no habrá de integrarse en el texto normativo del Estatuto, sino en la ley orgánica de aprobación como una disposición específica y separada, solo imputable a las Cortes Generales» (STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 145); con independencia de que desde el punto de vista de la técnica legislativa pueda resultar más o menos ideal otra solución, no cabe discutir que el que la ley orgánica disponga otros contenidos nada quita para que el contenido de la misma consistente en la reforma estatutaria dote a esta de tal naturaleza de ley orgánica.

2. La convergencia, también formal, entre Estatutos de Autonomía

Señalado lo anterior respecto del régimen común de la reforma estatutaria en virtud del art. 147.3 CE, ha de indicarse a continuación que **el contenido específico del art. 152.2 CE viene dado por la necesidad de referéndum** entre los electores censados de las distintas Provincias que compongan la Comunidad regida por el Estatuto a reformar, referéndum que, aunque tampoco se especifica en el precepto aludido, por su propia naturaleza ha de ser necesariamente vinculante. Siendo el art. 152.2 CE complementario y específico respecto del 147.3 CE, tal referéndum no será, obviamente, obligatorio para los EE.AA. ela-

borados por cauce distinto al del art. 151. Pero ya tuvo ocasión de verse con motivo de las observaciones sobre el art. 147.3 CE que ha sido interpretado el silencio en relación con la consulta popular no como prohibición, sino como libertad de opción para su inclusión o no, en particular a raíz de la Resolución de la Presidencia del Congreso de los Diputados, de 16 de marzo de 1993, reguladora de la tramitación de la reforma de los Estatutos en su seno, que prevé expresamente, por primera vez, tal posibilidad; y que, *de facto*, hoy incluyen el referéndum en sus nuevas redacciones algunos Estatutos de los elaborados por el cauce del art. 143.146 CE.

Finalmente, los arts. 147.3 y 152.2 CE tienen un contenido común consistente en **la remisión a los Estatutos de la regulación de su procedimiento de modificación**. La fórmula de ambos no es, sin embargo, igual: el primero dispone que «La reforma de los Estatutos se ajustará al procedimiento establecido en los mismos», mientras que la del art. 152.2 CE es —como antes se ha dicho— más taxativa, determinando que «Una vez sancionados y promulgados los respectivos Estatutos, solamente podrán ser modificados mediante los procedimientos en ellos establecidos». Va de suyo que el adverbio «solamente» no comporta caracterización alguna del proceso de reforma del Estatuto exclusivamente propia de la Comunidad, ajena al Parlamento nacional, sino que se refiere en exclusiva al ámbito de influencia que le corresponde de la Comunidad Autónoma. Fuera de este, vale decir, en el ámbito de las Cortes Generales, la Comunidad que proponga la modificación de su Estatuto podrá incidir en la tramitación, pero en ningún caso determinarla de forma positiva, imponiendo al órgano representativo de la soberanía nacional un contenido que este considere inconveniente o inoportuno. Otra cosa es que sí pueda, como se ha visto al tratar del art. 147.3 CE, retirar el proyecto de modificación antes aún de que se pronuncien definitivamente las Cortes si no están conformes con el contenido que adopta y, antes de esta solución, que tengan intervención directa en

el *iter* legislativo, como se verá con detenimiento a continuación. Pero, desde el punto de vista jurídico-constitucional, resulta indudable que el punto álgido del proceso de reforma, por así expresarlo, tiene lugar en el seno de las Cortes Generales, constituyendo la actuación que tenga lugar *ad intra* del Parlamento autonómico la premisa necesaria de la fase que es la realmente constitutiva del Estatuto, es decir, donde este va a adquirir su concreto contenido.

En virtud de la remisión del art. 152.2 CE, los EE.AA. a los que se aplica han devenido —antes que los demás, que tomaron a estos como modelo— lo que al tratar del art. 147.3 CE denominábamos como «unilateralmente indisponibles», tanto para la propia Comunidad Autónoma como para el Estado, desde el momento en que requiere en todo caso que la verdadera iniciativa legislativa para tal reforma, esto es, la que comporta el obligatorio pronunciamiento de las Cortes Generales sobre el texto que se les presente como alteración del Estatuto hasta ese instante vigente, la hayan de ejercer necesariamente las respectivas Asambleas o Parlamentos territoriales. La mayoría requerida para ese ejercicio de la iniciativa es la muy cualificada de dos tercios (en el nuevo Estatuto andaluz, los dos tercios actuales sustituyen a los tres quintos de su versión inicial), salvo en el caso del Estatuto vasco, que obedece a su redacción inicial y que requiere solo mayoría absoluta. Merece reseñarse que en el nuevo Estatuto de Cataluña se ha introducido, junto a la posibilidad de la propuesta de iniciativa de reforma estatutaria por entes locales (que también se prevé en algunos EE.AA. del art. 146 CE: Asturias, La Rioja, Murcia o Madrid), la propuesta popular (por 300.000 electores), posibilidades ambas que, de momento al menos, no tienen lugar en los demás EE.AA. elaborados por el cauce del art. 151 CE.

De lo hasta aquí expuesto cabe concluir que **también en la reforma de los Estatutos ha acabado dándose un proceso de convergencia** entre los que fueron elaborados

de un modo (el común u ordinario del art. 146 CE) o lo fueron de otro (el especial del art. 151 CE): incluso en el dato que objetivamente les distingue más, el referéndum (y dejando a un lado la importante objeción que, sobre la extensión de este trámite a los EE.AA. que fueron elaborados sin él, se ha visto en el comentario al art. 147.3 CE), el desenvolvimiento normativo de la evolución experimentada por los Estatutos ha hecho desaparecer la posibilidad de tal diferencia. A la ya muy notable homogeneidad institucional y competencial entre Comunidades Autónomas, que ha venido teniendo lugar más o menos continua o sincopadamente desde que se pusiera en marcha la organización territorial del Estado español, se une ahora esta posibilidad (si es voluntad de los estatuyentes ordinarios o comunes en relación con el referéndum) de homogeneidad del régimen de reforma de los Estatutos, sin duda de mucha más relevante significación.

II. LA INCIDENCIA DE LAS CORTES GENERALES EN EL PROCESO DE REFORMA ESTATUTARIA: LA LIMITACIÓN DEL PRINCIPIO *CONTRARIUS ACTUS* EN LA REFORMA DE LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA RESPECTO DE SU ELABORACIÓN

A partir de esta constatación de la indisponibilidad unilateral del Estatuto de Autonomía por reservarse la iniciativa de reforma el Parlamento regional, característica que comparten con los elaborados por el cauce del art. 146 CE, es cuando surge el verdadero interés de la cuestión, en relación, naturalmente, con el mantenimiento de la peculiaridad del carácter negociado del surgimiento de los EE. AA. elaborados por la vía del art. 151.2 CE. El contexto en el que ese carácter ha de proyectarse es el de la tramitación de las Cámaras parlamentarias nacionales, a las que corresponde aprobar el Estatuto con su contenido definitivo. El Estatuto puede determinar, en uso precisamente de la remisión de los

arts. 147.3 y 152.2 CE, trámites de dichas Cámaras en relación con su propia reforma, pues **el Estatuto no deja de ser una ley orgánica, integrante del ordenamiento jurídico estatal (art. 147.1 CE) que, como tal, también obliga a las Cortes Generales.** Eso sí, tales disposiciones estatutarias afectantes al modo de actuar de las Cámaras representativas nacionales siempre deberán respetar su autonomía reglamentaria constitucionalmente garantizada (art. 72.2 CE), autonomía que incluye, indudablemente, los trámites que las mismas puedan disponer para conocer de la reforma estatutaria y para decidir sobre la misma, máxime cuando dispongan la audiencia o la intervención de la Comunidad que persiga modificar su Estatuto. Ya entre los EE.AA. elaborados por el cauce común, el Estatuto de Valencia estableció desde el inicio un determinado modo de proceder de las Cortes Generales caso de que no aprueben la reforma estatutaria propuesta por las Cortes valencianas (art. 61.4 inicial, art. 81.4 en la versión actual de dicho Estatuto); y esas mismas determinaciones alcanzan cierta extensión en el caso de la nueva redacción del Estatuto catalán (art. 223.1).

La cuestión puede tener una extraordinaria relevancia práctica, como de hecho ha tenido, pues, en uso de esa autonomía reglamentaria, y como tuvo ya ocasión de verse en el comentario del art. 147.3 CE, **el reflejo en los Reglamentos parlamentarios del procedimiento de reforma de los Estatutos de Autonomía** queda reducido al escueto art. 145 RCD, que viene a ser una reiteración de dicho art. 147.3 CE, por lo que en 1993 las Presidencias del Congreso y del Senado dictaron, respectivamente, la Resolución de la Presidencia del Congreso de los Diputados, de 16 de marzo (RPCD), y la Norma Supletoria de la Presidencia del Senado, de 30 de septiembre (NSPS). En lo que aquí interesa, las mismas contienen la regulación de los trámites que ha de seguir la reforma estatutaria *ex* art. 152.2 CE. Y tales disposiciones parlamentarias han dispuesto una regulación que, en gran medida, se remite a la tramitación de la elabora-

ción originaria de los mismos: en particular, dispone el mismo modo de proceder entre la Comisión Constitucional del Congreso y la delegación de la Asamblea autonómica proponente en relación con la reforma pretendida, en orden a que determinen «de común acuerdo su formulación definitiva» (ap. 7.º RPCD). Con la gran diferencia respecto a la elaboración de que, aquí en la reforma, la Asamblea proponente de la misma es un órgano plenamente ya representativo del territorio, lo que obvia el serio obstáculo formal que entonces existía para hablar de un carácter verdaderamente negocial del proceso de elaboración, y dota de un sentido notablemente más correcto la aludida afirmación del Tribunal, de que «característica de los Estatutos de Autonomía es [...] [el] carácter paccionado de su procedimiento de elaboración y, *sobre todo, de reforma*» [STC 247/2007, de 12 de diciembre (LA LEY 185358/2007), FJ 6].

Ahora bien, **no todo el procedimiento de reforma ha de obedecer al citado principio *contrarius actus***, según las disposiciones de las respectivas Presidencias de las Cámaras parlamentarias nacionales. Y así, la citada Resolución de la Presidencia del Congreso de los Diputados ha introducido, como primero de los trámites en el régimen común a la reforma de los EE.AA., un debate de totalidad sobre los proyectos de reforma estatutarios que se presenten que, de ser desfavorable, supone el rechazo *a limine* de la misma «con los efectos establecidos en los Estatutos de autonomía» (ap. 3.º RPCD, aplicable a los EE.AA. del art. 151.2 CE en virtud de la remisión del ap. 7.º de la misma Resolución: cabe, como excepción, que antes del debate de totalidad, el Pleno de la Cámara baja opte por la tramitación en lectura única de la propuesta de reforma, excepción pensada para las reformas sencillas que no planteen problemas y sobre las que haya acuerdo generalizado, pues tal excepción ha de tener lugar a propuesta de la Mesa de la Cámara y oída la Junta de Portavoces, según el ap. 4.º RPCD). Y es que, como el Tribunal Constitucional ha afirmado, de la Constitución no se deriva en nin-

gún momento que haya obligación alguna de que la tramitación de la reforma de los EE AA. (concretamente de los elaborados por el art. 151.2 CE), sea idéntica a la de su elaboración: «el art. 151.2 CE regula el procedimiento para la elaboración de los Estatutos de Autonomía [...] sin que en dicho precepto se contenga previsión alguna en relación con la reforma de los Estatutos de Autonomía cuyo procedimiento de elaboración regula», de modo que «[l]a Constitución distingue, pues, de manera inequívoca el procedimiento de elaboración de los Estatutos de Autonomía previsto en el art. 151.2 CE del procedimiento de reforma de los mismos y por ello, sin duda alguna, no impone que los Estatutos de Autonomía elaborados por el procedimiento del art. 151.2 CE hayan de reformarse siguiendo dicho procedimiento» [AATC 44/2005, de 31 de enero (LA LEY 258/2005), FJ 3; 45/2005, de 31 de enero (LA LEY 23283/2005), FJ 3, y 85/2006, de 15 de marzo (LA LEY 468/2006), FJ 8].

El proceso de negociación que a partir de 1993, con las normas aludidas de las Presidencias de las Cámaras parlamentarias nacionales, caracteriza en mayor (a los del art. 151.1 CE) o menor (a los del art. 146 CE) medida a los Estatutos, ha de partir de la premisa de una voluntad concurrente sobre la idea misma de la reforma del Estatuto, tanto por la Comunidad Autónoma como por las Cortes Generales. Si estas no estiman conveniente el momento (como antes de las citadas disposiciones parlamentarias sucediera, p. ej., con las reformas aprobadas por las Cortes de Castilla y León en 1988, el Parlamento de Asturias en 1990 y el Parlamento balear en 1991, que no se tramitaron en las Cortes Generales ante la ausencia de voluntad política para ello), o no estiman adecuada la forma en que se presenta la propuesta de reforma (como en el caso de la propuesta de reforma del Estatuto vasco de diciembre de 2004, que fue rechazada por el Congreso de los Diputados en el trámite aludido del debate de totalidad), el proceso de «negociación» no tiene, en realidad, margen para su comienzo. Si en el cauce del art. 152.2 CE se da esa voluntad

concurrente inicial, de no llegarse después al acuerdo que propicia el conjunto de trámites parlamentarios dispuestos (directamente en las mencionadas disposiciones parlamentarias de 1993 reguladoras de la reforma estatutaria, o por remisión de estas) en el plazo establecido de dos meses, la Comisión Constitucional del Congreso emana un Dictamen (en exclusiva de este órgano) sobre las enmiendas presentadas al articulado de la reforma estatutaria propuesta, para su sometimiento subsiguiente al Pleno de la Cámara (ap. 7.º *in fine* RPCD); vale decir, acaba en una tramitación legislativa como la de los Estatutos del art. 146 CE. Eso sí, al igual que en los Estatutos elaborados por el procedimiento común y según se ha dicho ya, la Asamblea parlamentaria autonómica siempre podrá retirar la propuesta en cualquier momento de su tramitación ante la Cámara, antes de que esta se pronuncie definitivamente, posibilidad que han incorporado también los dos EE.AA. del art. 151 CE modificados hasta la fecha, con la especificación, además, de que esa retirada no supondrá la penalización que prevén los mismos textos estatutarios a los fracasos de las reformas (habitualmente, la imposibilidad de su reintento en un año). No deja de ser significativo en tal sentido, sin embargo, que, de ejercer la Asamblea autonómica dicha posibilidad de retirada, la Resolución de la Presidencia dispone que «se entenderá que la propuesta de reforma no ha sido aceptada por las Cortes Generales» (ap. 5.º *in fine* RPCD), esto es, no se entenderá que las enmiendas pretendidas por el Parlamento nacional no han sido aceptadas por la Asamblea autonómica.

III. EL REFERÉNDUM EN LA REFORMA DE LOS ESTATUTOS DEL ART. 151 CE

1. Tipos de reforma

La última fase de la reforma de estos EE.AA. elaborados según el art. 151 CE es el referéndum: obligatorio para los mismos, como que-

da dicho (frente a su voluntariedad para el caso de los del art. 147.3 CE, producto de la interpretación que se ha realizado y que acaba dotando de más autonomía en la determinación de un contenido tan significativo como es el de su reforma, a los Estatutos ordinarios que la que tienen los especiales), también prevén los hasta ahora modificados (el de Cataluña y el de Andalucía) que la aprobación de la reforma por las Cortes Generales mediante ley orgánica incluirá la autorización del referéndum. En el caso del Estatuto andaluz se dispone que tal autorización en el procedimiento ordinario de reforma estará «implícita» en tal ley orgánica (art. 248.3), regulación que encuentra su apoyo en la imperatividad de tal trámite *ex art.* 152.2 CE —lo que excluye a *radice* una regulación como esta del Estatuto andaluz en un Estatuto elaborado por otra vía que no sea la del art. 151 CE—, pero que no deja de plantear dudas en tanto en cuanto supone concebir el ejercicio «implícito» de una competencia exclusiva estatal (art. 149.1.32.^a CE), cuando la alternativa es simplemente la inclusión de la autorización en la misma Ley [como dispone el nuevo Estatuto de Cataluña: art. 223.1.j)], o la exigencia de que dicha autorización haya de tener lugar mediante el medio normativo de que se trate.

La celebración del referéndum puede variar al momento anterior o posterior de la aprobación por las Cortes Generales de la reforma estatutaria propuesta. En efecto, en uso de las posibilidades que confiere el art. 152.2 CE, los EE.AA. del art. 151 han previsto dos procedimientos que cabe designar para diferenciarlos como simplificado y ordinario, en función de que la reforma afecte, o no, a las relaciones de la Comunidad Autónoma con el Estado, apreciación esta que corresponde a las Cortes Generales. Tal criterio hace idónea la vía simplificada para resolver las reformas que afectan a la organización interna de la Comunidad. La diferencia esencial entre el modo de reforma común y el que cabe designar como simplificado estriba en la mayor sencillez, en princi-

pio, de este: la no declaración de afectación de las relaciones entre el Estado y la Comunidad Autónoma por las Cortes Generales de reforma estatutaria que se pretende, permite proceder al referéndum de forma inmediata tras su aprobación por el Parlamento autonómico y, de ser este exitoso, que las Cortes Generales aprueben la reforma mediante ley orgánica. En el supuesto de que en las Cortes Generales se declaren afectadas las relaciones entre Estado y Comunidad Autónoma, la reforma propuesta adopta la tramitación común u ordinaria.

Así es en los Estatutos del País Vasco (art. 47) y Galicia (art. 57), no modificados, y así sigue siendo también en el nuevo Estatuto de Andalucía: arts. 248 y 249. Pero no en la nueva versión del de Cataluña, donde se ha establecido una regulación singular, optando por un criterio material de distinción entre procedimientos de reforma, en cuya virtud el más simple se aplica a la alteración «de los Títulos I y II del Estatuto», versando el Título II sobre «Las instituciones» y el Título I sobre «Derechos, deberes y principios rectores»; la simplicidad consiste en este caso en que la declaración de no afectación por las Cortes Generales comporta soslayar los trámites dispuestos en las disposiciones de las Presidencias de las Cámaras parlamentarias reiteradamente aquí aludidas, pero, además de requerir la misma mayoría cualificada que para la aprobación de las demás reformas por el Parlamento autonómico (dos tercios), dispone el necesario referéndum tras la «ratificación» de la modificación estatutaria por las Cortes mediante ley orgánica, y no, como en los demás casos de los EE.AA. del art. 151 CE, con anterioridad. Por lo demás, si bien esta ley orgánica es literalmente hecha consistir por el Estatuto catalán, como se acaba de decir, en la «ratificación» de lo aprobado por el Parlamento autonómico (lo que implicaría la imposibilidad de alterar su contenido, pudiendo solo aprobarlo o rechazarlo, como parece evidente que perseguía el legislador estatutario) una vez ya constatado por las Cortes que la reforma en ciernes no afecta a las relaciones con

el Estado [art. 222.1.b)], el TC ha interpretado que ese término ha de entenderse sinónimo del de «aprobación» y, por ende, que las Cortes tienen «plenitud legislativa» en esa «ratificación» (STC 31/2010, FJ 143).

2. La reforma en los Estatutos de Autonomía de los arts. 151 y 146 CE: sobre el carácter supuestamente paccionado del proceso de elaboración y reforma de tal fuente

En todo caso, la significación del referéndum como diferencia entre los EE.AA. elaborados por la vía del art. 151.2 CE y los elaborados por la vía de los arts. 146 o 144 CE, ha devenido **un dato menor** desde el momento en que, como ha quedado ya dicho, se ha interpretado que estos segundos también pueden incorporar tal trámite. Se trataba, por lo demás, de **una diferencia sin trascendencia jurídica entre unos y otros Estatutos**, pues no dotaba a los que hasta el momento debían necesariamente incluirlo en la autorregulación de su reforma de un plusvalor o de un carácter superior a los demás Estatutos. La distinción se correspondía con una mayor legitimidad socio-política, producto de la expresión de la voluntad popular directamente sobre la norma estatutaria.

Finalmente, todo lo anteriormente señalado quedaría incompleto si no se reiterase lo dicho al tratar del procedimiento general de la reforma estatutaria establecido en el art. 147.3 CE, a saber, que **el Estado siempre tendrá la posibilidad de disponer de los Estatutos de Autonomía mediante la vía indirecta de la reforma constitucional**: bien mediante el art. 168 CE para todo lo a él reservado, bien mediante el art. 167 CE para el resto; así como que, en esa reforma constitucional, y frente a lo que ocurre como regla general en los sistemas federales, las Comunidades Autónomas tienen una intervención limitada a la propuesta de iniciativa por parte de sus Asambleas Legislativas en los términos previstos en el art. 87.2 CE, sin participación debida en la fase constitutiva de la misma.

Del conjunto de todo lo visto, parece que **el carácter paccionado del proceso de reforma de los Estatutos de Autonomía** elaborados por la vía del art. 151 CE, que aparentemente resulta de la literalidad del articulado, **ha de ser bastante relativizado desde la perspectiva jurídica**, que es la que aquí importa: el comienzo de la tramitación en el Congreso de los Diputados con el debate de totalidad, el final del proceso y su consecuencia (tramitación como ley orgánica del proyecto de reforma) si no se llega al acuerdo, la inalterabilidad de la situación existente que supone la retirada del proyecto de reforma, y, en fin, la posibilidad, siquiera sea en último extremo, de la modificación estatutaria sin el concurso de la Comunidad Autónoma vía reforma constitucional, son extremos no precisamente banales a la hora de afirmar sin mayores matizaciones el carácter paccionado de los EE.AA. elaborados por el cauce procedimental del art. 151 CE. Lo que no quita que, pese a todo ello, resulta indudable el carácter tendencialmente convencional de tales Estatutos: del mismo modo que, ya en la actualidad, dicho carácter resulta también predicable de los Estatutos ordinarios o comunes, aunque no se prevea un procedimiento tan complejo respecto de su modificación como el visto para los Estatutos del art. 151 CE. Es una demanda lógica de un modo de organización territorial como el que ha devenido en la actualidad el español. A ello obedece la afirmación del Tribunal Constitucional, diversas veces aludida aquí, de que «característica de los Estatutos de Autonomía es [...] [el] carácter paccionado de su procedimiento de elaboración y, sobre todo, de reforma» [STC 247/2007, de 12 de diciembre (LA LEY 185358/2007), FJ 6]: adviértase no obstante, como también se ha señalado ya, que afirma tal carácter del *iter* procedimental, no de su naturaleza, que, en cuanto formalmente es la de ley orgánica estatutaria, hace de ella un resultado única y exclusivamente imputable al Estado, en cuyo ordenamiento se integra (art. 147.1 CE). Por si hubiere alguna duda, así lo ha subrayado el Tribunal Constitucional: «Los

Estatutos de Autonomía se integran en el Ordenamiento bajo la forma de un específico tipo de ley estatal: la ley orgánica... Su posi-

ción en el sistema de fuentes es, por tanto, la característica de las leyes orgánicas» (STC 31/2010, FJ 2).

BIBLIOGRAFÍA

Cfr. la bibliografía citada en el comentario al art. 147.3 CE. Además, en particular respecto de la reforma de cada uno de los Estatutos de Autonomía elaborados por el cauce del art. 151.1 CE, cfr.:

AGUADO RENEDO, C., «Reforma de los Estatutos y Título Preliminar de la Constitución», en RUIZ-RICO, G. (Coord.), *La reforma de los Estatutos de Autonomía. Actas del IV Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, págs. 81 y ss.

CRUZ VILLALÓN, P., «Arts. 74 y 75», en *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Andalucía*, MAP-IEAL, 1987, págs. 807 y ss.

ESPÍN TEMPLADO, E., «Reforma del Estatuto de Cataluña», en *Comentarios sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña*, v. III, Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona 1990, págs. 815 y ss.

JIMÉNEZ ASENSIO, R., «La reforma del Estatuto de Autonomía del País Vasco: Problemas de tramitación parlamentaria», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 9, 1984, págs. 159 y ss.

MONTILLA MARTOS, J. A., «Comentarios a los arts. 248 a 250», en CRUZ VILLALÓN, P. y MEDINA GUERRERO, M., *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, vol. IV, Parlamento de Andalucía, 2012, págs. 3333 y ss.

RUIPÉREZ ALAMILLO, J., *La reforma del Estatuto de Autonomía para Galicia*, Universidades da Coruña, 1994.

ARTÍCULO 152.3

LAS AGRUPACIONES DE MUNICIPIOS

Sumario: I. Los arts. 152.3 y 141.3 como habilitación al legislador para crear agrupaciones de Municipios y, en especial, para la completa comarcalización. II. Legitimación constitucional para restringir la autonomía municipal y provincial. III. «Interiorización autonómica» de estos entes intermedios que no excluye por completo su regulación básica. IV. El significado de la remisión a los Estatutos de Autonomía. V. Las previsiones estatutarias sobre las Comarcas y su escasa aplicación efectiva.

MANUEL REBOLLO PUIG

CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO
UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA*

I. LOS ARTS. 152.3 Y 141.3 COMO HABILITACIÓN AL LEGISLADOR PARA CREAR AGRUPACIONES DE MUNICIPIOS Y, EN ESPECIAL, PARA LA COMPLETA COMARCALIZACIÓN

Tanto el ap. 3 del art. 152 como el art. 141.3 de la Constitución, con el que guarda íntima relación, tienen esencialmente el significado de una autorización o **habilitación para establecer entes locales intermedios** entre el Municipio y la Comunidad Autónoma, entes distintos de la Provincia y de la Isla.

La habilitación es muy abierta. Solo queda condicionada por tratarse de «agrupaciones de municipios» (pero esa misma expresión en referencia a las Provincias fue devaluada por el TC en STC 38/1983, de 16 de mayo, FJ 6: «puede entenderse como simple alusión a una base física, geográfica o territorial»); y por el dato de la «plena personalidad jurídica» (lo mismo que dice el art. 140 de los Municipios, con lo que parece que se quiere reforzar su significado, aunque sería más correcto hablar simplemente de personalidad jurídica y plena capacidad jurídica), personalidad que ni siquiera

aparece en el art. 141.3 CE. Así que la habilitación no se constriñe a la creación de **Comarcas** (de hecho, se rechazó una enmienda que proponía que se hiciera expresa referencia a las Comarcas porque entonces habría que hacer referencia también a otras entidades), aunque indefectiblemente y con razón se asocian estos preceptos a ellas. Las agrupaciones de Municipios simplemente mencionadas en este art. 152.3, como en el 141.3, pueden tener significados y alcances muy variados. Pueden entrañar solo pequeños retoques en el conjunto del régimen local o suponer, por el contrario, una alteración relevante en la organización territorial y en la planta de las Administraciones Públicas. Solo es seguro que los entes locales constitucionalizados —Municipios, Provincias e Islas— no tienen que ser los únicos. Pero, reconocido lo anterior, esos entes intermedios formados por agrupaciones de Municipios pueden constituir figuras muy diferentes. Enunciamos solo las más conocidas en nuestro régimen local:

— Puede tratarse, en primer lugar, de **mancomunidades de Municipios** (que ahora encuentran su regulación básica en los arts. 4.3 y 44 LRBRL). Cierta que, basadas como están

* Grupo de Investigación de la Junta de Andalucía SEJ-196. Proyecto DER2015-67695-C2-P (MINECO/FEDER, UE).

en la voluntad de los propios Municipios mancomunados, no necesitan de un fundamento constitucional específico ni previsión estatutaria y que es poco probable que el constituyente estuviera pensando en ellas ni siquiera con su parco art. 141.3 y menos aún en el art. 152.3. Pero son agrupaciones de Municipios en el sentido más estricto y por ello encuentran asidero en ese art. 141.3 CE.

— Puede tratarse, en segundo lugar, de **áreas metropolitanas** [fórmula ahora prevista en el art. 43 LRBRL y escasamente utilizada hasta la fecha (Áreas Metropolitanas de Servicios Hidráulicos y de Tratamiento de Residuos de Valencia, Ley autonómica 8/2010; Área Metropolitana de Barcelona, Ley autonómica 31/2010)]. De hecho, el art. 43.1 LRBRL permite a las Comunidades Autónomas crearlas «de acuerdo con lo previsto en sus respectivos Estatutos», lo que hace pensar que el legislador básico las encaja en el art. 152.3 CE.

— También quedan incluidas las **agrupaciones forzosas de Municipios**. La constitucionalidad de estas agrupaciones, que preveían las leyes anteriores a la Constitución, fue reconocida por la STC 4/1981, de 2 de febrero de 1981 (FJ 8). De hecho, se prevén en algún Estatuto de Autonomía (por ejemplo, el de Extremadura, que en su art. 58 habla de la creación de «agrupaciones voluntarias o necesarias de Municipios»). Además, sigue recogiendo la legislación estatal supletoria (así, art. 161 TRRL para el sostenimiento por la agrupación de Municipios del Secretario común) y algunas leyes autonómicas (por ejemplo, la de Galicia 5/1997, arts. 168 a 170). No es una fórmula actualmente muy utilizada, pero quizá sea muy adecuada para compensar la existencia de micromunicipios como una alternativa más suave a la de su fusión.

— Hasta otras figuras históricas como las Comunidades de Tierra, Asocios, Reales Señoríos, Comunidades de Pastos y demás a que se refiere el art. 37 TRRL y distintas leyes autonómicas encuentran algún anclaje en las previsiones constitucionales sobre agrupa-

ciones de Municipios, sobre todo en la del art. 141.3 CE. En algún caso cuentan incluso con reconocimiento del Estatuto de Autonomía [v. gr., art. 29.2.c) del de Castilla-La Mancha, que habla «reconocer el hecho de comunidades supramunicipales, tales como las de Villa y Tierra, el Señorío de Molina y análogas»].

Nótese que el art. 141.3 CE ni siquiera impone que esas agrupaciones hayan de tener personalidad jurídica, ni que se trate de Municipios limítrofes, ni que no puedan ser superiores a las Provincias, por lo que las posibilidades no pueden reducirse a los tipos anteriores. De hecho, la legislación catalana conoce también «las comunidades de municipios» (arts. 123 y ss. de la Ley Municipal y de Régimen Local, Texto Refundido de 2003), que no tienen personalidad jurídica propia.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que, según la interpretación que dio la STC 31/2010, de 28 de junio, a los arts. 83.1, 90 y 91 EAC, la veguería no es simplemente el nombre que la Provincia recibe en Cataluña, sino que, por el contrario, según su FJ 40, es «*una entidad local distinta de la Provincia*». *Si así se acepta (aunque esto parece desmentido por la Ley catalana 30/2010, de veguerías), también habría que colocar a las veguerías en el marco del art. 152.3 CE.*

Pero la habilitación constitucional cobra más sentido y justificación teniendo en cuenta que también y sobre todo autoriza la creación de Comarcas; más aún, permite una **completa comarcalización** de las Comunidades Autónomas. Es esto, sobre todo, lo que estaba en la voluntad del constituyente, en especial, en el art. 152.3. Así se concluye al comprobar que este tiene su origen en una enmienda del Grupo Socialista de Cataluña que la justificó por referencia a las Comarcas y como forma de «satisfacción a una vieja aspiración del movimiento comarcalista, viva y profundamente sentida no solamente en Cataluña». Es esto, además, lo que explica la remisión del art. 152.3 a los Estatutos de Autonomía, así como la exigencia de que se trate de Municipios

pios limítrofes, requisito que no aparece en el art. 141.3 CE.

Bajo el nombre de Comarca pueden acogerse realidades jurídicas relativamente diferentes y, desde luego, la Constitución, que ni siquiera las menciona expresamente, no cierra ninguna posibilidad. Ni siquiera que la Comarca aparezca como una solución aislada para alguna situación específica. Lo que importa enfatizar es que la parca autorización constitucional permite la creación de Comarcas como un nuevo escalón de Administración local territorial que se suma al municipal y al provincial y al que pueden corresponder, en consecuencia, competencias propias para la gestión de intereses propios. O sea, que la Constitución permite, entre otras cosas de menor relevancia institucional, la creación de Comarcas como entes territoriales que son los que estructuran el conjunto del sistema político y administrativo, los que tienen un auténtico sustrato social, una población, unos miembros, los que están más necesariamente imbuidos del principio democrático y los que constituyen centros primarios de poder público con intereses y asuntos públicos propios de amplitud, así como mayor posibilidad de asumir nuevas actividades. Por tanto, no se trata —a diferencia de lo que sucede con las mancomunidades, con las áreas metropolitanas o con las tradicionales agrupaciones forzosas de Municipios— de entes que sencillamente gestionen de forma conjunta las competencias de los Municipios, sino algo distinto de más calado. Eso es lo que late en la jurisprudencia del TC cuando ha explicado que la creación de Comarcas supone una redistribución de competencias que afectará al escalón superior, esto es, a las Provincias, y al escalón inferior, esto es, a los Municipios. Eso es también lo que subyace en la LRBRL, pues, aunque su art. 3.1 no enumera a las Comarcas entre las Administraciones Públicas de carácter territorial a las que su art. 4.1 atribuye directamente las potestades superiores, permite que sea esa

la caracterización que le den las Comunidades Autónomas (art. 4.2), y es ello, además, lo que mejor se corresponde con el art. 42 de la propia LRBRL que exige para su creación y configuración una ley autonómica (ap. 3), sin que la voluntad de los Municipios sea constitutiva ni suficiente ni imprescindible ni siempre determinantemente impeditiva (ap. 2; menos aún en el caso de Cataluña, disposición adicional 4.^a de la misma LRBRL).

En conclusión, con independencia de que este art. 152.3, unido al 141.3 CE, también permite otras cosas de menor trascendencia, la habilitación llega hasta el máximo de la creación de Comarcas como un nuevo escalón general de Administración territorial y a una completa comarcalización por voluntad de la ley, pues es justamente la voluntad del legislador autonómico la que crea y define las Comarcas; y ello aunque el legislador haya decidido dar también alguna relevancia a la voluntad de los Municipios y hasta de las Provincias (art. 42.2 LRBRL).

II. LEGITIMACIÓN CONSTITUCIONAL PARA RESTRINGIR LA AUTONOMÍA MUNICIPAL Y PROVINCIAL

La habilitación al legislador que esencialmente contiene el art. 152.3, así como el art. 141.3, tienen una consecuencia indirecta pero importante: la de **legitimar severos límites a la autonomía municipal y provincial**.

Lo ha destacado el TC especialmente ante la creación de Comarcas y tanto en lo que pueda comportar para las Provincias como para los Municipios. Respecto a las primeras, fue muy significativa la STC 32/1981, de 28 de julio, que dijo que «cabe derivar de la Constitución razones que apuntan a la posibilidad de que estos intereses provinciales y las competencias que su gestión autónoma comporta, han de ser inflexionados para acomodar esta pieza de nuestra estructura

jurídico-política a otras entidades autonómicas de nueva creación»; y sobre todo que la posible creación de agrupaciones de Municipios diferentes de la Provincia permitida por los arts. 141.3 y 152.3 CE podrán asumir «competencias que eran anteriormente competencias provinciales, con lo que por esta vía puede producir igualmente una cierta reducción en el contenido propio de la autonomía provincial». Así que algunos de los intereses antes considerados provinciales «podrán ser configurados como intereses infraprovinciales y atribuirse su gestión a entidades de esta naturaleza». Respecto a los Municipios, la STC de referencia es la 214/1989, de 21 de diciembre, en concreto su FJ 13. Allí aceptó una regulación (la del art. 42.2 y disp. adic. 4.^a LRBRL) que permite crear Comarcas pese a que se opongan parte de los Municipios integrados y también que ello supusiera incluso la pérdida de parte de las competencias que les reconoce la legislación estatal básica en el art. 25 LRBRL. En definitiva, por lo que ahora interesa, los arts. 141.3 y 152.3, en cuanto permiten la creación de Comarcas, permiten también al legislador un cierto recorte o acomodación de la autonomía provincial y municipal.

Pero el TC lo ha destacado también frente a la creación de agrupaciones forzosas de Municipios. La STC 4/1981, de 2 de febrero, en su FJ 8 basó aquí mismo la constitucionalidad de estas agrupaciones forzosas previstas por la legislación preconstitucional: de acuerdo con el art. 141.3 CE, «que guarda estrecha conexión con el 152.3 de la propia Constitución, hay que estimar que la autonomía local está limitada por la posibilidad de crear agrupaciones de municipios. Sin prejuzgar el alcance exacto de los preceptos de la Constitución aludidos, es claro que no se opone a la misma la creación de agrupaciones con fines limitados, que no tienen el carácter de entes territoriales». Desde este punto de vista, el precepto entraña sobre todo la consagración de un severo límite a la autonomía municipal, un límite que sin esta consagración constitucional

expresa sería difícilmente admisible y que, incluso con ella, debe aparecer como una medida justificada y proporcionada. Así entendió la STC citada que lo era la regulación antes existente sobre estas agrupaciones forzosas: «Las causas previstas para esta creación por la Ley aparecen justificadas, ya que tienden a superar la insuficiencia de medios de los Municipios —para el sostenimiento de la Secretaría municipal y, en su caso, del personal común, o para la prestación de servicios públicos considerados esenciales por la Ley—, o a facilitar la ejecución de obras y servicios subvencionados o delegados por el Estado».

Naturalmente, lo que hemos visto en la jurisprudencia constitucional ante Comarcas y agrupaciones forzosas de Municipios se puede y debe trasladar a otros entes intermedios, como las áreas metropolitanas. Lo que interesa destacar aquí es que, desde esta perspectiva, los arts. 141.3 y 152.3 CE cobran otro sentido y adquieren otra función en tanto que, más que simplemente admitir la posibilidad de nuevas figuras, justifican constitucionalmente límites a la autonomía municipal y provincial.

III. «INTERIORIZACIÓN AUTONÓMICA» DE ESTOS ENTES INTERMEDIOS QUE NO EXCLUYE POR COMPLETO SU REGULACIÓN BÁSICA

La remisión que hace el art. 152.3 CE a los Estatutos, unida a su ubicación en la regulación de las Comunidades Autónomas, pone de relieve la «**interiorización autonómica**» de estos posibles entes intermedios, que se refuerza al calificarlos como «circunscripciones territoriales *propias*». Si bien el término de «circunscripciones territoriales» es poco expresivo y hasta equívoco, su adjetivación como «*propias*» pone de manifiesto su consideración como estructura específica y disponible por la correspondiente Comunidad Autónoma. Incluso, en cierto modo, con esta mención en el art. 152.3 CE y su remisión a

los Estatutos, se apunta a la idea de incluir la creación de estos entes como expresión de la potestad de autoorganización territorial de las Comunidades Autónomas y no solo de su competencia sobre régimen local. Esta «interiorización autonómica» de los entes intermedios —paradigmáticamente, de la Comarca— la ha enfatizado reiteradamente el TC. Ya en la STC 32/1981, de 28 de julio, FJ 3, se leía: «[...] estas agrupaciones cuya autonomía no aparece constitucionalmente garantizada [...] tienen una clara vocación autonómica correctamente confirmada por el Estatuto de Cataluña [...]». En esta dirección, destaca la anulación por la STC 214/1989 de un precepto de la redacción originaria de la LRBRL que permitía al Estado atribuir directamente competencias a las Comarcas, áreas metropolitanas y otras entidades locales no necesarias o contingentes. Su FJ 4.b) lo razonó así:

«Tal posibilidad debe estimarse incurra en inconstitucionalidad por ser contraria al sistema de distribución de competencias en materia de régimen local entre el Estado y las Comunidades Autónomas, ya que el Estado viene a incidir sobre unas Entidades que solo las Comunidades Autónomas pueden crear (STC 179/1985, de 19 de diciembre, FJ 2). Estas Entidades, en efecto, entran en cuanto a su propia existencia en el ámbito de disponibilidad de las Comunidades Autónomas que dispongan de la correspondiente competencia.

Se trata, en consecuencia, de unas Entidades con un fuerte grado de «interiorización» autonómica, por lo que, en la determinación de sus niveles competenciales, el Estado no puede sino quedar al margen. Corresponde, pues, en exclusiva, a las Comunidades Autónomas determinar y fijar las competencias de las Entidades locales que procedan a crear en sus respectivos ámbitos territoriales.»

Y esto no solo lo ha afirmado para las competencias, sino que lo ha extendido a otros aspectos capitales. Baste citar la STC 48/2004, de 25 de marzo, FJ 13: «Como dijimos en la misma sentencia (la 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 37), las comarcas «cuya autonomía no aparece constitucionalmente garantizada» (STC 32/1981, FJ 3), constituyen entidades locales «con un fuerte grado de interiorización autonómica», debiendo ser «la propia Comunidad Autónoma la que, a la hora de proceder a la creación de tales entidades supramunicipales, habrá de prever al mismo tiempo el régimen de recursos financieros aplicables que estimen pertinentes con cargo a los presupuestos de la respectiva Comunidad Autónoma». La misma doctrina ha sido reiterada después como muestra la STC 168/2016, de 6 de octubre, FJ 4.a): la legislación autonómica «... es, precisamente, la que puede establecer una regulación completa de la comarca, no limitada a las líneas fundamentales, aunque, naturalmente, respetando la legislación estatutaria y básica a este respecto, si es que existe. A su vez, hay que tener en cuenta que en este preciso ámbito la competencia básica estatal derivada del art. 149.1.18.^a CE es más estrecha y, por tanto, que la competencia estatutaria de las Comunidades Autónomas es más amplia». Un ejemplo de esta limitación de las bases ofrece la STC 54/2017, de 11 de mayo, que, tras recordar en su FJ 4 el «fuerte grado de interiorización autonómica» de este tipo de entes, declaró inconstitucionales los aps. 3 y 4 del art. 104 bis LRBRL en la redacción dada por Ley 27/2013 que excluían para estos entes la existencia de puestos de trabajo cuya cobertura correspondiera a personal eventual.

Ahora bien, como se deduce de las mismas sentencias citadas, aunque de forma especialmente reducida, el Estado tiene competencia para establecer algunas **bases sobre este tipo de entes locales**. De hecho, hay una regulación en la LRBRL y fue expresamente salvada por el TC. Concretamente respecto a las Comarcas, el art. 42 LRBRL impone ciertos condicionamientos a la competencia autonó-

mica cuya constitucionalidad aceptó por completo la STC 214/1989, de 21 de diciembre, en su FJ 13. Sobre todo legitimó esa regulación estatal por el propósito de garantizar la autonomía municipal frente a la posible creación autonómica de Comarcas. Sin entrar en detalle en ello, lo cierto, en suma, es que esa «interiorización autonómica» de estos entes intermedios que se refleja en el art. 152.3 CE no es absoluta ni impide que el Estado imponga algunos límites al legislador autonómico.

IV. EL SIGNIFICADO DE LA REMISIÓN A LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

Debe notarse que la habilitación del art. 152.3 CE se hace precisamente en favor de los Estatutos de Autonomía y, en realidad, no de todos, sino de los de las Comunidades Autónomas que hubieran seguido la vía del art. 151 CE o alguna de las asimiladas a ella.

Desde luego comporta esto una **autorización a esos Estatutos** para que aborden estas agrupaciones de Municipios con relativo detalle, incluso hasta proceder ellos mismos a establecerlas, como dice literalmente el apartado comentado. Es decir, que permite que esto sea contenido de los Estatutos que, por tanto, pueden desbordar en este aspecto el que les señala art. 147.2 CE.

Pero también los **Estatutos de las demás Comunidades** pueden contener estas previsiones de agrupaciones municipales y, en particular, de Comarcas. Varias razones lo abonan. De un lado, es bien sabido que otras muchas previsiones del art. 152 se han extendido a todas las Comunidades Autónomas, sin que el hecho de que hubieran seguido la vía del art. 143 CE o alguna de las equivalentes haya sido obstáculo. Además, habiendo transcurrido los cinco años a que se refieren los arts. 148.2 y 151.1 CE, es absurdo seguir manteniendo diferencias a este respecto entre unas y otras Comunidades Autónomas, aunque la Constitución solo contemple ese

plazo quinquenal para la equiparación del techo competencial. Por otro lado, siempre estaría la previsión del art. 141.3 CE para dar un apoyo genérico a la creación de entes intermedios, incluidas las Comarcas. Lo cierto, en suma, es que el art. 42 LRBRL permite la creación por las Comunidades Autónomas de estos entes intermedios «de acuerdo con lo dispuesto en sus respectivos Estatutos» sin hacer distinción entre ellos y que, de hecho, Estatutos de uno y otro tipo de Comunidades Autónomas han previsto la creación de Comarcas.

Pero aún hay más, porque afirmar que la previsión de comarcas sea contenido posible y lícito de los Estatutos no significa que exista propiamente una **reserva estatutaria** para la creación de estos entes. El art. 141.3 CE es suficiente para negarla. Además, tal reserva estatutaria sería absurda para, por ejemplo, las simples agrupaciones forzosas de Municipios creadas para sostener funcionarios comunes o ciertos servicios. Cosa distinta es que el legislador estatal básico sí haya optado por prever la creación autonómica de Comarcas (art. 42.1 LRBRL) y de áreas metropolitanas (art. 43.1 LRBRL) «de acuerdo con lo previsto en sus respectivos Estatutos». Pero, aun así, eso no alcanza a constituir una verdadera reserva estatutaria. Y si se estimara que existe una reserva estatutaria, habría que decir que no se ha respetado, porque la mayoría de los Estatutos no han establecido directamente estas circunscripciones territoriales, sino que se han limitado a posibilitar sin imponer y sin casi ningún condicionamiento ni regulación material que el legislador autonómico las cree sin adoptar ellos mismos ninguna decisión ni prefigurar el significado y funcionalidad de las eventuales y contingentes Comarcas.

Por si alguna duda quedara, la STC 168/2016, de 6 de octubre, las dispó por completo en su FJ 4.a), donde afirmó que «la organización comarcal, esté o no prevista en los Estatutos, puede ser objeto de legislación estrictamente autonómica».

Ahora bien, si estos entes están previstos expresamente en los Estatutos, pasan a tener una garantía frente al legislador autonómico. Así lo afirmó, marcando precisamente la diferencia con Cataluña, la STC 214/1989, de 21 de diciembre, respecto a las Comarcas en Galicia: «[...] las comarcas no aparecen dotadas de ninguna garantía estatutaria, al no ser sino entes contingentes en función de la decisión que adopte el legislador autonómico [...]» (FJ 13).

V. LAS PREVISIONES ESTATUTARIAS SOBRE LAS COMARCAS Y SU APLICACIÓN EFECTIVA

Ya hemos recordado antes que precisamente el precepto comentado debe su origen al deseo de dar cabida a la pretensión catalana de comarcalizar esa Comunidad Autónoma. No es de extrañar, entonces, que el primer Estatuto de **Cataluña**, amparado en el precepto comentado, emprendiera decididamente esa senda. El Estatuto partía, incluso, de la existencia previa de Comarcas, aunque no tuvieran aún institucionalización jurídica; y así, definía el territorio de Cataluña como el de las Comarcas de sus cuatro Provincias (art. 2). Imponía ya una completa comarcalización y hasta declaraba que «la Generalidad de Cataluña estructurará su organización territorial en municipios y comarcas» y se garantizaba «la autonomía de las distintas entidades territoriales» (art. 5), entre las que indudablemente estaban las Comarcas. De conformidad con ello se procedió a la integral comarcalización de Cataluña y ello con el máximo significado que pudiera dársele. El art. 3.1 de la Ley de la Organización Comarcal de Cataluña (Texto Refundido aprobado por Decreto Legislativo 4/2003, de 4 de noviembre) define a la Comarca como «entidad local de carácter territorial». La Ley Municipal y de Régimen Local de esta misma Comunidad (Texto Refundido aprobado por Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril) establece en su art. 3 lo siguiente: «*Entes locales territoriales*. El municipio, la comarca y la provincia tienen naturaleza territorial y tienen autonomía para la gestión de

sus respectivos intereses». Y después, en su art. 8, les atribuye con pequeñas diferencias respecto al art. 4 LRBRL, las potestades y prerrogativas correspondientes. En el nuevo Estatuto de 2006 pudiera verse algún desfallecimiento en el ímpetu comarcalizador ante la previsión de las veguerías. Ya no define el territorio de Cataluña como el de sus Comarcas (art. 9) y afirma que «Cataluña estructura su organización territorial básica en municipios y veguerías» (art. 83.1), no en Comarcas. Estas solo aparecen a continuación como «el ámbito supramunicipal [...] en todo caso [...]», como un «ente local» al que ya no se califica como territorial ni cuya autonomía se proclama, «formado por municipios para la gestión de competencias y servicios locales» (arts. 83.2 y 92). A la vista de esta regulación estatutaria no es fácil vaticinar el futuro de las Comarcas catalanas, que tal vez dependa de la incierta suerte que finalmente corran las veguerías.

La segunda experiencia comarcalizadora de alcance la ofrece **Aragón**. Su Estatuto de 1982 solo decía que «una ley de las Cortes de Aragón podrá ordenar la constitución y regulación de las comarcas» (art. 5). Pero esta simple posibilidad estatutaria se ha desarrollado efectivamente. Se dictó esa legislación general (Leyes 10/1993 y 23/2001) y, además, por sucesivas leyes especiales, se han ido creando una treintena larga de Comarcas hasta asentar una estructura que domina la Comunidad Autónoma. Ya con ese presupuesto, el nuevo Estatuto de 2007 afirma que Aragón estructura su organización territorial en Municipios, Comarcas y Provincias (arts. 5 y 81) y define a las Comarcas como «entidades territoriales [...] fundamentales para la vertebración territorial aragonesa» que gestionan actividades «representando los intereses de la población y territorio comarcales [...]» (art. 83). Se culmina así una comarcalización con un resultado similar, y hasta de más solidez que el de Cataluña.

En otro nivel, una experiencia comarcal efectiva se conoce en **Castilla y León**. Su Estatuto

to permitía tanto que se regulase «con carácter general la organización y funcionamiento de las comarcas» como que, también por ley autonómica, se reconociera alguna concreta (art. 25.3). Finalmente, solo se ha aplicado esta última fórmula y únicamente para el Bierzo (Ley 1/1991, de 14 de marzo), aunque en la Ley de Régimen Local de 1998 se sigue previendo la posibilidad de otras Comarcas.

Aunque sin previsión específica en el Estatuto Vasco, también hay una peculiar organización comarcal en el Territorio Histórico de Álava, donde por Norma Foral 63/1989, de 20 de noviembre, se recuperó a las Cuadrillas o Comarcas como entidades territoriales que tienen como objeto promover y gestionar las cuestiones de interés general de su ámbito. Su administración, salvo en el caso de Vitoria, corresponde a las llamadas Juntas de Cuadrillas.

En otros Estatutos de Autonomía hay previsiones más o menos explícitas y genéricas sobre la posible creación Comarcas. Así, en el

de Andalucía (arts. 59 y 97), Asturias (art. 6.1), Cantabria (art. 2.3), Castilla-La Mancha [art. 29.2.a)], Comunidad Valenciana (art. 65), Extremadura (art. 57), Madrid (art. 3.3), Región de Murcia (art. 3.2) o La Rioja (art. 5.2). Pero tales previsiones no se han hecho efectivas. Probablemente haya influido en ello la fortaleza social y la garantía institucional de la Provincia, pues realmente es difícil dar entrada a un nuevo escalón de ente intermedio si no se suprime alguno y si ni siquiera es fácil sustraerle sus recursos. En otros casos, como el de las Comunidades uniprovinciales, en las que la comarcalización no habría encontrado ese obstáculo, tampoco se ha considerado que contribuyera a una mejor organización y acaso se ha visto en ellas una complicación artificiosa. En buena parte, las mismas necesidades a las que podría dar respuesta la Comarca han quedado satisfechas por medio de las mancomunidades y, en menor medida, de los consorcios locales, que ofrecen fórmulas más dúctiles y vías transitables con menos tensiones, organización y costes.

BIBLIOGRAFÍA

BARRERO RODRÍGUEZ, C., *Las áreas metropolitanas*, Civitas-IGO, Madrid, 1993.

— «Artículo 42», «Artículo 43», «Artículo 44», en REBOLLO PUIG, M. (Dir.) e IZQUIERDO CARRASCO, M. (Coord.), *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

ESTEVE PARDO, J., *Organización supramunicipal y sistema de relaciones entre la Administración autonómica y el orden local*, Civitas, Madrid, 1991.

FERREIRA FERNÁNDEZ, A. J., *El Régimen jurídico de la comarca en el sistema autonómico español*, Cedecs, Barcelona, 1999.

FONT I LLOVET, T., «La comarca y las estructuras del gobierno local», en GÓMEZ-FERRER MORANT, R. (Dir.), *La provincia en el sistema constitucional*, Civitas-Diputación de Barcelona, Madrid, 1999.

MARTÍN MATEO, R., *Entes locales complejos. Mancomunidades, agrupaciones, consorcios, comarcas, áreas metropolitanas*, Trivium, Madrid, 1987.

MORELL OCAÑA, L., *El régimen local español*, Civitas, Madrid, 1988.

MUÑOZ MACHADO, S. (Dir.), *Tratado de Derecho Municipal*, 2.^a ed., Civitas, Madrid, 2003.

PARADA VÁZQUEZ, J. R. y BACIGALUPO SAGGESE, M., «Art. 141. La provincia y otras entidades supramunicipales», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, tomo X, Cortes Generales-Edersa, Madrid, 1998.

REBOLLO PUIG, M. (Dir.) e IZQUIERDO CARRASCO, M. (Coord.), *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

RIVERO YSERN, J. L., *Manual de Derecho local*, 5.^a ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2004.

Artículo 153

El control de la actividad de los órganos de las Comunidades Autónomas se ejercerá:

- a) Por el TC, el relativo a la constitucionalidad de sus disposiciones normativas con fuerza de ley.*
- b) Por el Gobierno, previo dictamen del Consejo de Estado, el del ejercicio de funciones delegadas a que se refiere el apartado 2 del artículo 150.*
- c) Por la jurisdicción contencioso-administrativa, el de la administración autónoma y sus normas reglamentarias.*
- d) Por el Tribunal de Cuentas, el económico y presupuestario.*

Sumario: I. Los controles de la actividad de las Comunidades Autónomas. II. El control de constitucionalidad de las disposiciones normativas con fuerza de ley de las Comunidades Autónomas. III. El control por el Gobierno del ejercicio de funciones delegadas. IV. Control de la Administración Autónoma y de sus normas reglamentarias por la jurisdicción contencioso-administrativa. V. El control económico y presupuestario del Tribunal de Cuentas.

RAFAEL FERNÁNDEZ MONTALVO
MAGISTRADO DEL TRIBUNAL SUPREMO

I. LOS CONTROLES DE LA ACTIVIDAD DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

1. El sistema de control por el Estado de la actividad de los entes territoriales que lo integran está condicionado por la autonomía que a estos reconozca la Constitución. Resulta, por tanto, fundamental considerar el grado de poder que corresponde ejercer a las instancias territoriales limitadas, para constatar que, cuando la Norma Fundamental o el bloque de constitucionalidad les reconoce competencias y potestades que permiten la expresión de una orientación política

propia, incluso a través de normas con rango de ley, estamos ante una descentralización cualitativamente diferente a la meramente administrativa.

Así, resulta que la autonomía local, aunque incluye un cierto componente político, es fundamentalmente administrativa. De esta manera, en nuestro ordenamiento jurídico, los mecanismos de control del Estado con respecto a las entidades locales se han venido incluyendo, tradicionalmente, dentro de la categoría de la tutela administrativa, con el objetivo de asegurar el cumplimiento de la legalidad y, en ciertos casos, salvaguardar los intereses locales.

La consagración constitucional de dicha autonomía local, como garantía institucional, y la descentralización del Estado han suavizado el indicado sistema de controles. Si bien, el TC, ya en STC 4/1981, de 2 de febrero, señaló que la autonomía local no es incompatible con el mantenimiento de controles de legalidad sobre decisiones concretas por parte de otras Administraciones ni tampoco con ciertos controles de oportunidad que resulten justificados en la defensa de fines constitucionales específicos (regla que, en términos parecidos, se contiene en el art. 8.2 de la Carta Europea de la Autonomía Local).

Por el contrario, **la autonomía de las Comunidades Autónomas es esencialmente política**, dentro de un Estado compuesto diseñado por la Constitución. Y a esta idea responden las previsiones de control de la actividad de sus órganos contenidas en el art. 153 CE, que responde a **tres postulados básicos**.

En primer lugar, tiene en cuenta el concepto de la propia descentralización, que exige la articulación de una misma comunidad jurídica. Pues, en palabras de KELSEN, «si la descentralización fuese tan lejos que coexistiesen varias comunidades jurídicas, varias legislaciones con ámbitos espaciales separados unos de otros sin que pudiera decirse que forman parte de una totalidad, por faltar una comunidad, siquiera relajada entre ellos, entonces parece que se habría sobrepasado el límite extremo hasta el cual era posible la descentralización». En definitiva, no puede imaginarse una pluralidad de comunidades u órdenes jurídicos yuxtapuestos sin la existencia de un orden integral que se corresponde con una comunidad superior a todos los entes territoriales limitados.

En segundo término, atiende a la presencia de un amplio grado de descentralización ante la presencia de una pluralidad de entes territoriales cuyo autogobierno está garantizado constitucionalmente y plasmado en una norma jurídica básica que, dentro de los

parámetros de la Constitución, establece cuáles son sus instituciones, sus competencias y potestades.

Y, por último, responde a la existencia de organizaciones jurisdiccionales del Estado en las que se distingue: un órgano estatal independiente, el TC, que tiene atribuido el monopolio de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley, el amparo constitucional de los derechos y libertades fundamentales del art. 53.2 CE, y que dirime los conflictos que surjan entre órganos centrales del Estado y los propios de las Comunidades Autónomas (art. 161 CE); unos órdenes jurisdiccionales, en especial el contencioso-administrativo, que controlan la Administración de las Comunidades Autónomas y sus normas reglamentarias (arts. 103.1, 106.1 y 24 CE); y un Tribunal de Cuentas, órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado, así como del sector público (art. 136 CE).

2. El concepto de forma de Estado hace referencia a la articulación territorial del poder político estatal, siendo la solución adoptada a este respecto más el fruto del proceso histórico seguido que la respuesta a categorías conceptuales previas.

Como aproximación, en el Estado federal los Estados miembros se caracterizan por estar en una posición de paridad genérica y por ostentar una «soberanía meramente interna», con referencia a sus respectivos ordenamientos, que se presentan así como originarios aunque limitados y circunscritos por el ordenamiento del Estado federal. De esta manera, las controversias que surjan entre los Estados miembros o entre uno o más de estos y el Estado federal se resuelven, como regla general, por los correspondientes órganos jurisdiccionales federales.

En el Estado regional, del que se considera paradigma Italia, la Constitución puede establecer acentuados controles estatales, intensificados, incluso, por la legislación ordinaria.

Cabe admitir que las regiones de estatuto ordinario carezcan de una auténtica competencia legislativa exclusiva. Y, asimismo, que la subordinación de los entes regionales se refleje en múltiples controles que se ejercen tanto frente a los órganos regionales como respecto a sus diversas actividades (disolución del Consejo regional, control intrínseco de las leyes regionales y control de los actos administrativos previsto en el art. 125 de la Constitución italiana).

Por el contrario, la Constitución española republicana de 1931, para el Estado integral que diseñaba, reducía los controles a: la impugnación de las leyes regionales ante el Tribunal de Garantías Constitucionales, las leyes de armonización, encaminadas a adecuar la legislación regional a la nacional, que implicaban la apreciación de su necesidad por el Tribunal de Garantías y requerían la aprobación por las dos terceras partes de los miembros del Parlamento; y el control de los actos administrativos regionales ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

En cualquier caso, aun relativizando, en este punto, el valor de la dogmática, no cabe duda de que, **en nuestro actual ordenamiento constitucional, la autonomía de las Comunidades Autónomas no es, en principio, compatible con un control por órganos políticos o administrativos del Estado que pueda implicar la sustitución de la voluntad de las instituciones autonómicas.** Pero, al mismo tiempo, todas las manifestaciones jurídicas de las Comunidades Autónomas son susceptibles de fiscalización para hacer efectivos los límites a que está sujeta su autonomía y preservar las exigencias derivadas de la unidad estatal.

3. El art. 153 CE pretende agrupar en un solo precepto los controles sobre las Comunidades Autónomas.

Se trata de controles jurídicos, judicializados y sucesivos, con la excepción del previsto en el ap. b), que se refiere al control del Gobier-

no, con la garantía que supone la necesaria intervención del Consejo de Estado, en el supuesto de ejercicio por las Comunidades Autónomas de funciones delegadas de titularidad estatal, cuando el Estado ha decidido la delegación mediante ley orgánica.

Sin embargo, **no todos los controles sobre las Comunidades Autónomas quedan comprendidos en el art. 153**, ya que, en la propia Constitución, aparecen otras modalidades de control en los arts. 150, 155 y 161.2 CE.

La doctrina del TC [SSTC 6/1982, de 22 de febrero, y 32/1983 (*sic*)] reconoce la existencia de un sistema constitucional de control sobre las Comunidades Autónomas integrado por: el control de constitucionalidad de las disposiciones normativas con fuerza de ley [art. 153.a) CE]; el control gubernativo, previo dictamen del Consejo de Estado, cuando la Comunidad ejerce funciones delegadas [art. 153.b) CE]; el control económico y presupuestario que ejerce el Tribunal de Cuentas [art. 153.c) CE]; el control de la Administración de las Comunidades Autónomas por la jurisdicción contencioso-administrativa [art. 153.d) CE]; el control por las Cortes Generales sobre las leyes autonómicas que se adopten en desarrollo de las leyes marco previstas en el art. 150.1 CE; el control extraordinario, previsto en el art. 155 CE, cuando una Comunidad Autónoma incumpliera las obligaciones que la Constitución u otras leyes le impusiere o actuare de forma que atentare gravemente al interés general del Estado; y el control que permite al Gobierno impugnar ante el TC las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las CC. AA. que se conecta con los conflictos de competencia entre el Gobierno y las CC. AA. (art. 161.2 CE).

Por otra parte, según la propia doctrina del TC, el sistema de controles, en la relación Estado/Comunidades Autónomas no se agota en los que enuncia la Constitución, sino que **se completa con aquellos que pueden definir los Estatutos de Autonomía y las le-**

yes orgánicas. En este sentido, es cierto que no se ajusta al principio de autonomía la previsión de controles genéricos e indeterminados, que impliquen una dependencia jerárquica de las Comunidades Autónomas respecto de la Administración del Estado, pero con respecto a materias concretas (como es la enseñanza) la alta inspección prevista en ley orgánica puede ser considerada como un procedimiento lícito de control (a condición de que su posterior regulación reglamentaria no exceda de la configuración orgánica).

En la STC 130/2013, rec. de inconstitucionalidad 931/2004, interpuesto por el Gobierno de Aragón contra determinados preceptos de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones, se señala que, de acuerdo con la doctrina del Tribunal, la responsabilidad financiera de las Comunidades Autónomas, como consecuencia de su gestión de subvenciones financiadas por la Unión Europea, no puede ser determinada por la Administración del Estado de modo unilateral o previo, sino que resulta exigible que las irregularidades sean determinadas y constatadas por las propias instituciones comunitarias y ello genere, efectivamente, la responsabilidad financiera del Estado [...]. Ello podría suponer que la Administración del Estado ejerciera un control de oportunidad, no previsto en el art. 153 CE, que no se ajustaría a la Constitución, toda vez que «la autonomía exige en principio ... que las actuaciones de la Administración autonómica no sean controladas por la Administración del Estado, no pudiendo impugnarse la validez o eficacia de dichas actuaciones sino a través de los mecanismos constitucionalmente previstos. Por ello el poder de vigilancia no puede colocar a las Comunidades Autónomas en una situación de dependencia jerárquica respecto de la Administración del Estado, pues, como ha tenido ocasión de señalar este Tribunal, tal situación no resulta compatible con el principio de autonomía y con la esfera competencial que de este deriva (SSTC 4/1981, de 2 de febrero y 6/1982, de 22 de febrero)» (STC 76/1983, de 5 de agosto,

FJ 12; en igual sentido, entre otras muchas, STC 118/1998, de 4 de junio, FJ 26). Por consiguiente, se establece una interpretación conforme del precepto impugnado en el sentido de entender que la resolución que adopten «los órganos competentes de la Administración General del Estado», dando traslado de las mismas al Ministerio de Hacienda es una mera concreción técnica que permite trasladar en nuestro orden interno desde el Estado a la correspondiente Comunidad Autónoma la responsabilidad imputada a aquel por las instituciones comunitarias.

La STC 79/2017, de 22 de junio, recaída en el recurso de inconstitucionalidad 1397-2014. Interpuesto por el Parlamento de Cataluña respecto de diversos preceptos de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, declara la inconstitucionalidad del ap. 2.º del art. 127 *quater* de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, en la redacción dada por el punto tres de la disposición final primera de dicha Ley 20/2013, únicamente en su aplicación a actos o disposiciones de las Comunidades Autónomas. El art. 27 de la Ley 20/2013 establece un nuevo procedimiento contencioso-administrativo que queda regulado en un nuevo Capítulo IV introducido en el Título V de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa por la disposición final primera de la propia Ley 20/2013 como «procedimiento para la garantía de la unidad de mercado». Se trata de un procedimiento que solo podrá ser iniciado por la Comisión Nacional de Mercados y Competencia (CNMC), de oficio o a petición de los operadores económicos, y que atrae la competencia sobre el asunto a la Audiencia Nacional, pues la propia Ley 20/2013 en su disposición final primera modifica el art. 11.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, añadiendo una letra h) que dispone que corresponde a aquel órgano jurisdiccional la resolución de los «recursos interpuestos por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia en defensa de la unidad de mercado».

En el marco de tal procedimiento, la CNMC podrá solicitar «la suspensión de la disposición, acto o resolución impugnados, así como cualquier otra medida cautelar que asegure la efectividad de la sentencia» (ap. 1 del nuevo art. 127 *quater* LJCA), suspensión que se producirá de forma automática una vez admitido el recurso. La Administración demandada puede solicitar el levantamiento de la suspensión en el plazo de tres meses desde su adopción (que se produce con admisión del recurso) «siempre que acredite que de su mantenimiento pudiera seguirse una perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el tribunal ponderará en forma circunstanciada» (ap. 3 del nuevo art. 127 *quater* LJCA), extremos estos sobre los que la CNMC podrá alegar lo que estime conveniente en el plazo de diez días contados desde que se le comunique tal solicitud. La Audiencia Nacional resolverá, mediante auto, lo que estime procedente en el plazo de los cinco días siguientes.

El denominado procedimiento para la garantía de la unidad de mercado al que se refiere el art. 27 de la Ley 20/2013, supone el reconocimiento de un privilegio procesal a la CNMC en relación con los actos y disposiciones de las distintas Administraciones públicas, incluyendo por tanto los actos de las administraciones autonómicas, pero también de las locales.

Es perfectamente conforme con la Constitución que la Administración estatal pueda exigir judicialmente la suspensión y la anulación de las disposiciones, actos o resoluciones autonómicas que vulneren el ordenamiento jurídico, menoscaben sus competencias, interfieran en su ejercicio o excedan de la competencia de la Comunidad Autónoma. Sin embargo, la cuestión que se suscitaba en el proceso no era si el legislador debía prever la posibilidad de una medida cautelar de suspensión judicial de las disposiciones, actos o resoluciones autonómicas que atenten contra la unidad de mercado; sino si el legislador estatal podía prever que sea la Administración

estatal la que directamente determine tal suspensión. En el supuesto impugnado era, en efecto, un órgano administrativo estatal, la CNMC, el que a través de su decisión de impugnar determinaba la suspensión, durante un tiempo y hasta que el órgano judicial se pronunciase en relación con su mantenimiento o su levantamiento, de la ejecución de los actos y disposiciones autonómicas.

La suspensión automática de una disposición, acto o resolución de una Comunidad Autónoma como consecuencia de la decisión de la CNMC de interponer un recurso contencioso-administrativo implicaba una evidente afectación de la autonomía de aquella, en cuanto suponía dejar sin efecto la ejecutividad de una actuación autonómica que se había realizado, en principio en ejercicio de sus propias competencias.

Correspondía al TC determinar si tal injerencia en la autonomía podía encontrarse constitucionalmente justificada en la capacidad, indudable, que tiene el Estado para proteger intereses supracomunitarios, para lo cual es necesario tener en cuenta la doctrina constitucional acerca de la compatibilidad entre la autonomía reconocida a las Comunidades Autónomas y los controles que el legislador pueda atribuir al Estado sobre la actividad de aquellas.

De acuerdo con esa doctrina, el sistema de controles del Estado sobre las Comunidades Autónomas viene determinado en primer lugar por la Constitución, que ha dispuesto el control de constitucionalidad de las disposiciones normativas con fuerza de ley [art. 153.a) CE]; el control de la Administración autonómica por la jurisdicción contencioso-administrativa [art. 153.c) CE]; el control extraordinario, previsto por el art. 155 CE, cuando una Comunidad Autónoma incumpliere las obligaciones que la Constitución u otras leyes le impusieren o actuare de forma que atente gravemente al interés general de España; el control del art. 161.2 CE, que permite al Gobierno impugnar, ante el TC, las

disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas así como el eventual control del Gobierno, previo dictamen del Consejo de Estado, cuando la Comunidad ejerce funciones delegadas [art. 153.b)], en relación con el 150.2 CE [STC 6/1982, de 22 de febrero (FJ 7)].

Ahora bien, este sistema de controles, como ya constata la STC 6/1982, «no se agota con los que enuncia la Constitución, sino que ha de ser completado con aquellos que pueden definir los Estatutos de Autonomía y las Leyes Orgánicas» (FJ 7).

Respecto a los controles, es posible diferenciar entre los controles judiciales y los controles administrativos y dentro de estos últimos es posible diferenciar entre aquellos que se producen *ex ante* de la adopción del acto o disposición por parte de la Comunidad Autónoma y aquellos controles *ex post* que se producirían una vez adoptada la decisión.

a) En relación con los controles administrativos previos el TC ha admitido, por ejemplo, la técnica de los informes vinculantes como mecanismo de acomodación o integración de dos competencias concurrentes, estatal y autonómica, que están llamadas a coexistir. Ha afirmado que «la intervención del Estado mediante la técnica del informe preceptivo y vinculante debe reputarse constitucionalmente legítima cuando se funde en el ejercicio de una competencia propia sobre una determinada materia (competencia que es indisponible) que le habilite para actuar, distinta de la materia sobre la cual la Comunidad Autónoma ejerce su propia competencia de autorización» (STC 32/2016, de 18 de febrero, FJ 8). Igualmente insiste en que los controles que establezca el legislador no resultan contrarios al orden constitucional en aquellos supuestos en que el Estado goza de facultades de coordinación, de manera que las medidas de coordinación preventiva resultan especialmente satisfactorias «siempre, claro está, que no supongan la emanación de órdenes concretas que prefiguren exhaustivamente el

contenido de la actividad del ente coordinado, agotando su propio ámbito de decisión autónoma (STC 27/1987, FJ 6), pues, en tal supuesto, existiría un verdadero control jerárquico o cuasi jerárquico incompatible con la autonomía de las Entidades coordinadas» (STC 40/1998, FJ 53).

Asimismo, en relación con los controles administrativos previos cabe recordar lo que afirma la STC 134/2011, de 20 de julio, cuando resuelve la impugnación de la capacidad del Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas de controlar la idoneidad de determinados planes adoptados en situación de déficit. En aquella ocasión el TC afirmó que «la autonomía exige en principio, a su vez, que las actuaciones de la Administración autonómica no sean controladas por la Administración del Estado, no pudiendo impugnarse la validez o eficacia de dichas actuaciones sino a través de los mecanismos constitucionalmente previstos. Por ello el poder de vigilancia no puede colocar a las Comunidades Autónomas en una situación de dependencia jerárquica respecto de la Administración del Estado, pues, como ha tenido ocasión de señalar este Tribunal, tal situación no resulta compatible con el principio de autonomía y con la esfera competencial que de este deriva (SSTC 4/1981, de 2 de febrero y 6/1982, de 22 de febrero) (STC 76/1983, de 5 de agosto, FJ 12)» (STC 134/2011, de 20 de julio, FJ 10).

Sin embargo, el TC también ha hecho hincapié «en la necesidad de distinguir entre la previsión de un control del Estado «genérico e indeterminado que, según reiterada doctrina de este Tribunal (desde la STC 4/1981, FJ 3), resulta contrario al principio constitucional de autonomía... [y] aquellos que resulte necesario ejercer para garantizar el cumplimiento de las facultades emanadas del ejercicio de las potestades de coordinación. Así interpretado, el precepto [sobre la capacidad del Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas de controlar la idoneidad de determinados planes] resulta

acorde con el orden constitucional de competencia» (STC 118/1996, de 22 de junio, FJ 19). Y ello siempre con el entendimiento de que «no [se] puede pretender que la Administración estatal sustituya a la autonomía en materias de competencia de esta» (STC 118/1996, FJ 18)» (STC 134/2011, de 20 de julio, FJ 10).

b) Sobre los controles administrativos *ex post* el TC ha afirmado que «la autonomía exige en principio que las actuaciones de la Administración autonómica no sean controladas por la Administración del Estado, no pudiendo impugnarse la validez o eficacia de dichas actuaciones sino a través de los mecanismos constitucionalmente previstos. Por ello el poder de vigilancia no puede colocar a las Comunidades Autónomas en una situación de dependencia jerárquica respecto de la Administración del Estado, pues, como ha tenido ocasión de señalar este Tribunal, tal situación no resulta compatible con el principio de autonomía y con la esfera competencial que de este deriva (SSTC 4/1981, de 2 de febrero, y 6/1982, de 22 de febrero)» (SSTC 76/1983, de 5 de agosto, FJ 12, y 134/2011, de 20 de julio, FJ 10).

Más específicamente en relación con los controles que suponen la suspensión de actos y disposiciones de las Comunidades Autónomas, el TC ha examinado el alcance de los mismos al hilo de pronunciarse acerca de la suspensión automática prevista en el art. 161.2 CE para el caso de su impugnación por el Gobierno ante el TC. La suspensión prevista en aquel precepto constitucional ha sido concretada en los arts. 62, 64.2 y 77 LOTC. Se trata de un mecanismo establecido directamente por la Constitución y desarrollado por la Ley Orgánica del TC. La suspensión automática de actos y disposiciones autonómicas es, pues, aplicable a cada uno de los supuestos para los que está establecida, pero, en lo que tiene de mecanismo de control que excede de las situaciones normales de discrepancia entre Administraciones públicas, no puede extenderse a casos distintos de aquellos para las que está instaurada.

La posibilidad de suspensión automática en relación con actos de las Comunidades Autónomas es una potestad atribuida directamente por la Constitución a unos órganos y no a otros y exclusivamente para los procesos constitucionales. Ello obedece a que cuando la Constitución atribuye a determinados órganos estatales una potestad lo hace porque bajo la misma subyace —o, al menos, así lo entiende el constituyente— un interés general que deben promover las instituciones generales del Estado, en este caso el Consejo de Ministros en tanto que garante de la defensa del mencionado interés general cuya preservación está atribuida al Estado por la Constitución. Pero dicha posibilidad, en lo que tiene de instrumento de control, estableciendo la prerrogativa de una parte sobre otra en el seno de un proceso, ha de ser interpretada restrictivamente en el sentido de que solamente cabe en aquellas situaciones expresamente previstas en las normas constitucionales. Normas que restringen claramente la posibilidad de suspensión a los casos en los que concurren nítidas y cualificadas exigencias de interés general apreciadas por el Gobierno. Eso es lo que justifica la atribución de dicha potestad a determinados órganos estatales y no a otros, cuestión que, en la medida en que se regula en la Constitución y en la LOTC, no queda a disposición del legislador ordinario, ni mucho menos puede ser puesta a disposición de quien no representa el interés general en términos constitucionales.

Es lo que ocurre con la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia que se configura legalmente como un «organismo público de los previstos en la disposición adicional décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado» (art. 1 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia) y está «dotada de personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada y actúa, en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines, con autonomía orgánica y funcional y plena independencia del Gobierno,

de las Administraciones Públicas y de los agentes del mercado» (art. 2 de la Ley 3/2013). Ahora bien, una cosa es que la legislación, en coherencia con su papel de regulador, garantice la actuación independiente de este organismo, que a los efectos que ahora interesan, es un organismo estatal (en ese sentido, STC 71/2012, de 16 de abril, en relación con el planteamiento de un conflicto positivo de competencia contra una resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia) y otra bien distinta es que sus funciones, relacionadas con el buen funcionamiento de los mercados y sectores económicos, prevalezcan de forma incondicionada sobre las decisiones adoptadas por las Administraciones autonómicas en el ejercicio de las competencias que les atribuye la Constitución y los Estatutos de Autonomía. Y eso sin perjuicio de la valoración que tales decisiones merezcan caso de ser suscitado su enjuiciamiento ante la jurisdicción ordinaria o ante este Tribunal. Cabe reiterar que tal posibilidad ha quedado, respecto a las actuaciones autonómicas, exclusivamente en manos del Gobierno en cuanto que expresa el interés general que justifica la injerencia en la autonomía que implica la suspensión.

El que se trata de un mecanismo de control exorbitante puesto en manos de un órgano administrativo se evidencia en que, como ya hemos mencionado, se trata de una suspensión que se adopta de manera automática si se cumplen los requisitos que determinan su adopción, sin que el órgano judicial pueda pronunciarse en ese momento sobre su procedencia, más allá de apreciar el cumplimiento de los ya mencionados requisitos formales previstos en la ley. De hecho, el instrumento procesal puesto en manos de la CNMC para forzar la suspensión automática del objeto procesal invierte la lógica de la normativa reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa en punto a la adopción de medidas cautelares. Se trata de una facultad discrecional en manos de la CNMC que entra en juego con la simple invocación del precepto en la demanda, suponiendo una medida de control o tutela sobre actuaciones de los poderes pú-

blicos autonómicos que excede de lo que la doctrina constitucional ha considerado admisible. Aunque se trata de una medida solicitada ante un órgano judicial, se adopta por este de forma reglada, pues la Ley establece de forma precisa los requisitos que determinan su adopción (que la CNMC solicite la suspensión y que el recurso sea admitido a trámite). Resulta entonces que lo determinante es la decisión impugnatoria de la CNMC que determina una suspensión impuesta al órgano judicial sin que este pueda hacer ponderación alguna, lo que pone de relieve que, tal como está configurada, dicha medida no es sino un instrumento de control sobre la actividad autonómica que el legislador ha puesto en manos de la CNMC. Esa concepción se traslada también al momento de la ponderación de los perjuicios, en los que ni siquiera se requiere que la CNMC, como le sucede al Gobierno en sede constitucional, acredite las razones que justificarían el mantenimiento de la suspensión, sino que, por el contrario, se exige a la Administración autora del acto que acredite que del mantenimiento de la suspensión pudiera seguirse una perturbación grave de los intereses generales o de tercero.

Se pone de manifiesto que el legislador ordinario ha pretendido asegurar la supremacía, en el mejor de los casos temporal, de la decisión de un concreto órgano estatal frente, en lo que ahora importa, a determinadas decisiones autonómicas, definidas en términos muy amplios (art. 27 de la Ley 20/2013). Esa pretensión es, en sí misma, incompatible con el principio de autonomía constitucionalmente garantizado que no puede verse limitado de ese modo, salvo en los casos constitucionalmente previstos (art. 161.2 CE). El Estado, si estima que lo requiere el interés general, deberá desenvolver su actividad al amparo de una autorización constitucional y respetando en todo caso las competencias que la Constitución (que se entiende que también ha valorado el interés general) ha reservado a otros entes territoriales, lo que excluye las posibilidades de control en supuestos no previstos por el texto constitucional.

La suspensión automática de los actos y disposiciones autonómicas supondría una forma de control sobre la actuación de la Administración autonómica, además de no prevista constitucionalmente, incompatible con el principio de autonomía y con la esfera competencial que de esta deriva (SSTC 4/1981; 6/1982, FJ 7, y 76/1983, FJ 12). Corresponde por tanto declarar la inconstitucionalidad y nulidad del ap. 2.º del art. 127 *quater* de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, en la redacción dada por el punto tres de la disposición final primera de la Ley 20/2013 únicamente en su aplicación a actos o disposiciones de las Comunidades Autónomas.

II. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS DISPOSICIONES NORMATIVAS CON FUERZA DE LEY DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

1. El ap. a) del art. 153 CE se refiere a la competencia del TC para controlar la conformidad a la Constitución de las disposiciones normativas con fuerza de ley de las Comunidades Autónomas [art. 161.1.a) CE].

El TC ha proclamado la exclusividad de su jurisdicción para controlar la constitucionalidad de las leyes de las Comunidades Autónomas.

Los órganos jurisdiccionales ordinarios no pueden fiscalizar las normas autonómicas con rango de ley, dado que el constituyente ha querido sustraer al Juez ordinario la posibilidad de inaplicar una ley ante un eventual juicio de incompatibilidad con la Constitución. La depuración del ordenamiento legal, vigente la Constitución, corresponde de forma exclusiva al TC, que tiene la competencia y la jurisdicción para declarar, con eficacia *erga omnes*, la inconstitucionalidad de las leyes (STC 173/2002, de 9 de diciembre).

2. El **recurso de inconstitucionalidad** es el proceso constitucional específico para el control de constitucionalidad de las disposiciones normativas con fuerza de ley, que cuando se trata disposiciones autonómicas tiene dos peculiaridades en orden a la legitimación que resulta del art. 32 LOTC: a) no están legitimadas las Asambleas legislativas y órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas para interponer el recurso contra leyes o disposiciones con fuerza de ley de otras Comunidades Autónomas, y b) tampoco lo están órganos autonómicos equivalentes al Defensor del Pueblo o un número de miembros del Parlamento de una Comunidad Autónoma para impugnar, en recurso de inconstitucionalidad, leyes de esta.

3. La **cuestión de inconstitucionalidad**, de naturaleza prejudicial, permite a los órganos judiciales, sobre la base de un juicio de relevancia y provisional de inconstitucionalidad, someter al TC el control de constitucionalidad de disposiciones comunitarias con fuerza de ley.

Es reiterada doctrina del TC que la cuestión de inconstitucionalidad no es un instrumento procesal para buscar la depuración abstracta del ordenamiento.

En efecto, no es una acción concedida para impugnar, de modo directo y con carácter general, la validez de normas, sino un instrumento puesto a disposición de los órganos judiciales para conciliar la doble obligación en que se encuentran de actuar sometidos a la ley y a la Constitución, que no puede resultar desvirtuada por un uso no acomodado a su naturaleza, como sería, por ejemplo, «el de utilizarla para obtener pronunciamientos innecesarios o indiferentes para la decisión del proceso en que la cuestión se suscita» (SSTC 17/1981, de 1 de junio; 64/2003, de 27 de marzo, y 156/2004, de 23 de septiembre, entre otras).

Pero forma parte de las garantías consustanciales a todo proceso judicial el que la dispo-

sición de ley que, según el Juzgado, resulte aplicable en aquel no pueda dejar de serlo, por causa de su posible invalidez, sino a través de la promoción de una cuestión de inconstitucionalidad.

En la STS 173/2002, de 9 de diciembre, que resuelve un recurso de amparo interpuesto por la Generalidad de Cataluña contra Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 28 de julio de 1999 que había inaplicado una ley autonómica vigente, que establecía un recargo tributario, sin plantear cuestión de inconstitucionalidad, señala que lo que subyacía en el proceso constitucional era la protección de los principios básicos de un sistema democrático encarnados en la dignidad de una ley aprobada por un Parlamento autonómico en la medida en que ha sido inaplicada por un Juez ordinario sin acudir al proceso establecido al efecto. «La pretendida nulidad del recargo autonómico por su contraposición con la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas solo podía ser entendida en términos de «constitucionalidad» al tratarse de la supuesta vulneración, por una ley autonómica, de una norma integrante del denominado «bloque de constitucionalidad»».

4. El **conflicto de competencia** tiene como objeto fundamental fijar el orden competencial de las Comunidades Autónomas y del Estado. Pero también puede ser un medio para controlar la constitucionalidad de las normas con rango de Ley de las Comunidades Autónomas. Incluso a iniciativa de otra Comunidad Autónoma, que no puede utilizar el recurso de inconstitucionalidad, y transcurrido el plazo de tres meses en que este puede formularse.

El TC (SSTC 25/1981, 32/1981 y 49/1984) ha indicado que «en términos generales hay conflicto de competencias cuando dos órganos se consideran igualmente competentes para proveer en un determinado asunto, y control de constitucionalidad de las normas cuando se comprueba la validez de una norma con-

trastándola con otra de nivel superior en los términos del art. 28.1 de la LOTC, sin que se pretenda el ejercicio de la competencia normativa por parte del que impugna la validez».

El mismo Tribunal, sobre **el alcance de los conflictos positivos de competencia en relación con el control que corresponde a los Tribunales contencioso-administrativos**, señala que dicho cauce puede seguirse no solo cuando un ente reclame para sí la competencia ejercida por otro, sino también cuando el ejercicio de la competencia por parte de este último afecte, alterándolo, al ámbito de competencia del primero. En suma, «la pretensión de incompetencia deducida en un conflicto constitucional de competencia puede fundarse no solo en la falta de título habilitante de quien ha realizado el acto objeto del litigio, sino también en un ejercicio de las competencias propias que, al imposibilitar o condicionar el ejercicio de las competencias ajenas de forma contraria al orden competencial establecido en el bloque de constitucionalidad, revele un entendimiento del alcance de las competencias implicadas opuesto a ese sistema de distribución competencial» (SSTC 243/1993, 195/2001, de 4 de octubre; 253/2005, de 10 de octubre, y 294/2006, de 11 de octubre, entre otras). Así pues, es posible el conflicto de competencias, sin recabar para sí la competencia ejercida por otro, si se entiende que una disposición o acto no respeta el orden competencial establecido en el bloque de constitucionalidad, siempre y cuando esa disposición o acto afecten al propio ámbito de autonomía (STC 44/2007, de 1 de marzo).

Cuando se cuestione la constitucionalidad de una norma con rango de ley, habrá de ajustarse el proceso a las previsiones del art. 67 de la LOTC. Si bien el TC ha señalado que este precepto no permite convertir un conflicto de competencias en un recurso de inconstitucionalidad indirecto confundiendo los ámbitos propios de estos dos procesos. La STC 13/1998, de 22 de enero, declara que el art. 67 solo resulta procesalmente viable en la

medida en que la cuestión de la titularidad de la competencia sea inseparable de la apreciación sobre la adecuación o inadecuación de la ley invocada para fundamentar aquella competencia, ya que solo entonces el examen de la constitucionalidad de la ley deviene «cuestión previa» para la resolución del conflicto, lo que requiere que el supuesto vicio de incompetencia tenga su origen en una ley (en el mismo sentido, SSTC 5/1987, 80/1988, 445/1991 y 147/1993).

Cuando no existe invasión, menoscabo o condicionamiento del ámbito de competencias falta el presupuesto procesal objetivo de los conflictos constitucionales de competencia entre entes territoriales (STC 195/2001, de 4 de octubre).

5. En el **recurso de amparo** el control de constitucionalidad de las leyes o disposiciones con fuerza de ley autonómicas solo se produce cuando órganos judiciales, Asambleas legislativas, o los Gobiernos autonómicos, sus autoridades, funcionarios o agentes traten de aplicar aquellas con vulneración de alguno de los derechos o libertades a que se refiere el art. 53.2 CE.

En este caso, cuando el recurso de amparo deba ser estimado porque la ley autonómica aplicada lesione alguno de dichos derechos o libertades públicas, se eleva la cuestión al Pleno del TC con suspensión del plazo para dictar sentencia, de conformidad con lo prevenido en los arts. 35 y ss. para la cuestión de inconstitucionalidad promovida por Jueces o Tribunales (art. 55.2 LOTC), lo que se traduce, como ha entendido la doctrina, en la llamada autocuestión de inconstitucionalidad.

6. **El control jurisdiccional de las normas forales fiscales de los Territorios Históricos Vascos.** Estas normas, por las que las Juntas Generales de cada territorio histórico a que se refiere la disposición adicional primera de la CE (Álava, Guipúzcoa y Vizcaya), establecen y regulan los distintos tributos que nutren las haciendas forales, tienen naturale-

za reglamentaria, puesto que la Ley de Territorios Históricos de 25 de noviembre de 1983 reserva al Parlamento Vasco en exclusiva la facultad de dictar normas con rango de ley (art. 6.2.). A pesar de ello, la LO 1/2010, de 19 de febrero, modifica el art. 9.4 LOPJ y añade una letra d) al art. 3 LJCA para excluir de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa los recursos directos o indirectos que se interpongan contra las referidas Normas, que corresponderán, en exclusiva, al TC, en los términos establecidos en la disposición adicional quinta de su Ley Orgánica.

La STC 118/2016, de 23 de junio, que resuelve los recursos de inconstitucionalidad acumulado 3443-2010, interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de La Rioja; 4138-2010, interpuesto por el Parlamento de La Rioja; 4223-2010, interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Castilla y León y 4224-2010, interpuesto por las Cortes de Castilla y León; todos ellos contra la Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero, de modificación de las leyes orgánicas del TC y del Poder Judicial, declara que los arts. 1 y 2, así como la disposición adicional única, todo ellos de dicha Ley, no son inconstitucionales interpretados en los términos del FJ 3.d), desestimando el recurso en todo lo demás.

Los preceptos de la Ley Orgánica 1/2010 impugnados vienen a atribuir al TC el conocimiento de los recursos y de las cuestiones prejudiciales de validez de las normas forales fiscales «garantizadas por la disposición adicional primera de la Constitución y reconocidas por el art. 41.2 a) del Estatuto de Autonomía del País Vasco», al tratarse de un «núcleo competencial exclusivo» propio de cada uno de los territorios históricos que integran el País Vasco «en el que ni siquiera el Parlamento Vasco puede entrar». Son, entonces, «las Juntas Generales de cada territorio quienes tienen la competencia para establecer y regular los distintos tributos que nutren la hacienda foral, regulación que realizan mediante la aprobación de normas forales, que tienen na-

turaliza reglamentaria», razón por la cual son «recurribles ante los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, situación esta que contrasta abiertamente con las normas fiscales del Estado, que tienen rango de ley y, por lo tanto, solo pueden ser impugnadas ante el TC por la reducida lista de sujetos que el art. 162 de la Constitución considera legitimados». De este modo, «las instituciones forales han de operar, sin embargo, con normas que, al carecer de rango de ley resultan más vulnerables y, por lo tanto, más frágiles, lo que hace consiguientemente más débil la garantía constitucional de la foralidad de los territorios históricos vascos que la de la Comunidad Foral de Navarra, a pesar de que en ambos casos el fundamento constitucional es el mismo: la disposición adicional primera de la norma fundamental». Por consiguiente, para el legislador orgánico «[l]os derechos históricos de los territorios forales, al menos en lo que concierne a su núcleo esencial, no son una cuestión de mera legalidad ordinaria, sino que entrañan, sin duda, una cuestión constitucional... lo que obliga a arbitrar una vía practicable y accesible para su defensa, que remedie el déficit de protección de la foralidad que resulta de la falta de legitimación de las instituciones forales para acudir al TC en los supuestos en que el legislador, estatal o autonómico, invada el espacio que la disposición adicional primera de la Constitución y el art. 37 del Estatuto vasco les reserva en exclusiva» (ap. I del preámbulo).

Conforme a lo que antecede, puesto que las normas forales fiscales han venido sustituyendo en los territorios históricos a las disposiciones legislativas del Estado en materia tributaria, ningún reparo se le puede oponer, en principio, al hecho de que el legislador orgánico haya decidido someter a todas las disposiciones normativas en materia tributaria (las de régimen común, las de la Comunidad Foral de Navarra y, ahora también, las de los territorios históricos de la Comunidad Autónoma del País Vasco), al mismo mecanismo de control jurisdiccional, al servir todas estas formas de normación a la misma finalidad

constitucional: la garantía de la autoimposición de la comunidad sobre sí misma. Contando, pues, la modificación operada con una justificación que no se opone al texto constitucional, resta por determinar si la forma en la que se ha arbitrado choca con alguno de los límites que, dentro del Título IX de la Constitución, constriñen la labor del legislador democrático que, fundamentalmente, son dos: de un lado, la prohibición de desfigurar el modelo de jurisdicción constitucional diseñado por el constituyente; de otro, la prohibición de alterar la regulación de los procesos directamente creados por el propio texto constitucional.

A estos efectos es importante tener presente que nuestro constituyente no quiso diseñar un modelo cerrado de jurisdicción constitucional, petrificado y congelado en el tiempo, e incompatible con el carácter evolutivo del Derecho, sino que dejó al legislador orgánico su determinación última. Basta con acudir a los arts. 161.1.d), 162.2 y 165 CE, para constatar la inexistencia de un modelo cerrado de jurisdicción constitucional y la existencia de una amplia habilitación al legislador orgánico.

En efecto, ni los arts. 161 y 163 CE acogen una lista exhaustiva de los procesos constitucionales de los que pueda conocer este TC, ni del art. 162.1 CE se colige una lista única de legitimados para acudir al mismo en toda clase de procesos. Antes al contrario, como ya se ha dicho, los arts. 161.1.a), 162.2 y 165 CE legitiman al legislador orgánico para delimitar qué otras «materias», qué otras personas y órganos se encuentran «legitimados» y, en fin, qué «procedimiento» se va a seguir ante el TC. Buena prueba de ello ha sido la atribución a este TC hasta la fecha, aparte de los procesos que expresamente le asigna la Constitución, los del control previo de constitucionalidad de los tratados internacionales (por la Ley Orgánica 2/1979); del control previo de inconstitucionalidad contra proyectos de Estatuto de Autonomía y de leyes orgánicas (por la Ley Orgánica 2/1979), luego derogado

(por la Ley Orgánica 4/1985), y, en la actualidad, nuevamente atribuido aunque respecto de los proyectos de Estatuto de Autonomía y propuestas de reforma de los mismos (por la Ley Orgánica 12/2015); de los conflictos entre órganos constitucionales del Estado (por la Ley Orgánica 2/1979); de los conflictos en defensa de la autonomía local (por la Ley Orgánica 7/1999); y, en fin, ahora también de los recursos contra las normas forales fiscales, de las cuestiones prejudiciales de validez sobre las mismas y de los conflictos en defensa de la autonomía foral (por la, en este proceso impugnada, Ley Orgánica 1/2010).

Lo que singulariza a los procesos introducidos por los aps. 1 y 2 de la nueva disposición adicional quinta LOTC es la naturaleza de las normas que constituyen su objeto (una concreta clase, aunque singular, de normas reglamentarias como son las normas forales fiscales de las juntas generales), pues «la interposición y sus efectos, la legitimación, tramitación y sentencia» de los recursos y cuestiones sobre las mismas «se regirá por lo dispuesto en el Título II de esta Ley para los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad respectivamente», con la especialidad de que «los trámites regulados en los arts. 34 y 37 se entenderán en su caso con las correspondientes Juntas Generales y Diputaciones Forales»; añadiéndose que el parámetro de validez de las normas forales enjuiciadas se ajustará a lo dispuesto en el art. 28 LOTC. Con esta regulación es evidente que los nuevos procesos no difieren de lo establecido para el recurso o la cuestión de inconstitucionalidad, por lo que es forzoso concluir que el resultado de la reforma en este punto no es sino la ampliación del objeto del control abstracto de constitucionalidad que puede llevar a cabo la jurisdicción constitucional.

Del marco constitucional puede deducirse que el control de las disposiciones con rango de ley le corresponde, como regla general, prioritariamente, al TC, mientras que el de las disposiciones reglamentarias es de la competencia, también como regla general, priorita-

riamente, de los Tribunales ordinarios. Pero de la circunstancia de que nuestro texto constitucional haya consagrado una neta preferencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para el control procesal de las normas reglamentarias [arts. 106.1 y 153.c) CE] y una neta preferencia de la jurisdicción constitucional para el control de las disposiciones con rango o fuerza de ley [arts. 53.1, 153.a), 161.1.a) y 163 CE], no puede colegirse, sin más, que nos encontremos, en uno y otro caso, ante una primacía, entendida en términos absolutos, que impida que cada una de ellas pueda incidir, en ningún caso, sobre el ámbito material ajeno. De la misma manera que la supremacía de la Constitución es compatible «con regímenes de aplicación que otorguen preferencia aplicativa a normas de otro Ordenamiento diferente del nacional siempre que la Constitución lo haya así dispuesto» (DTC 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 4), o que la preferencia de ley formal en la determinación de lo básico no excluye, como posibilidad excepcional, que mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria se dote de contenido a algunos aspectos básicos (por ejemplo, STC 39/2014, de 11 de marzo, FJ 4), nuestro modelo constitucional del control jurisdiccional de las normas legales y reglamentarias ni impide a este Tribunal, en algunos supuestos, controlar normas reglamentarias, ni excluye de la jurisdicción ordinaria, en todo caso, el control de normas con fuerza y rango de ley.

El Tribunal puede llevar a cabo el enjuiciamiento de normas infralegales, como ocurre, por ejemplo, a través del recurso de amparo [art. 161.1.b) CE]; y mediante los conflictos de competencias [art. 161.1.c) CE] o por medio de las impugnaciones de las disposiciones sin fuerza de ley y resoluciones de las Comunidades Autónomas (arts. 161.2 CE y 76 LOTC). Y que los órganos judiciales ordinarios están habilitados para controlar disposiciones con fuerza y rango de ley ocurre, por ejemplo, con el control de la eventual contradicción del Derecho de la Unión, en las que se puede llegar incluso a su inaplicación por el Juez ordi-

nario (STC 145/2012, de 2 de julio, FJ 5), fruto de la previsión contenida en el art. 93 CE «mediante el cual es posible la cesión de competencias derivadas de la Constitución a favor de una institución internacional así habilitada constitucionalmente para la disposición normativa de materias hasta entonces reservadas a los poderes internos constituidos y para su aplicación a estos» (DTC 1/2004, de 8 de mayo, FJ 7); o con el control de los decretos legislativos cuando excedan los límites de la delegación —*ultra vires*— (arts. 82.6 CE, 9.4 LOPJ y 1.1 LJCA; STC 166/2007, de 4 de julio, FJ 2), el cual puede llevarles igualmente a su inaplicación.

Además, hay que añadir que cuando la disposición adicional quinta LOTC atribuye al TC el control de constitucionalidad de las normas forales fiscales, no está excluyendo todo control de esas normas por parte de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa. Cuando se planteen problemas que no traspasen el umbral de la legalidad ordinaria, quien esté provisto de un interés legítimo las podrá impugnar, directa o indirectamente, ante los mismos (lo que sucederá cuando estemos ante una norma foral fiscal que no sea de las que configuran el régimen tributario de los territorios históricos, o cuando aun siéndolo, la contradicción que se le imputa lo es con una disposición que no forma parte integrante del bloque de la constitucionalidad a que hace referencia el art. 28 LOTC, esto es, con los tratados y convenios internacionales, con las normas de armonización fiscal de la Unión Europea o con las leyes del Parlamento Vasco). Y si existiesen dudas sobre su eventual contradicción con las normas que integran el bloque de la constitucionalidad definido en el art. 28 LOTC (con los preceptos constitucionales y estatutarios, de la ley del concierto, de la ley general tributaria o de las leyes reguladoras de los diferentes tributos del Estado), el órgano judicial podrá despejar esas dudas mediante la realización, de forma fundada, de un juicio de validez de la norma aplicable, o, en caso contrario, plantear una cuestión prejudicial sobre su eventual invalidez ante

este TC [SSTC 222/2015, de 2 de noviembre, FJ 2; 239/2015, de 30 de noviembre, FJ 2; 240/2015, de 30 de noviembre, FJ 2; 262/2015, de 14 de diciembre, FJ 2; 263/2015, de 14 de diciembre, FJ 2, y 3/2016, de 18 de enero, FJ 5.c)].

En definitiva, unas mismas normas son susceptibles, en unos supuestos, de un control alternativo por una u otra jurisdicción (por ejemplo, como acontece con los decretos legislativos que incurrir en *ultra vires*); en otros, de un control sucesivo (por ejemplo, como ocurre con los reglamentos contrarios a la Constitución); y en fin, en otros, de un control excluyente (por ejemplo, como pasa con el control de la eventual contradicción del Derecho de la Unión por las normas legales por parte de los órganos de la jurisdicción ordinaria o con el control de constitucionalidad por este Tribunal de las disposiciones con rango de ley y, ahora también, con el de las normas forales fiscales). En ninguno de esos casos se desfigura el modelo de control constitucional de unas normas u otras, legales o reglamentarias, sino, antes al contrario, ese modelo constitucional no es el que deriva, de forma estanca, de unas determinadas previsiones constitucionales, sino el que se deduce interpretando el texto constitucional de forma conjunta, como un todo sistemático consecuencia de aquel principio de unidad de la Constitución al que hemos apelado con anterioridad, y en el que el alcance de unos preceptos se acota en su conjunción con el sentido de los restantes [arts. 106.1, 153.a) y c), 161.1.a) y d), 162.2 y 165 CE].

En suma, el control de las normas forales fiscales es un control compartido entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional, fruto de una decisión del legislador orgánico articulada al amparo de una expresa habilitación constitucional [arts. 161.1.d), 162.2 y 165 CE], en el ejercicio de la competencia del Estado en materia de legislación procesal (art. 149.1.6 CE) y a la búsqueda de un objetivo constitucionalmente legítimo como es el de atender a la singularidad de una institución —la de la foralidad en materia tributaria (dis-

posición adicional primera CE)—. Decisión esta que ni desfigura el control general de la potestad reglamentaria de las Juntas Generales de los territorios históricos por parte de los Jueces y Tribunales ordinarios [arts. 106.1 y 153.c) CE y 38.3 EAPV], ni transforma el modelo de jurisdicción constitucional (o el del control de las normas reglamentarias) diseñado por el constituyente [arts. 161.1.a) y 163, de un lado, y 161.1.d), 162.2 y 165 CE], ni, en fin, altera la regulación de los procesos constitucionales directamente creados por el propio texto constitucional [arts. 53.1, 153.a), 161.1.a), 161.1.b), 161.1.c), 161.2 y 163 CE]. Por tanto, interpretados en el sentido expuesto los arts. 1 (que introduce una nueva disposición adicional quinta en la LOTC), 2 (que modifica el art. 9.4 LOPJ), y la disposición adicional única [que añade una nueva letra d) al art. 3 LJCA], de la Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero, no resultan contrarios a los arts. 106.1, 153.c), 161.1.a) y 163 CE, 38.3 EAPV, y 27.2 y 35 LOTC, y así se expresará en el fallo.

III. EL CONTROL POR EL GOBIERNO DEL EJERCICIO DE FUNCIONES DELEGADAS

1. **El ap. b) del art. 153 CE se refiere al control gubernativo del ejercicio de funciones delegadas, aunque remitiéndose al ap. 2 del art. 150 CE.** Precepto este que contempla, en realidad, dos posibilidades de delegación o de transferencias por el Estado, mediante ley orgánica, de facultades correspondientes a materia de titularidad estatal que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación. En uno y otro supuesto, la ley preverá en cada caso la trasferencia de medios financieros, así como las formas de control que se reserve el Estado.

El control gubernativo del art. 153.b) CE es una de las formas de control constitucionalmente establecida, pero solo para dicha clase delegación, no para la transferencia.

2. En la transferencia, las facultades pasan a ser propias de la Comunidad Autónoma; mientras que en la delegación el Estado sigue siendo titular de las facultades delegadas.

Por consiguiente, los actos realizados o las resoluciones adoptadas en ejercicio de facultades transferidas no son susceptibles de recurso ante la Administración del Estado. En la delegación, al tratarse del ejercicio de facultades que permanecen en el Estado, las Cortes Generales pueden establecer dicho recurso, reservando a la Administración del Estado la potestad de modificar o revocar las resoluciones de la correspondiente Administración autonómica.

En todo caso, es para el ejercicio por las Comunidades Autónomas de facultades del Estado delegadas mediante ley orgánica para el que se establece el control específico del art. 153.b) CE, que, además, solo resulta aplicable a las funciones ejecutivas, no a las legislativas, ya que estas no pueden ser objeto de delegación sino de transferencia.

3. **El preceptivo informe del Consejo de Estado** parece otorgar al control gubernativo de que se trata un carácter de legalidad, más que de oportunidad. Especialmente, la intervención del supremo órgano consultivo está orientada a la determinación del grado de adecuación de la actividad llevada a cabo por la Administración a los criterios fijados en la correspondiente ley orgánica de delegación.

La STC 204/1992, de 26 de noviembre, ha señalado que el previo dictamen del Consejo de Estado «no significa en absoluto insertar un órgano de la Administración del Estado en el esquema organizativo de [...] las Comunidades Autónomas», ya que aquel órgano «permanece completamente separado de la Administración autonómica [...]. Y que, sobre todo, no es un órgano dependiente del Gobierno, sino, como se ha dicho, un órgano dotado de independencia funcional para la tutela de la legalidad y del Estado de Derecho» (FJ 2).

4. El control gubernativo del art. 153.b) CE está sujeto a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (arts. 9 y 106.1 CE), siendo susceptible de revisión, en virtud del correspondiente recurso, por la jurisdicción contencioso-administrativa, como cualquier actuación administrativa.

5. El control del art. 153.b) CE no es exclusivo. Son también aplicables los previstos en los aps. c) y d) del propio precepto. Y, además, el art. 150.2 CE prevé la posibilidad de que el Estado establezca en la ley orgánica de delegación otros controles adicionales, como los de información, requerimiento y la revocación de la delegación; además, de la derogación de la ley orgánica de delegación por las Cortes Generales.

IV. CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN AUTÓNOMA Y DE SUS NORMAS REGLAMENTARIAS POR LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

1. La Administración y órganos de las Comunidades Autónomas están **sujetos al control de los distintos órdenes jurisdiccionales (civil, peral y social) en sus respectivos ámbitos de competencia**. Aunque el ap. c) del art. 153 CE se refiere solo al control que ejerce la jurisdicción contencioso-administrativa con respecto a la actuación de las Administraciones Públicas de dichas Comunidades y a sus disposiciones reglamentarias.

Así, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo o la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia conocen de las demandas de responsabilidad civil, dirigidas contra el Presidente o miembros del Consejo de Gobierno de las Comunidades Autónomas, por hechos cometidos en el ejercicio de su cargo [arts. 56.2 y 73.a) LOPJ]. Y los Juzgados y Tribunales de los órdenes civil y social conocen de los procesos en los que se ejercitan acciones civiles o laborales contra las Administraciones autonómicas.

2. La jurisdicción contencioso-administrativa controla también la actividad administrativa de órganos autonómicos que no se integran realmente en sus Administraciones Públicas.

El art. 74 de la LOPJ atribuye a **la Sala de lo Contencioso-Administrativo del correspondiente Tribunal Superior de Justicia** el conocimiento, en única instancia, de los recursos interpuestos contra disposiciones y actos procedentes de órganos de gobierno de las Asambleas Legislativas y sus comisionados, en materia de personal y actos de administración. En el ámbito de esta competencia se incluye la impugnación de reglamentos de régimen interior; estatuto personal y normas reglamentarias similares. Pero los reglamentos parlamentarios están sujetos al control del TC, **con la excepción de los de la Junta General del Principado de Asturias, que, según el art. 54 del Estatuto, están sometidos a la jurisdicción contencioso-administrativa**.

3. Los actos y normas reglamentarias de las Comunidades Autónomas pueden ser también **impugnados directamente ante el TC, conforme al art. 161.2 CE**, a través de un proceso caracterizado por las siguientes notas:

— Excepcionalidad, ya que el cauce normal para la impugnación de esos actos y disposiciones es el recurso contencioso-administrativo.

— Suspensivo, en un doble sentido. De una parte, produce automáticamente la suspensión de la norma reglamentaria; de otra, suspende hasta la resolución del TC los recursos que contra el mismo acto o disposición reglamentaria estuvieren interpuestos ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa.

— Restringido en cuanto a la legitimación, que solo se reconoce al Gobierno.

— Naturaleza competencial, ya que el procedimiento se canaliza como los conflictos positivos de competencia (art. 77 de la LOTC), siendo de este modo una manifestación de dichos conflictos.

El TC, en Auto 208/2000, de 19 de septiembre, que inadmite cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juez de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Madrid con respecto a la regla 2 del art. 14 de la LJCA (fuero electivo en materia de sanciones), señala que el art. 153.c) no atribuye ningún ámbito competencial a los Tribunales Superiores de Justicia, ya que ni siquiera los menciona. El control que se prevé en el precepto es el de la jurisdicción contencioso-administrativa en general respecto de la actividad de la Administración autonómica y sus normas reglamentarias, pero resulta obvio que el legislador puede legítimamente atribuir esa función de control a cualquier órgano de dicho orden jurisdiccional. Es, por tanto, infundado pretender que de dicho precepto constitucional deriva un ámbito competencial determinado a favor de los Tribunales Superiores de Justicia y que debería ser respetado en todo caso por el legislador.

El art. 152.1 CE se limita a aludir a los Tribunales Superiores de Justicia en tanto que vértices superiores de la organización judicial en los ámbitos territoriales de las Comunidades Autónomas, de conformidad con la LOPJ y dentro de la unidad e independencia del Poder Judicial. De manera que **las concretas competencias de los Tribunales Superiores de Justicia no quedan predeterminadas por la CE.**

La STC 114/1994, de 14 de abril, señala: «claramente se desprende que el precepto [el párr. 2.º del art. 152.1 CE] nada dice sobre cuáles sean las competencias objetivas que puedan corresponder a los Tribunales Superiores de Justicia, ya que su determinación corresponde al legislador, según lo dispuesto en los arts. 53 a 103 de la LOPJ respecto a los distintos Tribunales y Juzgados que integran el Poder Judicial. Por lo que no cabe inferir, como ha hecho el Auto de planteamiento, que el art. 152.1 de la CE imponga una estricta correspondencia entre el ámbito jurisdiccional de un Tribunal Superior de Justicia y el ámbito de la disposición administrativa de carác-

ter general impugnabile en un recurso contencioso-administrativo».

En consonancia con esta doctrina constitucional, no resulta viable ni fundado, a efectos de la admisibilidad de una cuestión de inconstitucionalidad, presumir que el constituyente quiso en el párr. 2.º del art. 152.1 CE establecer una correspondencia entre el ámbito jurisdiccional de un Tribunal Superior de Justicia determinado y el ámbito de la resolución administrativa impugnada (o de la autoridad que la dictó). Tal correspondencia absoluta no se compadece con el carácter unitario del Poder Judicial establecido en el art. 152.1 al final de su segundo párrafo, ni con el hecho de que los Tribunales Superiores de Justicia aplican el ordenamiento jurídico español en su conjunto. En la citada STC 114/1994 se precisó: «El art. 152.1 de la CE tampoco permite fundamentar la restricción del alcance o eficacia del fallo de los Tribunales Superiores de Justicia al ámbito de la respectiva Comunidad Autónoma, como se ha sostenido por el Tribunal *a quo*. El art. 152.1 CE delimita, sin duda, la demarcación judicial correspondiente a cada uno de los Tribunales Superiores de Justicia (SSTC 56/1990, FJ 16.º, y 62/1990 FJ 8.º), pero esa delimitación territorial no entraña en modo alguno una correlativa restricción en la eficacia del fallo [...] de manera que los pronunciamientos de los Tribunales Superiores de Justicia no solo recaen aplicando el ordenamiento en su conjunto, sino que poseen eficacia en todo el territorio español».

En la LOPJ y LJCA —según la redacción dada por la LO 19/2003, de 23 de diciembre, y por la Ley 15/2007, de 3 de julio—, la competencia para controlar la actividad de la Administración de las Comunidades Autónomas y de sus normas reglamentarias se atribuye a los siguientes órganos jurisdiccionales:

Los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo conocen, en única o primera instan-

cia, de los recursos que se deduzcan frente a los actos administrativos de la Administración de las Comunidades Autónomas, salvo cuando procedan del respectivo Consejo de Gobierno, cuando tengan por objeto: a) cuestiones de personal, salvo que se refieran al nacimiento o extinción de la relación de servicio de funcionarios públicos de carrera; b) las sanciones administrativas que consistan en multas no superiores a 60.000 euros y en cese de actividades o privación de ejercicio de derechos que excedan de seis meses, y c) las reclamaciones por responsabilidad patrimonial cuya cuantía no exceda de 30.050 euros. Asimismo, conocen, en única o primera instancia, de los recursos que se deduzcan frente a disposiciones y actos de la Administración periférica de las Comunidades Autónomas.

Las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia conocen en única instancia de los recursos que se deduzcan: a) contra los actos de las Administraciones de las Comunidades Autónomas, cuyo conocimiento no esté atribuido a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo; b) las disposiciones generales emanadas de las Comunidades Autónomas; c) los actos y disposiciones de los órganos de gobierno de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo, en materia de personal, administración y gestión patrimonial; d) convenios entre Administraciones Públicas cuyas competencias se ejerzan en el ámbito territorial de la correspondiente Comunidad Autónoma; e) los actos y resoluciones de los órganos de las Comunidades Autónomas competentes para la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia; f) en segunda instancia, de las apelaciones promovidas contra sentencias y autos dictados por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, y de los correspondientes recursos de queja; g) los recursos de revisión contra sentencias firmes de los Juzgados de lo Contencio-

so-Administrativo; h) recurso de casación para la unificación de doctrina previsto en el art. 99, e i) recurso de casación en interés de ley previsto en el art. 101.

La Sala Tercera del Tribunal Supremo conoce de los recursos de casación, en cualquiera de sus modalidades (ordinario, para unificación de doctrina y en interés de ley); si bien las sentencias que, siendo susceptibles de casación, son dictadas por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia solo son recurribles en casación si el recurso pretende fundarse en infracción de normas de Derecho estatal o comunitario europeo que sea relevante y determinante del fallo recurrido, siempre que hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora. También conoce de los recursos de revisión contra sentencias firmes de los Tribunales Superiores de Justicia.

La doctrina establecida en STS de 30 de noviembre de 2007 (rec. cas. 7638/2002) resulta especialmente trascendente para **delimitar la competencia del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia en cuanto a la interpretación y aplicación del Derecho de las Comunidades Autónomas.**

En dicha resolución se señala que de lo expuesto en los arts. 86.4 y 89.2 de la LJCA se desprende que las sentencias dictadas por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia solo son recurribles en casación cuando el recurso pretende fundarse en la infracción de normas de Derecho estatal o comunitario europeo que sea relevante y determinante del fallo recurrido, siempre que hubiesen sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora. Luego a *sensu contrario*, cuando el recurso se funde en infracción de normas de Derecho autonómico, la sentencia no será susceptible de recurso de casación. De estos preceptos, interpretados en conexión con lo estableci-

do en los arts. 152.1, párrs. 2.º y 3.º, de la CE, y 70 de la LOPJ se desprende el propósito legislativo de encomendar, en el orden contencioso-administrativo, a las Salas correspondientes de los Tribunales Superiores de Justicia de las respectivas CC. AA. la determinación de la interpretación última del derecho de procedencia autonómica. En coherencia con tal planteamiento, los arts. 99.1 y 101.2 de la LJCA atribuyen el conocimiento de los recursos de casación para unificación de doctrina fundados en infracción de normas emanadas de la Comunidad Autónoma y del recurso de casación en interés de la ley en que se enjuicie la correcta interpretación y aplicación de normas emanadas de las CC. AA. que hayan sido determinantes del fallo recurrido, a órganos jurisdiccionales que no son la Sala Tercera del Tribunal Supremo, sino las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia constituidas con la composición prevista, respectivamente, en los arts. 99.3 y 101.3 de la LJCA.

Ahora bien, la sentencia realiza dos precisiones. En primer lugar, que su interpretación no es la única que la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha acogido a lo largo del tiempo transcurrido desde la introducción del recurso de casación en el orden contencioso-administrativo hasta hoy. El examen de su jurisprudencia revela que han convivido dos interpretaciones distintas. Una ha venido entendiendo que el mandato contenido en el art. 95.2.d) de la LJCA (anterior art. 102.1.3.º de la Ley de 1956 modificada por Ley 10/1992) impone en todo caso al Tribunal Supremo la obligación de resolver la cuestión de fondo, aunque esté regida por normas autonómicas, tesis que se desarrolla con extensión en los fundamentos de Derecho cuarto a sexto de la STS de 24 de octubre 2007 (rec. 6578/2003), que cita, entre otras, la precedente STS de 22 de noviembre 2006 (rec. 3961/2003). La otra interpretación, más reiterada, coincide con la que el Pleno ha adoptado en la mencionada sentencia de 30 de noviembre de 2007 y se encuentra argumentada, entre otras, en las SSTS de 16 de

marzo de 2000 (rec. 1533/1998), 10 de diciembre de 2001 (rec. 4440/1996) y 28 de mayo de 2007 (rec. 1847/2003).

En segundo término, advierte que de lo expuesto no cabe inferir una doctrina que, en términos absolutos y omnicomprendivos, impida a la Sala Tercera del Tribunal Supremo, órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales (art. 123.1 CE), conocer, interpretar y aplicar el Derecho autonómico. Siempre será preciso examinar los supuestos de cada caso y, en contemplación de ellos, decidir lo procedente. La ponderación de las específicas circunstancias será especialmente exigible en aquellos supuestos en los que se produzcan entrecruzamientos ordinamentales, lo que obligará a discriminar si la controversia está o no sometida a preceptos no solo autonómicos y cuál sea el grado de incidencia que en la resolución del supuesto tengan preceptos de procedencia no autonómica, que no sean manifiestamente invocados con la exclusiva voluntad de frustrar el propósito que inspira la exigencia de justificación contenida en el art. 89.2 de la LJCA, en cuanto dirigida al fin de que desde el mismo momento de la preparación del recurso de casación quede claro que el juicio casacional no se va a referir a normas autonómicas, comprometiendo y haciendo a los Tribunales Superiores de Justicia, ya desde esa fase procesal, protagonistas activos de la preservación de su función interpretadora del Derecho autonómico, como se señala desde las SSTS de 26 de septiembre y 11 de diciembre de 2000.

La doctrina mantenida en la Sentencia de 30 de noviembre de 2007 es coherente con la establecida en las SSTS de 26 de julio y 29 de septiembre de 2001 (recursos 8858 y 9415/1996, respectivamente), según la cual «el ejercicio por una Comunidad Autónoma de su potestad legislativa en materias sobre las que le han sido transferidas las correspondientes competencias determina que el derecho resultante haya de imputarse a la

Comunidad, sin que pierda tal naturaleza porque el contenido material de algún precepto coincida con el del derecho estatal». Asimismo, la doctrina que el Pleno acoge en la reiterada sentencia no es contraria a la que se expone en AATS de 8 de julio de 2004 (rec. de queja 15/2004) y 22 de marzo de 2007 (rec. 2215/2006) y SSTS de 24 de mayo de 2004 y 31 de mayo de 2005 (recursos, respectivamente, 5487/2001 y 3924/2002), resoluciones en las que se reconoce la viabilidad del recurso de casación, con el consiguiente posible examen del fondo del asunto, en los casos de Derecho autonómico que reproducen Derecho estatal de carácter básico y cuando, al amparo del art. 88.1.d) de la LJCA, se invoca como fundamento del recurso de casación la infracción de jurisprudencia recaída en la interpretación de Derecho estatal que es reproducido por el Derecho autonómico, ni tampoco impide que se pueda afirmar (como en el FJ 5.º de la STS de 5 de febrero de 2007, dictada en el rec. núm. 6336/2001) que «no resulta aceptable que mediante una determinada interpretación de la norma autonómica —que no es, desde luego, la única interpretación posible— se llegue a una conclusión que resulta incompatible con el contenido de la norma estatal de carácter básico», argumento que sirve de fundamento a la estimación del recurso de casación y al examen del fondo del asunto regido por el Derecho autonómico.

4. Las disposiciones reglamentarias autonómicas están sujetas al control jurisdiccional por la doble vía del recurso directo y del recurso indirecto frente a los actos de aplicación.

Las resoluciones y actos de las Administraciones autonómicas son recurribles en vía contencioso-administrativa, una vez agotada la vía administrativa, ya sean definitivos o de trámite, si estos deciden, directa o indirectamente, el fondo del asunto (art. 37 LJCA).

También son recurribles las disposiciones y actos de contenido materialmente adminis-

trativo de los órganos de gobierno de los Parlamentos autonómicos, así como de sus comisionados (Sindic de Greuges, Defensor del Pueblo, Síndico de Agravios, Justicia de Aragón, Ararteko, etc.).

Las legislaciones de las Comunidades Autónomas determinan los actos que causan estado en vía administrativa y los órganos competentes para resolver los diferentes recursos administrativos.

La vía administrativa y los recursos administrativos son una consecuencia del privilegio de revisión de los actos que los Estatutos de Autonomía también reconocen para las Administraciones autonómicas.

V. EL CONTROL ECONÓMICO Y PRESUPUESTARIO DEL TRIBUNAL DE CUENTAS

1. Los arts. 136.1 y 153.d) CE atribuyen al Tribunal de Cuentas la fiscalización de las cuentas y de la gestión económica del Estado y del sector público.

El control económico y presupuestario del Tribunal de Cuentas (TCu) se extiende a las Comunidades Autónomas y al correspondiente sector público (arts. 4.1 LOTCu). Esto es, a las Administraciones económicas, empresas y entidades dependientes de las Comunidades Autónomas e, incluso, a las Asambleas Legislativas autonómicas en su vertiente económica y presupuestaria interna, aunque ello es compatible con la existencia de órganos de fiscalización contable en dichas Comunidades Autónomas.

El control que el TCu realiza respecto de las Comunidades Autónomas abarca dos aspectos:

A. **El enjuiciamiento contable**, como jurisdicción propia, necesaria e improrrogable, exclusiva y plena del TCu (arts. 15 y 17 Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, LO 2/1982,

de 12 de mayo, LOTCu), aunque sus resoluciones son susceptibles de recursos de casación y de revisión ante el Tribunal Supremo.

B. Fiscalización de la actividad económico-financiera del sector público, aplicando los principios de legalidad, eficacia y economía. El control no se refiere a la oportunidad del gasto, sino a la legalidad y racionalidad de su ejecución. Fiscalización que se extiende a todos los aspectos de aquella actividad, incluida la gestión financiera de las Comunidades Autónomas, según ha señalado el TC (STC 76/1983, de 5 de agosto).

El control no se traduce en resoluciones recurribles, sino en informes o memorias, ordinarias o extraordinarias, y en mociones o notas que se elevan a las Cortes Generales y se publican en el *BOE*. Cuando la actividad fiscalizadora se refiere a las Comunidades Autónomas o a entidades que de ellas dependen, el informe se remite, asimismo, a la Asamblea Legislativa de la respectiva Comunidad y se publica en su Boletín Oficial.

Se trata de una vertiente de control que no llega a la fase de medidas de corrección, pues abarca solo las de recibir información, tratamiento y evaluación y propuestas correctoras, en su caso, correspondiendo la decisión a las Cortes Generales (en aquellos supuestos en que dispongan de alguna posibilidad de acción respecto de la actividad económico-financiera de las Comunidades Autónomas) o a las propias Asambleas Legislativas de estas (que es la hipótesis de realización más frecuente).

La STC 98/2001, de 5 de abril, señala que «en lo relativo al control previsto en la legislación del Tribunal de Cuentas, nada puede oponerse desde la perspectiva constitucional de distribución de competencias. En efecto, partiendo de que el Tribunal de Cuentas es el supremo órgano fiscalizador de la cuentas y de la gestión económica del Estado, así como del sector público (art. 136.1 CE),

hemos afirmado que la Constitución no exige que el Tribunal de Cuentas sea el único órgano fiscalizador de la actividad financiera pública, pero sí que mantenga una relación de supremacía frente a otros órganos fiscalizadores, de modo que dicho Tribunal es supremo pero no único cuando fiscaliza (STC 18/1991, de 31 de enero, FJ 2). En conclusión, la referencia que contiene este artículo a la función fiscalizadora prevista en la legislación del Tribunal de Cuentas es plenamente constitucional, máxime cuando el art. 29 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de funcionamiento de dicho Tribunal, señala que los órganos de control externo de las Comunidades Autónomas coordinarán su actividad con la del Tribunal de Cuentas mediante el establecimiento de criterios y técnicas comunes de fiscalización que garanticen la mayor eficacia en los resultados y eviten la duplicidad de las actuaciones fiscalizadoras (ap. 1), debiendo dichos órganos autonómicos remitir al Tribunal de Cuentas los resultados individualizados del examen, comprobación y censura de las cuentas de todas las entidades del sector público autonómico (ap. 2) [STC 190/2000, FJ 11.b)]».

2. El control del Tribunal de Cuentas es **compatible con la fiscalización económica y presupuestaria que corresponde a órganos que a tal efecto pueden prever los Estatutos de Autonomía** (art. 1.2 LOTCu).

La estructura compleja del Estado ha supuesto la aparición, junto a dicho Tribunal, de órganos de control externo en las diversas Comunidades Autónomas (Sindicatura de Cuentas de Cataluña, Consejo de Cuentas de Galicia, Sindicatura de Cuentas de la Comunidad Autónoma Valenciana, Cámara de Comptos de Navarra, Tribunal Vasco de Cuentas Públicas), lo que hace que nuestro sistema tenga características propias.

En las recientes reformas de Estatutos de Autonomía se hace referencia a los mencionados órganos de fiscalización.

El Estatuto de Autonomía de Aragón (Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril), en su art. 112, caracteriza a la Cámara de Cuentas de Aragón —que depende directamente de las Cortes de Aragón y sin perjuicio de las competencias que la Constitución atribuye al TCu— como el órgano fiscalizador de la gestión económico-financiera, contable y operativa del sector público de dicha Comunidad Autónoma. Y le atribuye la misma competencia con respecto a las entidades locales del territorio de Aragón, sin perjuicio de las competencias que ostenta el TCu.

El Estatuto de Autonomía de Castilla y León (LO 14/2007, de 3 de diciembre, en su art. 90), establece la dependencia del Consejo de Cuentas de las Cortes de Castilla y León y le atribuye las funciones de fiscalización externa de la gestión económica, financiera y contable del sector público de la Comunidad Autónoma y demás entes públicos de Castilla y León, sin perjuicio de las competencias que corresponden al TCu de acuerdo con la Constitución.

El art. 130 del Estatuto de Andalucía prevé la Cámara de Cuentas como órgano de control externo de la actividad económica y presupuestaria de la Junta de Andalucía, de los entes locales y del resto del sector público de Andalucía. Depende orgánicamente del Parlamento de Andalucía. Su composición, organización y funciones se regulará mediante ley y le corresponde la fiscalización externa del sector público andaluz (art. 194).

El art. 82 del Estatuto de las Islas Baleares establece que sin perjuicio de las competencias que correspondan al Tribunal de Cuentas, la Sindicatura de Comptes es el órgano al cual corresponde la fiscalización externa de la actividad económica, financiera y contable del sector público de las Islas Baleares.

La «Sindicatura de Comptes» estará formada por tres Síndicos, elegidos por el Parlamento por mayoría de tres quintas partes de los Diputados.

Una ley del Parlamento regulará su funcionamiento y organización.

El Estatuto de Autonomía de Cataluña dispone en los arts. 80 y 81 que la Sindicatura de Cuentas es el órgano fiscalizador externo de las cuentas, de la gestión económica y del control de eficiencia de la Generalidad, de los entes locales y del resto del sector público de Cataluña.

Depende orgánicamente del Parlamento, ejerce sus funciones por delegación del mismo y con plena autonomía organizativa, funcional y presupuestaria, de acuerdo con las leyes. Está formada por Síndicos designados por el Parlamento por mayoría de tres quintas partes. Los Síndicos eligen entre ellos al Síndico o Síndica mayor. Deben regularse por ley el estatuto personal, las incompatibilidades, las causas de cese, la organización y el funcionamiento de la Sindicatura de Cuentas.

La Sindicatura de Cuentas y el Tribunal de Cuentas deben establecer sus relaciones de cooperación mediante convenio. En este convenio deben establecerse los mecanismos de participación en los procedimientos jurisdiccionales sobre responsabilidad contable.

El Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, en su art. 39, señala que la Sindicatura de Comptes es el órgano al que corresponde el control externo económico y presupuestario de la actividad financiera de la Generalidad, de los entes locales comprendidos en su territorio y del resto del sector público valenciano, así como de las cuentas que lo justifiquen.

En cuanto al procedimiento del nombramiento de sus miembros, funciones, facultades, estatuto y duración del mandato, habrá que ajustarse a lo que disponga la Ley de Les Corts que lo regule.

En primer lugar, puede hablarse de una **superposición de competencias, sin perjuicio del empleo de técnicas tendentes a**

reconducir a la unidad la actuación de dichos órganos. En este sentido, el art. 29 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, Ley 7/1988, de 5 de abril (De las relaciones del Tribunal de Cuentas con los órganos de control externo de las Comunidades Autónomas), establece que los órganos de control externo coordinarán su actividad con el Tribunal de Cuentas mediante el establecimiento de criterios y técnicas comunes de fiscalización que garanticen la mayor eficacia en los resultados y eviten la duplicidad de actuaciones.

A estos efectos, se establece que dichos órganos remitirán al Tribunal de Cuentas los resultados individualizados del examen, comprobación y censura de las cuentas de todas las entidades del sector público autonómico, así como los informes o memorias, mociones o notas en que se concrete el análisis de la gestión económico-financiera de las entidades que integren el sector público autonómico o de las subvenciones, créditos, avales u otras ayudas de dicho sector percibidas por personas físicas o jurídicas.

El Tribunal de Cuentas, mediante acuerdo plenario, podrá solicitar de los órganos de fiscalización externa de las Comunidades Autónomas la práctica de concretas funciones fiscalizadoras, tanto si se refieren al sector público autonómico como al estatal.

En segundo término, **los órganos externos existentes son heterogéneos**, ya que tienen normas reguladoras diferentes, en orden a su organización, estructura y competencias.

Y, por último, como en otros aspectos del régimen constitucional, el sistema de control externo tiene un carácter dinámico. El establecimiento de los órganos de control externo de las Comunidades Autónomas se ha llevado a cabo a lo largo de un proceso desarrollado en el tiempo, lo que ha dado lugar a previsiones legales con un diferente contenido de competencias.

El art. 26.3 de la LOTCu se refiere a la función de enjuiciamiento contable de los órganos de control externo autonómicos. Y, en su literalidad, pueden actuar, por delegación, en cuanto a la instrucción de los procedimientos jurisdiccionales.

De ahí que el TC, teniendo en cuenta las diferencias entre las funciones de fiscalización y de enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas, califica a este como «supremo órgano fiscalizador (art. 1.1)». Y, en cambio, lo considera, en cuanto a la función de enjuiciamiento contable, único en su orden, abarcando todo el territorio nacional (art. 1.2). Y continúa señalando el supremo intérprete de la Constitución que, aunque en la LTCu «se parte de la existencia de órganos fiscalizadores de cuentas que pueden establecer los Estatutos de las Comunidades Autónomas, no ocurre lo mismo con los órganos de enjuiciamiento contable. Por ello, aun cuando se prevé que las Comunidades Autónomas puedan realizar su propia función fiscalizadora, no existe esta previsión respecto a la actividad jurisdiccional» (SSTC 187/1988, de 17 de octubre, FJ 2, y 18/1991, de 31 de enero, FJ 2).

A pesar de las previsiones, no siempre claras, de las leyes de las Comunidades Autónomas, según la doctrina del TC, **la función de enjuiciamiento o declaratoria de la existencia de responsabilidades contables corresponde al Tribunal de Cuentas**, sustanciándose a través de los procedimientos establecidos en la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas. Los órganos de fiscalización contable autonómicos, por delegación del Tribunal de Cuentas, podrán realizar o practicar un conjunto de actuaciones o actividades instructoras en preparación de la fase decisoria de los procedimientos de existencia de responsabilidad contable. Y para determinar el alcance o extensión de esa función instructora ha de atenderse a lo establecido en el Capítulo XI, arts. 45 a 48, de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

3. La Constitución sitúa el TCu bajo la **directa dependencia de las Cortes Generales**. Ahora bien, no se trata de una dependencia jerárquica ni permite dirigir la actuación del Tribunal, sino que se sitúa en el ámbito funcional y político:

— Las Cortes Generales controlan la acción del Gobierno (art. 66.2 CE), control que en este ámbito se concreta en la aprobación de los presupuestos.

— Para el control de las cuentas generales, las Cortes delegan su examen y comprobación en el TCu (art. 136 CE).

— Los miembros del TCu, los Consejeros de Cuentas, son nombrados por las Cortes Generales (art. 30 LOTCu).

Por consiguiente, la atribución al TCu del control de la actividad económica y presupuestaria del Estado resulta lógica, pero no, en cambio, el control que se encomienda con respecto a las Comunidades Autónomas, ya que las Cortes Generales no controlan la ac-

ción de aquellas en el aspecto económico-financiero. Por consiguiente, parece más congruente con un esquema parlamentario asignar esta función al Tribunal de Cuentas de cada Autonomía, designado por su propia Asamblea Legislativa.

La explicación de esta diferencia está en la propia gestación del Estado de las Autonomías: la CE de 1978 contemplaba varias posibilidades de institucionalización autonómica, no exigiendo la existencia de un Parlamento más que en las Comunidades Autónomas constituidas por la vía del art. 151 CE, y no considerando esencial la creación de órganos similares al TCu.

La atribución de las funciones de que se trata al TCu se justifica por la doble razón de su independencia respecto del ejecutivo, y su especialización y capacidad técnica, aunque una vez generalizado a todas las Comunidades Autónomas el sistema de las Asambleas Legislativas, la lógica del sistema justificaría dar intervención a las mismas en la designación de los Consejeros de Cuentas.

BIBLIOGRAFÍA

DE VERGOTTINI, G., *Diritto costituzionale comparato*, Cedam, Padua, 1991.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La ejecución autonómica de la legislación del Estado*, Civitas, Madrid, 1983.

GIL ROBLES, J. M., *Control y autonomías*, Civitas, Madrid, 1986.

— «Comentario al art. 153», en Alzaga Villaamil, O. (Dir.), *Comentarios a las leyes políticas, Constitución española de 1978*, tomo X, Edersa, Madrid, 1988.

KELSEN, H., *Teoría General del Estado*, Editora Nacional, México, 1979.

LAZKANO BROTONS, I., *El control jurisdiccional de los poderes del País Vasco*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1988.

MUÑOZ MACHADO, S., *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, vol. II. Civitas, Madrid, 1984.

MURILLO DE LA CUEVA, P. L., «El control jurisdiccional de los actos y disposiciones de las Comunidades Autónomas: el art. 153.c) de la Constitución», *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1992.

SALA SÁNCHEZ, P., XIOL RÍOS J. A. y FERNÁNDEZ MONTALVO, R., *Práctica Procesal Administrativa*, Ed. Bosch, Barcelona, 1999.

SEVERO GIANNINI, M., «Autonomia: Teoria generale e diritto pubblico», en *Enciclopedia del Diritto*, vol. IV, Giuffrè, Milán, 1959.

TOLIVAR ALAS, L., *El control del Estado sobre las Comunidades Autónomas*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1981.

Artículo 154

Un Delegado nombrado por el Gobierno dirigirá la Administración del Estado en el territorio de la Comunidad Autónoma y la coordinará, cuando proceda, con la administración propia de la Comunidad.

DELEGADOS DEL GOBIERNO EN LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Sumario: I. Ubicación y sentido constitucional del precepto. II. Antecedentes históricos y modelos de Derecho comparado. III. Delimitación legal y jurisprudencial de la figura del delegado del Gobierno. 1. Naturaleza. 2. Funciones. 3. Estructura y organización.

ANDRÉS BOIX PALOP

PROFESOR TITULAR DE DERECHO ADMINISTRATIVO
UNIVERSIDAD DE VALENCIA

I. UBICACIÓN Y SENTIDO CONSTITUCIONAL DEL PRECEPTO

El art. 154 de la Constitución, integrado en el Capítulo III de su Título VIII, forma parte de las previsiones orgánicas y funcionales que constitucionalizan tanto el régimen y marco institucional que permitirán el despliegue de las Comunidad Autónomas como algunos elementos esenciales de su relación con la Administración del Estado o, más en general, destinados a garantizar su inserción global en el modelo de Estado compuesto por el que opta nuestra Constitución. No ha de extrañar, por ello, que suponga **una novedad dentro del constitucionalismo español**.

El precepto, esencialmente, determina (y lo hace constitucionalizando esta opción y restringiendo con ello el ámbito de libre determinación, tanto del legislador estatal como de la

propia Administración del Estado, a la hora de optar por posibles modelos alternativos) **la necesaria presencia de un agente estatal**, al que el artículo denomina finalmente *Delegado*, con la función de dirigir la Administración del Estado en el territorio de la Comunidad Autónoma en cuestión y coordinarla, cuando sea necesario, con las actuaciones a cargo de la Administración autonómica.

Constitucionalmente queda de esta forma señalado el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma como una división territorial a la que **la planta de la Administración del Estado** habrá de atender, en la medida en que la dirección de sus servicios en la misma queda encomendada a un órgano, el mencionado Delegado, que despliega sus funciones en todo el territorio de la misma. Esta consecuencia no menor, que se deduce directamente del diseño de la institución, **convive, sin**

embargo, con la constitucionalización, por parte del art. 141, de la Provincia como «división territorial para el cumplimiento de las actividades del Estado», esto es, con la consagración del modelo tradicional de articulación de una Administración periférica de base esencialmente provincial (un modelo que se veía culminado con la clásica figura del Gobernador Civil, tradicionalmente considerado «primera autoridad provincial»). Aunque en el diseño constitucional la figura del Gobernador ya no sería pues necesaria, tampoco es ni mucho menos evidente que sea de suyo incompatible con el mismo. Es claro, eso sí, que caso de que legalmente se la haga subsistir (como ocurrió durante las dos primeras décadas de vigencia de la Constitución) no podrá compartir los rasgos que la identificaron durante períodos históricos anteriores, en la medida en que colisionan con el despliegue autonómico. Eso sí, incluso en el supuesto de que quede ceñida la figura a un nuevo perfil que la haga compatible con la actividad de las Comunidades Autónomas o con la autonomía reconocida a los entes locales (o incluso prescindiendo de ella), es claro que la apuesta por una planta provincial reflejada en este precepto plantea problemas de coherencia con lo dispuesto en el art. 154. Sin embargo, ello, no ha sido óbice para que la política legislativa en los primeros cuarenta años de vigencia del texto constitucional haya ido más en la línea de reforzar la planta de la Administración periférica del Estado más en base provincial que autonómica, coherente por otro lado con el reforzamiento y nuevo vigor que por ejemplo reformas como la del régimen local de 2013 han dado a las instituciones locales de planta provincial (Diputaciones).

Puede apuntarse como explicación de esta contradicción en la determinación de las directrices básicas sobre planta administrativa la hipótesis de que las previsiones constitucionales, en su origen, contemplaran un modelo de Administración periférica del Estado diferente según la efectiva implantación o no de Comunidades Autónomas en todo el terri-

torio nacional. De este modo habría sido concebible (y constitucionalmente posible) diferenciar entre aquellas partes de España donde la inexistencia de Comunidades Autónomas permitía e incluso aconsejaba la conservación en casi todos sus elementos del régimen de desconcentración administrativa tradicional, con una Administración periférica distribuida territorialmente con una base provincial, de lo que sería reflejo la previsión del art. 141; y otras partes del territorio, donde la implantación de las Comunidades Autónomas hubiera sido efectiva (pero solo en ellas), en las que la Administración del Estado, tomando nota del fenómeno y de la nueva realidad, del correlativo retroceso que para sus funciones, medios y competencias suponía inevitablemente, rehacía su planta, rediseñándola para esos territorios a partir de las propias divisiones autonómicas y teniendo como vértice a un Delegado con competencia en cada una de ellas.

En todo caso, y frente a cualquier pretensión uniformizadora, la realidad ha demostrado ser más poliédrica. La Administración periférica del Estado no ha tenido problema alguno en, cuando lo ha tenido por más conveniente para lograr con eficacia sus fines (consideración a la que el art. 103 CE también obliga a atender), adaptar su estructura a una u otra alternativa e, incluso, en muchos casos, a divisiones totalmente diferentes. Creemos que a estas alturas, por ello, puede quedar zanjado el tema y reconocerse al Estado, más allá de lo que puedan imponer estas previsiones constitucionales, cierta capacidad para la mejor organización de sus servicios que permita alejarse de las mismas. Por mucho que no puedan negarse los efectos derivados de la efectiva implantación de las Comunidades Autónomas, que poco a poco han ido diseñando un modelo de país diferente que inevitablemente tiende a centrar debates y actuaciones partir de las divisiones autonómicas. Así, en algunas de las situaciones más señaladas en las que el Estado ha optado por una planta ajena a divisiones administrativas por razones de eficacia (que se justifican con enorme

facilidad a partir de elementos objetivos) como es el caso de las Confederaciones Hidrográficas, las recientes disputas son claro reflejo de esa *vis atractiva* de la planta autonómica, que se encuentra tan asentada que aspira inevitablemente a que su lógica orgánica sea tenida en cuenta en la administración de cualquier bien o recurso, en el ejercicio de cualquier función. Sin duda, conviene tomar nota del fenómeno y tenerlo presente a la hora de comprender las dinámicas inherentes a un modelo como el nuestro.

Sin embargo, como es sabido, el desarrollo del proceso autonómico que condujo a la generalización de las Comunidades Autónomas a todo el territorio nacional obligó a integrar estas previsiones de forma distinta, de manera que **han convivido a lo largo de estos 40 años ambas realidades** (durante las primeras dos décadas, con la figura de los Gobernadores Civiles de base provincial y, posteriormente, con su transformación en Subdelegados del Gobierno). Es a partir de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (en adelante, LOFAGE), donde de modo hasta cierto punto coherente con la idea expuesta el despliegue de la Administración periférica queda nucleado en torno a la figura del Delegado del Gobierno, atendiendo a las previsiones del art. 154 CE, subordinándose claramente a la misma los nuevos subdelegados provinciales. Este modelo organizativo es la base del actualmente vigente, que lo reproduce sustancialmente, fijado en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP).

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y MODELOS DE DERECHO COMPARADO

El Delegado del Gobierno, como órgano constitucional necesario, es un mecanismo de articulación territorial propio de un Estado descentralizado, con lo que necesariamente los antecedentes históricos que podemos

encontrar en nuestro Derecho público no habrán de ser demasiados, excepción hecha de algunas manifestaciones en los puntuales períodos de descentralización política que ha vivido en el pasado nuestro país. Suele mencionarse, en este sentido, el art. 72.8 del *non nato* Proyecto de Constitución Federal de 1873, pero su interés para la comprensión de la institución, lógicamente, es a día de hoy más bien escaso. El único episodio comparable al proceso autonómico iniciado con la transición a la democracia en España posterior a la muerte del general Franco, si bien breve y rápidamente truncado, nos retrotrae a la II República. Empero, en el Derecho público de la República no aparece de una figura equivalente, quizá como reacción a la instauración de un Gobernador en la región creado por el Estatuto provincial de 1925, institución que desaparecerá del modelo republicano; y probablemente en coherencia con un planteamiento territorial claramente dual que conservaba todos los agentes estatales tradicionales para las regiones donde no se establecían regímenes de autonomía.

Ante esta ausencia de otros precedentes, las características centralizadoras de la figura y su compleja articulación en una estructura federal pueden hacer caer en la tentación, a la hora de buscar referentes históricos para el Delegado del Gobierno, de referir las experiencias de desconcentración propias del modelo centralista, a pesar de que no sean en puridad los referentes apropiados. En cualquier caso, baste mencionar aquí el definitivo asentamiento que durante todo el siglo XIX se produce del agente con base provincial, desde el Jefe Superior de la Constitución de Cádiz de 1812 (art. 324) hasta los Gobernadores Civiles, pasando, claro está, por los Subdelegados de Fomento que, al menos desde el período de tiempo que va de noviembre de 1833 a marzo de 1836, supusieron el establecimiento de una administración periférica de base provincial en manos de un gestor, un administrador provincial, con funciones esencialmente administrativas regidas por el Derecho. Con todas las coincidencias aparentes, y la

fácil imagen de continuidad que supone vincular a los Delegados del Gobierno del art. 154 CE con estos agentes estatales con casi dos siglos de tradición en nuestro Derecho, conviene recordar que el primero es sin embargo una figura propia de modelos descentralizados y los segundos manifestación de un modelo centralizado.

Ante la ausencia de un referente claramente homologable en nuestra tradición jurídica, hubiese sido habitual, por ello, **buscar modelos en el Derecho comparado** y suele citarse en este sentido la figura hasta cierto punto equivalente del art. 124 Constitución italiana, bastante semejante a las previsiones de la Constitución portuguesa para las Regiones de Azores y Madeira, y sin duda muy parecida, aparentemente, al art. 154 CE. No son pocos quienes consideran por ello que nos encontramos, en efecto, ante una importación de la Constitución italiana de 1947, que sería coherente con una posible voluntad del constituyente de diseñar un Estado con diversos niveles de descentralización, en la línea de esos países. De ahí la previsión de una figura que, por el contrario, es muy poco frecuente en modelos de federalismo más desarrollado, entre los que el referente más cercano a nuestro constitucionalismo ha sido, cómo no, la República Federal Alemana, cuya Ley Fundamental no contiene institución que pueda parangonarse.

Más allá de la imposibilidad de realizar una equiparación total con ninguno de esos modelos, pues es sabido que el despliegue autonómico en España tiene rasgos definitorios muy particulares, estas referencias son interesantes desde un punto de vista: reflejan hasta qué punto una previsión como la del art. 154 de nuestra Constitución **pone de manifiesto no pocas cautelas frente al proceso descentralizador que el propio texto desencadena**. Y lo hace desde muchos prismas, en la medida en que constitucionaliza un determinado diseño (algo que ya hemos destacado, con la consiguiente pérdida de libertad de configuración posterior, lo que hace que para

muchos la medida, por mucho que pueda parecer razonable y simplificadora, sea tenida por algunos más bien por perturbadora) y en que lo hace, además, introduciendo una figura de perfiles típicamente centralizadores que choca con el modelo descentralizado que latía en el texto de 1978 y que, por lo demás, se ha confirmado en muchos de sus extremos a lo largo de estas primeras cuatro décadas de exitosa descentralización política tendencialmente simétrica y uniforme.

Fueron precisamente consideraciones de esta índole, asociadas a los prejuicios históricos que semejantes delegados o agentes acarreaban, junto a cuestiones terminológicas (el precepto no hablará finalmente de Gobernadores ni se referirá a la «Administración periférica», en lo que constituye una apuesta clara por términos menos connotativos de una voluntad centralizadora), los elementos más debatidos de un precepto que, por lo demás, ha de reconocerse, tampoco fue objeto de demasiada discusión durante el proceso constituyente. Con su consagración constitucional se dibuja un modelo de federalismo donde, de suyo, queda claro que, frente a alternativas como el federalismo de ejecución, **se opta por la existencia, siempre, en cualquier caso, de ciertos órganos de la Administración del Estado radicados en las Comunidades Autónomas**. Y que, por ello, requerirá de un órgano de dirección y de coordinación absolutamente diferente a los mecanismos excepcionales y sectoriales que prevén Constituciones como la alemana para que el Estado controle la ejecución de sus políticas.

III. DELIMITACIÓN LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DE LA FIGURA DEL DELGADO DEL GOBIERNO

1. Naturaleza

El Delegado del Gobierno, así conformado constitucionalmente, **es la cúspide de la administración periférica (aunque la Cons-**

titución omite tal calificativo) del Estado y representa al Gobierno (art. 72.1 LRJSP) en el territorio de la Comunidad Autónoma (que no al Estado, dado que como es sabido la propia Constitución, y así ha sido recogido también por todos los Estatutos de Autonomía, otorga esta representación, significativamente, al Presidente de la Comunidad Autónoma correspondiente), de acuerdo con **un diseño que tanto la LOFAGE en su día como la vigente LRJSP han consagrado.**

El relativo acuerdo que supuso el mismo (demostrado en que sus líneas básicas ya se contenían en proyectos anteriores preparados por mayorías diferentes) es reflejo de la existencia, casi dos décadas después de la aprobación de la Constitución, de un cierto consenso básico del que participaron los partidos políticos mayoritarios y algunas minorías nacionalistas sobre la necesidad de regular mejor la planta de la Administración del Estado (y muy particularmente de la periférica) para adaptarla a la plena implantación de las Comunidades Autónomas. Por otra lado, se lograba de este modo superar la abigarrada normativa que se había ido sucediendo desde 1978, sin demasiado orden, a medida que se implantaba la figura puntualmente (primero en Cataluña y País Vasco, RD de 10 de octubre de 1980 y sendos RR. DD. de 22 de diciembre de 1980) y luego se generalizaba (RD de 24 de julio de 1982), con posterior Ley 17/1983, de 16 de noviembre, sobre Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas, conviniendo todavía con estructuras de base provincial (RD 3117/1980, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto de los Gobernadores Civiles) y previsiones en la Ley 12/1983, de 14 de octubre, del Proceso Autonómico (art. 23).

La regulación de la LRJSP confirma la **naturaleza de órgano directivo del Delegado del Gobierno, nombrado por el Consejo de Ministros a propuesta del Presidente del Gobierno (art. 70.4 LRJSP), que conserva la consideración de alto cargo (con rango de Subsecretario, art. 70.3 LRJSP)** y por ello es inelegible en los términos previs-

tos por el art. 70.1.b) CE. Se deduce también de ello, como es evidente, que su elección ha de ser realizada de acuerdo con los criterios establecidos para todos los órganos directivos en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno, con base en dos criterios generales: competencia profesional y experiencia. El juicio en torno a estas exigencias permitiría, al menos teóricamente, un cierto control jurídico de estos nombramientos, por mucho que hasta la fecha no se haya hecho excesivo hincapié en esta posibilidad y que, como es obvio, debiera ser solo de mínimos y excluir únicamente las más groseras arbitrariedades en los nombramientos. A fin de cuentas, nos encontramos ante un órgano cuya naturaleza política además de administrativa es indudable.

Esta **naturaleza en parte política de la figura** es hasta cierto punto inevitable. En la medida en que el Delegado representa al Gobierno, comparte también el carácter bifronte del mismo, órgano político por excelencia y, a la vez, cúspide de la organización administrativa. Este carácter del órgano ha sido destacado, o al menos asumido, por la STC 27/1989, de 3 de febrero, al aceptar, en el marco del ejercicio constitucionalmente legítimo del derecho de huelga y sus posibles límites, que los Delegados del Gobierno integraban el concepto de «autoridad gubernativa», pudiendo por tanto estar competencialmente facultados para establecer servicios mínimos.

Por lo demás, la práctica ha demostrado que el éxito y principal virtud del órgano radica justamente en su capacidad para actuar en tanto que tal y, por ello, con amplias funciones de representación política así como de control y fiscalización respecto de la actuación no solo de la Administración propia, sino también de la autonómica [el art. 73.1.d) encarga a los Delegados el ejercicio de estas funciones de control de legalidad y les faculta para promover o instar los debidos recursos contra actuaciones que puedan afectar a las competencias estatales o que sean realizados

en contradicción con el ordenamiento jurídico]. En una línea muy semejante, por lo demás, **dispone el órgano de una capacidad directa de reacción frente a actuaciones de otras Administraciones**, en este caso de la Administración Local. Así, el art. 67 LBRL permite al Delegado acordar la suspensión de actos y acuerdos locales cuando atenten gravemente al interés público. La STC 214/1989, de 21 de diciembre, entendió constitucional esta potestad, justificándola en el hecho de que la suspensión en cuestión es siempre cautelar y en que se trata de una decisión de la que puede conocer en todo caso, y en menos de 10 días, la jurisdicción contencioso-administrativa, lo que supone un control de la actuación en Derecho que la hace compatible con la autonomía local.

2. Funciones

Esencialmente, se deducen de la Constitución dos grandes ámbitos de actuación del Delegado, más allá de esta función fiscalizadora y de control a que hemos hecho referencia. El primero de ellos, en el cual se desarrollan la mayoría de las competencias que le atribuye la LRJSP y que se corresponde con el vector más importante hacia el que la práctica ha derivado la figura, es el de constituir el vértice de la Administración del Estado en la Comunidad Autónoma (a partir de las previsiones del art. 73.1 LRJSP, ejercen la **dirección y la supervisión de todos los servicios de la Administración General del Estado y sus Organismos públicos** situados en su territorio), del que forma parte la histórica y más visible competencia para la dirección de las **Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (art. 73.3 LRJSP)**. Ha de señalarse, no obstante, que también sobre esta se ha producido un impacto con el despliegue de Policías autonómicas, de modo que el orden público ha dejado de ser, en algunas Comunidades, competencia exclusiva del Estado. Con todo, incluso en tales casos hay competencias residuales estatales que, como por ejemplo la crisis catalana de otoño de

2017 permitió comprobar, siguen amparando un amplio ejercicio de la coordinación de determinadas funciones policiales y de orden público por parte de los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas.

La nueva ley ha añadido a estas funciones orgánicas tradicionales otras de nuevo cuño, como las tareas de difusión de la acción de gobierno e información a los ciudadanos, de un cariz marcadamente más político y que han ido ganando en importancia con los años. Ha de señalarse, además, que entre estas funciones se ha introducido la de elevar al Gobierno, con carácter anual, a través del departamento ministerial con competencias en materia de Hacienda y Administraciones Públicas, un informe sobre el funcionamiento de los servicios públicos estatales en el ámbito de la Comunidad Autónoma en cuestión. También han de colaborar, y disponen de diversas competencias al efecto, con el despliegue de las políticas públicas estatales realizado en su territorio desde los órganos centrales.

Conviene tener presente que, al menos en este ámbito, se deduce claramente de la posición constitucional del Delegado, como también de la normativa de desarrollo de la figura y de sus funciones, la generalidad y amplitud de sus competencias, que pueden tener incluso carácter residual respecto de cualquier actividad competencialmente atribuida al Estado y ejercida por este en el territorio de las Comunidades Autónomas, por lo que en defecto de órgano concreto al que queden atribuidas ha de entenderse que lo son a la Delegación del Gobierno (como dejó por lo demás declarado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 254/1993, de 20 de junio).

Junto a este primer ámbito, hay una segunda función constitucional esencial del Delegado, que presenta más sombras, cuya regulación es ciertamente parca, cual es la de **coordinación con las Comunidades Autónomas** y con sus respectivas Administraciones. Labor de coordinación que, como se ha apuntado, también se produce en materia de protección

de las libertades cuando existen competencias autonómicas en la materia. En los términos en que la Constitución prevé la actuación del Delegado, esta tiene sentido cuando las competencias estatales y autonómicas son concurrentes y, de alguna manera, tal coordinación será entonces necesaria. Es por ello el caso cuando, por ejemplo, existe una Policía autonómica. Estas funciones, por lo demás, revisten una enorme importancia en un modelo de distribución territorial del poder como el español, que, como hemos señalado, ha optado por mantener un aparato administrativo estatal a escala territorial en vez de delegar la ejecución en las instancias locales o regionales, de manera que en casos de concurrencia de títulos competenciales o de competencias cruzadas (algo que es inevitable y habitual, piénsese en casos que van desde las competencias en materia de protección civil a cualquier acción estatal que pueda tener afección sobre la ordenación del territorio, por poner solo dos ejemplos) la Constitución, según ha interpretado el Tribunal Constitucional, concede esta capacidad de coordinación al Estado, por medio del Delegado (STC 123/1984, de 18 de diciembre). Ha de dejarse claro, no obstante, que esta relativa preeminencia anudada a la capacidad de coordinación no contempla potestades que amparen una supuesta capacidad para imponer a las Administraciones autonómicas actuaciones concretas dentro del ámbito de las competencias de estas últimas (STC 18/1982, de 4 de mayo). En caso de desacuerdo, por ello, no puede entenderse que el criterio del Delegado prime, sino que habrá de resolverse la situación por los cauces previstos para la resolución de conflictos competenciales. Igualmente, tampoco podrá entenderse, por este mismo motivo, que concurra en el Delegado, más allá de los cauces para su satisfacción en vía administrativa o judicial al uso, una especial responsabilidad respecto del feliz desarrollo de estas tareas. Si la coordinación no ha sido satisfactoria, no necesariamente será responsabilidad del Delegado, en tanto que carece de instrumentos para imponer jurídicamente su criterio en esta materia.

La función de coordinación prevista en el art. 154 CE tampoco tiene unos contornos protegidos que la hagan indisponible, y aunque el Tribunal Constitucional ha entendido incompatible con su texto la previsión de figuras equivalentes con competencias sectoriales [la Sentencia 227/1988, de 29 de noviembre, declaró inconstitucional el art. 16.1.c) de la Ley de Aguas por incluir la previsión de una suerte de Delegado del Gobierno *ad hoc* con funciones de coordinación con la administración autonómica en materia de aguas que se insertaba en la estructura organizativa autonómica], no lo ha hecho tanto por entender que la Constitución vede este tipo de posibilidades de coordinación alternativas a la que realice el Delegado (por mucho que a mayor abundamiento mencione que es a esta figura a quien corresponden las funciones de coordinación en el fundamento de Derecho vigésimo primero), como por considerar que constituye un atentado a la autonomía organizativa de cualquier ente que la tenga reconocida la imposición, dentro de su estructura institucional y organizativa, de un órgano de cualquier tipo por medio de una norma estatal.

La propia Ley de Régimen Jurídico del Sector Público de 2015, a pesar de suponer una reforma operada en un momento donde la figura ya está muy consolidada, obvia por ejemplo a los Delegados del Gobierno la hora de establecer pautas de coordinación entre Administraciones Públicas (*vid.*, así, todo el Capítulo III del Título III de la Ley). Y, en línea coincidente con lo señalado, conviene indicar que las labores de coordinación, en gran parte, no se están realizando en nuestro país a través de los Delegados, sino, como es sabido, directamente por medio de los órganos centrales de la Administración del Estado, por medio de conferencias sectoriales e instrumentos equivalentes.

3. Estructura y organización

La LRJSP (art. 69.2 LRJSP) establece, en lo que supone recoger una previsión que inicial-

mente se barajó incluir en el propio art. 154 CE, que **la sede de la Delegación** del Gobierno, a salvo de lo que puedan disponer los diversos Estatutos de Autonomía (que en el caso de Canarias, por ejemplo, determina que la sede de la Delegación estará necesariamente en Las Palmas de Gran Canaria) se ubicará en la capital de la Comunidad Autónoma. El modelo, como se ve, queda fijado normativamente, pero de modo más flexible que el que habría resultado de una mención constitucional a la cuestión. Adicionalmente, ha de ser tenida en cuenta la existencia de dos Delegados del Gobierno en Ceuta y Melilla, a los que, según la DA 2.^a LRJSP, se aplica el mismo régimen jurídico que a los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas.

Una cuestión tradicionalmente conflictiva ha sido la de **la dependencia de los Delegados** del Gobierno, que el art. 72 LRJSP zanja optando por hacerlos directamente tributarios de la Presidencia del Gobierno, aunque sus funciones, según la materia, serán realizadas esencialmente siguiendo instrucciones, ya del Ministro de Administraciones Públicas, ya del Ministro del Interior, en todo lo referido a protección de la seguridad ciudadana y de las libertades públicas, por mucho que cualquier otro Ministro pueda dictar también las instrucciones oportunas relativas a su área de responsabilidad.

En general, la nueva Ley del Sector Público, como ya hacía la LOFAGE, contiene una acabada ordenación de **la estructura y organización de las Delegaciones** del Gobierno (arts. 74-76 LRJSP). Adicionalmente, hay órganos administrativos colegiados de apoyo, como la Comisión Interministerial de coordinación de la Administración periférica del Estado (art. 78 LRJSP) o la Comisión territorial de asistencia al Delegado del Gobierno para coordinar las actuaciones que hayan de ejecutarse de manera homogénea en el territorio de un Comunidad Autónoma y asesorar al Delegado (art. 79 LRJSP). Además, conviene destacar en este punto, en la medida en que altera de forma importante la exacta com-

prensión del Delegado como verdadero vértice de toda la Administración periférica en una Comunidad Autónoma, que la propia LRJSP permite **el establecimiento de organizaciones administrativas que no dependen de la Delegación o no respeten necesariamente la planta administrativa general del sistema** tal y como la venimos describiendo. Los ejemplos van desde las ya mencionadas Confederaciones Hidrográficas, a la planta alternativa que subsiste en materia de Economía y Hacienda, con Delegaciones Provinciales propias. Incluso en el mismo texto de la norma, por su parte, se establece expresamente la no integración de aspectos como la organización militar y las Delegaciones de Defensa (DA 14.^a), de acuerdo a lo que ha venido siendo tradicional, quedando estas integradas en la estructura del Ministerio de Defensa; de las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social (DA 13.^a); o de servicios tan importantes como la Agencia Estatal de Administración Tributaria (DA 17.^a) y otros organismos como Correos y Telégrafos, el Instituto Cervantes, el Consejo Económico y Social. Queda claro con ello que la tradicional polémica respecto de la dependencia de la administración institucional y de los organismos autónomos está lejos de haber concluido. Pero, sobre todo, que el Delegado no ha sido capaz de convertirse en el absoluto referente de toda la Administración del Estado desplegada en las Comunidades Autónomas, lo que de alguna manera cuestiona la lógica global del diseño.

Por último, conviene hacer una referencia de mínimos a **los Subdelegados del Gobierno en las Provincias** (arts. 74 y 75 LRJSP), que sustituyen con el perfil más profesional ya reseñado a los Gobernadores Civiles y serán nombrados, según el art. 74 LRJSP, por el Delegado del Gobierno de entre funcionarios de carrera del Estado, de las Comunidades Autónomas o de Entes Locales del subgrupo A1. Están bajo la dirección de los Delegados del Gobierno, que incluso pueden asumir todas sus funciones en las Comunidades Autónomas uniprovinciales, aunque se permite tam-

bién la creación de Subdelegaciones en tales casos, si así se justifica por necesidades sociales, geográficas, de gestión... Sus competencias reflejan la minoración respecto de los Gobernadores Civiles, pues entre otras cosas pierden en beneficio del Delegado algunas de las sancionadoras o, lo que es más significativo, las de orden público en la Provincia sede de la Delegación (aunque se siguen encargan-

do, en principio, de ellas en las Provincias donde no está el Delegado, siempre y cuando la Comunidad Autónoma no tenga Policía autonómica). En cualquier caso, no tienen la consideración de alto cargo (pues se equiparan a una subdirección general) y se integran de manera total y efectiva en la estructura administrativa de que dispone el Delegado del Gobierno para cumplir con sus funciones.

BIBLIOGRAFÍA

AA. VV., *El Gobernador civil en la política y en la Administración de la España contemporánea*, Ministerio del Interior, Madrid, 1997.

BASSOLS COMA, M., «Las relaciones entre la Administración periférica del Estado y las Comunidades Autónomas en la Constitución», *Revista de Administración Pública*, núm. 89, 1979, págs. 61-78.

- «El Delegado del Gobierno como órgano de coordinación y cooperación con las Comunidades Autónomas y de dirección de la Administración periférica del Estado», en ALZAGA VILLAAMIL, O., *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Edersa-Cortes Generales, Madrid, 1996, tomo XI, págs. 457-497.

CAJAL VALERO, A., *El Gobernador Civil y el Estado centralizado del siglo XIX*, MAP, Madrid, 1999.

CALVO GONZÁLEZ, M. A., «El Delegado del Gobierno en las Comunidades Autónomas», *Revista del Departamento de Derecho público*, núm. 5, invierno 1979-1980, págs. 121-127.

CÁMARA DEL PORTILLO, D., «La figura del Delegado del Gobierno en las Comunidades Autónomas», *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 210, 1981, págs. 247-264.

DORIGA TOVAR, C., «El cargo de Gobernador Civil y Jefe Provincial del Movimiento en el nuevo Estado español», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 156, 1967, págs. 145-167.

LINDE PANIAGUA, E., «El Delegado del Gobierno», *Documentación Administrativa*, núm. 182, 1979, págs. 255-286.

MUÑOZ MACHADO, S., voz «Subdelegados de Fomento», en MUÑOZ MACHADO, S., *Diccionario de Derecho Administrativo*, tomo II, Iustel, Madrid, 2005, págs. 2469-2470.

- *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, tomo II, 2.^a ed., Iustel, Madrid, 2008, págs. 191-205.

PULIDO QUECEDO, M., *La Constitución española. Con la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, 3.^a ed., Aranzadi, Pamplona, 2001.

QUIROGA DE ABARCA, J. M., *Centralización y descentralización administrativas y Delegado del Gobierno*, Dykinson, 1994.

SALABERRI BARAÑANO, R., *El Delegado del Gobierno*, HAEE/IVAP, Oñate, 1989.

SARMIENTO ACOSTA, M. J., voz «Subdelegación del Gobierno», en MUÑOZ MACHADO, S., *Diccionario de Derecho Administrativo*, tomo II, Iustel, Madrid, 2005, págs. 2465-2469.

— «Delegados del Gobierno», en MUÑOZ MACHADO, S., *Diccionario de Derecho Administrativo*, tomo I, Iustel, Madrid, 2005, págs. 811-815.

TORNOS MAS, J., «La reforma de la Administración periférica del Estado», *Documentación Administrativa*, núm. 246-247, septiembre 1996-abril 1997, págs. 345-376.

URETA DOMINGO, J. C., «El Delegado del Gobierno en las Comunidades Autónomas», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 5, 1983, págs. 91-129.

Artículo 155

1. Si una Comunidad Autónoma no cumpliere las obligaciones que la Constitución u otras leyes le impongan, o actuare de forma que atente gravemente al interés general de España, el Gobierno, previo requerimiento al Presidente de la Comunidad Autónoma y, en el caso de no ser atendido, con la aprobación por mayoría absoluta del Senado, podrá adoptar las medidas necesarias para obligar a aquella al cumplimiento forzoso de dichas obligaciones o para la protección del mencionado interés general.

2. Para la ejecución de las medidas previstas en el apartado anterior, el Gobierno podrá dar instrucciones a todas las autoridades de las Comunidades Autónomas.

Sumario: I. Introducción. II. La elaboración parlamentaria del texto. III. Análisis del art. 155 de la Constitución. 1. Presupuestos materiales de la coerción estatal. A) Sujetos de la coerción. B) El incumplimiento de obligaciones constitucionales y legales. C) El incumplimiento de tratados internacionales y del Derecho comunitario europeo. D) Una especialidad: el incumplimiento de las obligaciones de mantener la estabilidad presupuestaria y el control del déficit y de la deuda. E) El atentado al interés general de España. 2. El procedimiento de la coerción. A) En el ámbito del Gobierno. B) En el ámbito del Senado. 3. El contenido de la coerción: las medidas. 4. El control de la coerción estatal. IV. Reflexión final.

GERMÁN GÓMEZ ORFANEL

CATEDRÁTICO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE

I. INTRODUCCIÓN

El art. 155 de nuestro texto constitucional incorpora lo que en otros Estados federales se conoce como **coerción o ejecución federal**.

Es fácilmente detectable la influencia, aunque con algunas diferencias, del art. 37 de la **Ley Fundamental alemana**, que regula la institución conocida como *Bundeszwang*. En **nuestro Derecho constitucional no existen antecedentes expresos** de la coerción federal o estatal, si bien en el art. 9 del Estatuto

de Cataluña de 1932, y en el 5 del Estatuto del País Vasco de 1936, se regula otra figura semejante, la intervención estatal en el mantenimiento del orden público en las respectivas Regiones. Por otro lado, hay que tener en cuenta el impacto que produjo la actuación de la Generalidad de Cataluña en octubre de 1934, y la suspensión, primero fáctica y luego jurídica, de la autonomía de Cataluña, en virtud de la Ley de 2 de enero de 1935, que sería posteriormente anulada por la Sentencia de 6 de marzo de 1936 del Tribunal de Garantías Constitucionales, que estableció que la sus-

pensión del régimen autonómico no estaba prevista en la Constitución de 1931 y podría convertirse en un medio de derogar prácticamente el Estatuto de Cataluña.

Desde diciembre de 2008, fecha de la primera edición de estos Comentarios, han cambiado radicalmente entre nosotros las circunstancias relacionadas con el art. 155.

En primer lugar, por seguir un criterio cronológico, la reforma constitucional del art. 135 de la Constitución, que incluye el principio de estabilidad presupuestaria, el control del déficit público y la prioridad del pago de la deuda pública, ha sido desarrollada por la **Ley Orgánica 2/2012, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera**, que incorpora una serie de medidas coercitivas desde la perspectiva del control del déficit que afectan a las Comunidades Autónomas y que expresamente aluden al empleo del art. 155 de la Constitución (art. 26.1 de la LO 2/2012). El Tribunal Constitucional mediante su STC 215/2014 de 18 de diciembre, desestimó el correspondiente recurso de inconstitucionalidad presentado por el Gobierno de Canarias, aunque en los votos particulares de alguno de los Magistrados se argumenta contra la constitucionalidad del mencionado precepto.

Por otro lado, la **Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional**, establece en su art. 24.2 que «la declaración de situación de interés para la Seguridad Nacional supondrá la obligación de las autoridades competentes de aportar los medios humanos y materiales necesarios que se encuentren bajo su dependencia...». El Gobierno de Cataluña impugnaría este precepto por entender que invadía sus competencias al poder incluir a la policía y servicios de protección civil autonómicos. Además, según el recurso de inconstitucionalidad, la Ley creaba, al margen de la Constitución, un espacio jurídico entre la normalidad y la excepcionalidad que suponen los estados de excepción, alarma y sitio

del art. 116 CE, que el legislador no puede reducir ni ampliar.

Considero que la denominada situación de interés para la Seguridad Nacional, cuya declaración compete discrecional y exclusivamente al Presidente del Gobierno, además de su aproximación a los estados de excepción, tiene cierta afinidad con lo que puede considerarse como una cierta «intervención» en las Comunidades Autónomas, de ahí que diversos expertos le consideraran como un instrumento alternativo o complementario al empleo del art. 155. En cualquier caso, el Tribunal Constitucional en su STC 184/2016, de 3 de noviembre, se pronunció por su constitucionalidad al entender que «no supone una alteración del esquema competencial, ya que parte de la base de que cada Administración seguirá ejerciendo sus competencias» (FJ 7).

Desde un enfoque distinto hay que destacar la **Ley Orgánica 15/2015, de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, para la ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional como garantía del Estado de Derecho**, que supuso el fortalecimiento de los poderes de ejecución del TC, dotándole de la posibilidad de imponer fuertes multas coercitivas, acordar la suspensión en sus funciones de autoridades públicas, ejecuciones sustitutorias, testimonio de particulares a efectos de responsabilidad penal... (art. 92 de la LOTC). Dicha reforma fue avalada por el propio Tribunal Constitucional (SSTC 185/2016 y 215/2016), aunque con la disidencia de una minoría de sus integrantes.

En realidad las nuevas competencias del Tribunal Constitucional pudieron fundadamente considerarse como una **vía alternativa** a eventuales aplicaciones del 155 CE y así se confirmó en diversas ocasiones.

Finalmente, lo más trascendental ha sido obviamente el **Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de octubre de 2017**, proponiendo al Senado la activación del art. 155, en

relación con la Generalitat de Cataluña y el Acuerdo del Pleno del Senado de 27 de octubre de 2017 aprobando con algunas modificaciones las medidas requeridas por el Gobierno.

Con ello, la realidad se impone a las hipótesis, especulaciones y previsiones entre otras cuestiones, si bien falta todavía, cuando escribo estas líneas, la respuesta del Tribunal Constitucional sobre la legitimidad constitucional del empleo en concreto del art. 155 CE, decidiendo sobre los recursos presentados. De todo ello me ocuparé más adelante.

II. LA ELABORACIÓN PARLAMENTARIA DEL TEXTO

En el Congreso de los Diputados se incorporó la exigencia de mayoría absoluta del Senado y la referencia a la actuación, «de forma que atente gravemente al interés general de España», lo que suponía **apartarse del modelo alemán**, rechazándose la enmienda del Grupo Popular que aludía al empleo de medidas concretas como la suspensión de órganos de la Región o la designación de un Gobernador General, y la del Grupo Vasco, que preveía expresamente un recurso ante el Tribunal Constitucional. En el Senado prosperó la enmienda del Grupo *Entesa dels Catalans*, incluyendo la exigencia de un requerimiento previo al Presidente de la Comunidad Autónoma afectada.

III. ANÁLISIS DEL ART. 155 DE LA CONSTITUCIÓN

Diversos autores (GARCÍA TORRES, BALLART, CALAFELL y VIRGALA) han utilizado una metodología semejante para analizar y comentar este artículo, distinguiendo entre presupuestos materiales de la coerción estatal, presupuestos formales o procedimiento, contenido de las medidas a adoptar y control sustancialmente jurisdiccional de la intervención estatal. Tal esquema será básicamente el adoptado en las páginas que siguen.

1. Presupuestos materiales de la coerción estatal

A) Sujetos de la coerción

El Gobierno de la Nación o central es el **sujeto activo**, pero necesitará de la **aprobación** del Senado, que puede modificar y condicionar la propuesta del Gobierno. Al Consejo de Ministros le corresponderá hacer el seguimiento del comportamiento de la Comunidad Autónoma y evaluar si concurren los supuestos que justifican el ejercicio de la coerción estatal. La decisión de utilizar la coerción estatal o emplear otros métodos menos extremos hay que situarla en el ámbito de la discrecionalidad e incluso en el de la oportunidad.

La **Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico (LOAPA)** establecía que cuando el Gobierno formulara requerimientos a las CC. AA., sobre la observancia por estas de la legislación estatal, y fuesen desatendidos, «el Gobierno procederá, en su caso, en los términos previstos en el art. 155 de la Constitución» (art. 7.2). El Tribunal Constitucional en su trascendental STC 76/1983, de 5 de agosto, anuló parte de dicho precepto: «el párr. 2.º de este ap. 2 resulta inconstitucional, ya que [...] el contenido de dicho párrafo encierra una redefinición de los supuestos a los que es aplicable el art. 155 de la Constitución [...]. No corresponde al legislador estatal fijar en abstracto el alcance de dichos supuestos, como sucede en el presente caso al incluir en ellos, con carácter general, aquellos en que los requerimientos sean desatendidos o las informaciones reiteradamente negadas» (FJ 12).

La Comunidad Autónoma es el **sujeto pasivo** de la coerción estatal. A ella y solo a ella es imputable o atribuible el incumplimiento de las obligaciones citadas en el art. 155 CE. Las CC. AA. son personas jurídicas públicas que actúan a través de órganos («Corporaciones públicas de base territorial y de naturaleza política»; STC 25/1981, de 14 de julio). Respecto a la posible coerción, la imputabilidad se cen-

traría básicamente en los considerados órganos superiores (Asamblea Legislativa, Consejo de Gobierno y Presidente de la Comunidad Autónoma). Sin embargo, tal como se recoge en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de octubre de 2017, las medidas pueden afectar también a otros órganos estatutarios y a la Administración de la Comunidad Autónoma, integrada por diferentes organismos, entes y entidades, así como al sector público empresarial [aps. B) y C) del Acuerdo].

B) *El incumplimiento de obligaciones constitucionales y legales*

La determinación del cumplimiento o incumplimiento es accesible mediante el uso de parámetros jurídicos. Puede consistir en **una acción o en una inactividad, y no tiene por qué ser delictiva. El incumplimiento debe estar vinculado a un auténtico deber jurídico** de la Comunidad Autónoma, y dotado de cierta relevancia.

Además, diversos principios constitucionales pueden generar obligaciones a las CC. AA., como los de **unidad y autonomía** («autonomía no es soberanía [...] y, dado que cada organización territorial dotada de autonomía es una parte del todo, en ningún caso el principio de autonomía puede oponerse al de unidad, sino que es precisamente dentro de este donde alcanza su verdadero sentido [...]»; STC 4/1981, de 2 de febrero), o los de **solidaridad, igualdad y territorialidad** (BALLART, 99 y ss.). También los principios de **lealtad federal** (*Bundestreue*) o de **lealtad constitucional** (ÁLVAREZ ÁLVAREZ, 2008). Las obligaciones pueden estar contenidas en leyes o disposiciones con fuerza de ley estatales o en Estatutos de Autonomía y leyes autonómicas. Especial trascendencia tienen las de naturaleza internacional o comunitaria.

En el Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de octubre de 2017 se constata el «incumplimiento manifiesto, contumaz y deliberado de la Comunidad Autónoma de Cataluña... de

sus obligaciones constitucionales, a través de la puesta en marcha de un proceso de secesión», con desobediencia rebelde y sistemática a los reiterados pronunciamientos del Tribunal Constitucional.

Por ello el primer objetivo de las medidas que se adoptaron consistiría en la restauración de la legalidad constitucional y estatutaria.

C) *El incumplimiento de tratados internacionales y del Derecho comunitario europeo*

El Estado, en cuanto instancia central, tiene competencia exclusiva sobre las **relaciones internacionales**, tal como aparece regulado en el art. 149.1.3.^a CE. El Tribunal Constitucional ha rechazado una interpretación expansiva de tal precepto, que incluyera como competencia del Estado «toda medida dotada de cierta incidencia exterior [...] ya que si así fuera se produciría una verdadera reordenación del propio orden constitucional de distribución de competencias» (STC 175/1995, de 5 de diciembre). Para el Tribunal Constitucional, las relaciones internacionales, son las regidas por el «Derecho internacional general, [...] e incluyen materias como la celebración de tratados (*ius contrahendi*), y la representación exterior del Estado (*ius legationis*), así como la creación de obligaciones internacionales y la responsabilidad internacional del Estado (SSTC 137/1987, 153/1989 y 80/1993)».

Algunos textos constitucionales y también de rango inferior han previsto mecanismos que puedan corregir mediante **sustitución** federal o central el incumplimiento de obligaciones internacionales por parte de un Estado miembro o Región autónoma. En tal sentido podemos citar los arts. 16.5 y 23.d).5 de la Constitución austríaca, que traslada a la Federación la competencia necesaria para hacerlo en el caso de que un *Land* no haya cumplido las obligaciones internacionales o comunitarias que le correspondían. En Bélgica, el art. 169 de la Constitución permite la

sustitución de los órganos de las Comunidades y Regiones por el Parlamento y el Gobierno del Estado. En Italia, la Ley constitucional de 18 de octubre de 2001 incorporó un nuevo párrafo al art. 120 de la Constitución, estableciendo que el Gobierno puede sustituir a los órganos de las Regiones en caso de incumplimiento respecto de las normas y tratados internacionales o de la normativa comunitaria.

En nuestro país carecemos de normas constitucionales semejantes, pudiendo entrar en juego la institución más radical de la coerción estatal del art. 155. Por ello no han faltado opiniones cualificadas que han reclamado la conveniencia de incluir en nuestro texto constitucional la previsión de una avocación de competencias autonómicas para el caso de incumplimientos constatados por el Tribunal de Justicia, quedando suprimido el poder de sustitución, una vez que la Comunidad Autónoma en cuestión procediera a la ejecución de la sentencia europea. También se ha propuesto incluir en la Constitución la remisión expresa a una ley estatal que desarrolle los supuestos de responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho comunitario (Derecho de la Unión Europea) que sean imputables a una Comunidad Autónoma y el procedimiento para repercutir en ella dicha responsabilidad (*Informe del Consejo de Estado sobre modificaciones de la Constitución española*, 2006, págs. 122 y ss.).

Pertener a la Unión Europea no condiciona ni altera las opciones constitucionales concretas de sus Estados miembros, que podrán organizarse territorialmente como les parezca oportuno, aunque con el límite del respeto a unos principios comunes: libertad, democracia, derechos humanos, Estado de Derecho... **La aplicación del Derecho comunitario corresponde a los Estados miembros, que tienen libertad para hacerlo mediante la organización y procedimientos que estimen convenientes** (GÓMEZ ORFANEL, 2003, 64). El origen comunitario de una norma no altera el reparto competencial interno respecto de la materia de que se trate

(«son las reglas de delimitación competencial las que en todo caso han de fundamentar la respuesta a los conflictos de competencia planteados entre el Estado y las Comunidades Autónomas, las cuales, por esta misma razón, tampoco podrán considerar ampliado su propio ámbito competencial en virtud de una conexión internacional»; STC 252/1988, de 20 de diciembre).

D) *Una especialidad: el incumplimiento de las obligaciones de mantener la estabilidad presupuestaria y el control del déficit y de la deuda*

Como consecuencia de la reforma del art. 135 de la Constitución y de la aprobación de la LO 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (LOEP), se establecieron diversas obligaciones para las Comunidades Autónomas, cuyo incumplimiento, previo el oportuno requerimiento al Presidente de la Comunidad Autónoma, acabaría finalmente en la activación del art. 155 de la Constitución, de un modo automático y fatal, pues del contenido del art. 26.1 de la citada Ley Orgánica parece desprenderse que el Gobierno **deberá** efectuar el oportuno requerimiento y, caso de no ser atendido, el Gobierno, con la aprobación del Senado, «adoptará las medidas necesarias para obligar a la Comunidad Autónoma a su ejecución forzosa», en contraste con el **podrá adoptar las medidas necesarias**, tal como consta en el texto del art. 155 CE. Esta argumentación no fue tenida en cuenta por la STC 215/2014, de 18 de diciembre, aunque sí en un voto particular formulado por cinco miembros del TC (Magistrados Asúa, Ortega, Roca, Valdés y Xiol), al considerar, respecto al mencionado art. 26.1 de la LOEP, que «su redacción en términos imperativos no deja margen alguno al Gobierno, que viene obligado a acudir al procedimiento del art. 155, obviando el margen de discrecionalidad que el Gobierno tiene constitucionalmente otorgado... Con ello el legislador orgánico está claramente reformulando una prerrogativa del Gobierno, reduciendo el margen que

la CE le otorga, lo que, a todas luces, no puede hacer so pena de vulnerar el art. 155 CE (STC 76/1983, de 5 de agosto, FJ 12)».

E) *El atentado al interés general de España*

Entiendo que, a diferencia de la constatación de un incumplimiento de obligaciones jurídicas, el pronunciarse sobre la determinación del **interés general de España**, o sobre su grave vulneración, supone una decisión sustancialmente política.

Nos encontraríamos ante la aparentemente más grave dificultad hermenéutica del art. 155 (GARCÍA TORRES, 1266), y no sería fácil dar respuesta a la siguiente cuestión: **¿puede ser objeto de la coerción estatal una Comunidad Autónoma que, a pesar de cumplir correctamente sus obligaciones constitucionales, legales e internacionales, considere el Gobierno de la Nación que, aún así, ha atentado gravemente contra el interés general de España?**

No faltan opiniones que argumentan que no es posible una actuación que atente gravemente contra el interés general de España sin atender directamente contra la Constitución, sin incumplir al mismo tiempo alguna obligación jurídica (MUÑOZ MACHADO, tomo I, 457).

Para otros, habría que considerar al interés general de España como un típico concepto jurídico indeterminado, constitucionalizado en la medida en que tiene que ser determinado e interpretado conforme a parámetros jurídicos, como son los principios constitucionales de unidad, autonomía, igualdad, solidaridad (AJA y DE CARRERAS), o incluso transponiendo a nuestro escenario español los principios acuñados en Alemania de lealtad federal (*Bundestreue*) o deber de fidelidad (*Treuepflicht*) (GARCÍA TORRES, 1268).

Pues bien, la incorporación al texto constitucional español de la referencia a dicho interés,

que conviene recordar que supone una diferencia con el correspondiente art. 37 de la Ley Fundamental alemana, o sería superflua y reiterativa, o por el contrario supondría el ofrecer al Gobierno la posibilidad de ejercer la coerción federal con independencia de razones jurídicas, y basándose en **razones de Estado más o menos constitucionalizadas**.

En el Acuerdo del Consejo de Ministros del 21 de octubre de 2017 se aludía a que el incumplimiento contumaz de obligaciones constitucionales afectaba también de manera grave al interés general de España, añadiendo que las actuaciones secesionistas estaban ya generando un serio deterioro del bienestar social y económico de dicha Comunidad, por lo que las medidas a adoptar irían también dirigidas a proteger el interés general de los catalanes frente al ideario independentista de una parte de ellos, además de preservar los derechos de **todos los catalanes** (una vez más la utilización ideológica del todo y la parte) y el mantenimiento de los servicios públicos esenciales y la recuperación económica.

Es frecuente la **referencia al atentado al interés general de España, como acompañante del incumplimiento de obligaciones constitucionales o de otro tipo**, como argumento que fortalecería la justificación del ejercicio de la coerción del art. 155, pero también es cierto que en otras ocasiones se subraya una cierta autonomía del atentado a ese interés general para legitimar la intervención del Estado central.

2. El procedimiento de la coerción

A) *En el ámbito del Gobierno*

El Gobierno deberá conocer de modo fiable y **constatar el incumplimiento** de obligaciones o el atentado al interés general. Posteriormente efectuará un **requerimiento** motivado al Presidente de la Comunidad Autónoma presuntamente infractora, en cuanto supremo órgano de representación de la misma, y

además representante ordinario del Estado en la Comunidad (art. 152 CE), indicando las medidas a adoptar para remediar la situación creada. Si la Comunidad Autónoma prestase su consentimiento a las medidas que propone el Gobierno y aceptara el contenido del requerimiento, no haría falta seguir con el procedimiento, mientras que, en caso contrario, quedaría abierta la actuación ante el Senado, que **alcanzaría su máximo nivel de relevancia con el debate y eventual autorización de las medidas propuestas.**

Todo ello se efectuó en el pasado mes de octubre, centrándose el requerimiento en la confirmación o no de una eventual declaración de independencia de Cataluña y en el caso de que se produjera una respuesta afirmativa o ausencia de respuesta en un plazo que se fijó en cinco días (del 11 al 16 de octubre de 2017), se le requirió para que revocase tal declaración de independencia a fin de restaurar el orden constitucional y estatutario, pues en caso contrario el Gobierno propondría al Senado la adopción de las medidas oportunas, como así sucedió, mediante una Orden del Ministerio de la Presidencia y para las Administraciones Públicas de 27 de octubre de 2017, que publicaba en el *BOE* del 27 de octubre de 2017 el Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de octubre de 2017, considerando además como no atendido el requerimiento planteado al Presidente de la Generalitat de Cataluña.

B) En el ámbito del Senado

El art. 189 del Reglamento del Senado de 3 de mayo de 1994 es la norma procedimental de desarrollo del art. 155 CE. En su primer párrafo alude a que el Gobierno debe presentar, ante el Presidente del Senado, «escrito en el que se manifieste el contenido y alcance de las medidas propuestas, así como la justificación de haberse realizado el correspondiente requerimiento al Presidente de la Comunidad Autónoma y la de su incumplimiento por parte de esta».

La Mesa remitirá dicho escrito a la Comisión General de las Comunidades Autónomas, o bien procederá a constituir una Comisión conjunta. Posteriormente se dará un **trámite de audiencia**, para que el Presidente de la Comunidad remita las alegaciones pertinentes. La Comisión formulará una **propuesta razonada** sobre si procede o no la aprobación solicitada por el Gobierno, pudiendo condicionarla o modificarla. Finalmente, tras el correspondiente debate en el Pleno del Senado, se procederá a la votación de la propuesta presentada, que requerirá el voto favorable de la **mayoría absoluta** de Senadores (art. 189.2 a 5).

En el caso concreto del Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de octubre de 2017, fue remitido a la Comisión Conjunta de las Comisiones General de las Comunidades Autónomas y Constitucional, que aprobaría una Propuesta en sentido favorable, a la que se presentaron diversos votos particulares, que serían debatidos en el Pleno del Senado, que el mismo día 27 de octubre acordaría aprobar las medidas requeridas por el Gobierno al amparo del art. 155 de la Constitución con algunas modificaciones, siendo todo ello publicado en el *BOE* del 27 de octubre, mediante una Resolución de la Presidencia del Senado.

Como se puede ver, el Gobierno tardó bastante tiempo en poner en marcha la aplicación del mencionado artículo, si bien el final de procedimiento fue exagerada y sorprendentemente rápido.

3. El contenido de la coerción: las medidas

El texto constitucional incorpora una cláusula general finalista al referirse a **las medidas necesarias** para el cumplimiento de las obligaciones o la protección del interés general. La coerción federal o estatal es un poder basado en medidas.

La adopción de medidas coercitivas se halla sometida en nuestro sistema a límites consti-

tucionales. El fundamento de la intervención del Estado debe ser el de garantizar el cumplimiento de la Constitución y las leyes, así como proteger el interés general, aunque esto último pueda suponer un elemento distorsionante dentro del art. 155 CE. Por ello debe impedirse que las medidas que se adopten sean empleadas para alterar las estructuras constitucionales. Sería un contrasentido que para defender la Constitución por un lado, se le atacase por otro.

El requisito de necesidad respecto a las medidas hay que interpretarlo conforme a principios jurídicos como los de **proporcionalidad y menor intervención** en la autonomía, la actuación debe ser idónea para la protección de los bienes jurídicos a proteger, y necesaria, y los medios deben encontrarse en una relación adecuada con el fin pretendido, **proporcionalidad**, en el sentido de que, una vez restaurado el orden, se debe volver a la situación de normalidad, y **concreción**, precisando el contenido y alcance de las medidas a adoptar.

La medida más extrema, y que suele generar reparos de inconstitucionalidad, es la **disolución o suspensión** de la Comunidad Autónoma o Estado miembro. Cuestión distinta es la **disolución o suspensión de órganos autonómicos**. Así, el art. 126 de la Constitución italiana contempla la disolución del Parlamento regional y la destitución del Presidente de un Gobierno regional, en los supuestos de vulneración de la Constitución o de las leyes, o incluso por razones de seguridad nacional. La Constitución austríaca mantiene la posibilidad de disolver un Parlamento estatal, con la aprobación del Consejo Federal, por mayoría de dos tercios (art. 100).

En el ordenamiento jurídico español, si bien en el ámbito de la Administración Local, aunque manteniendo ciertos paralelismos con el contenido del 155 CE, la Ley 7/1985, Reguladora de las Bases del Régimen Local, recoge en su art. 61 la posibilidad de que el Consejo de Ministros, con el conocimiento o a solicitud del correspondiente Gobierno autonómico, y

previo acuerdo favorable del Senado, proceda a la disolución de los órganos de las corporaciones locales en el supuesto de gestión gravemente dañosa para los intereses generales que suponga el incumplimiento de sus obligaciones constitucionales. Esta previsión ha sido completada en marzo de 2003, en el sentido de considerar como dañosa para los intereses generales las actuaciones de las Corporaciones locales que apoyen o justifiquen actividades terroristas. El art. 6 de la **Ley Orgánica 1/2003, de 10 de marzo, de Garantía de la democracia en los Ayuntamientos y la seguridad de los Concejales**, incorpora al mencionado art. 61 un segundo párrafo con el siguiente contenido: «se considerarán, en todo caso, decisiones gravemente dañosas para los intereses generales (...) los acuerdos o actuaciones de los órganos de las corporaciones locales que den cobertura o apoyo, expreso o tácito, de forma reiterada y grave, al terrorismo o a quienes participen en su ejecución, lo enaltezcan o justifiquen, y los que humillen a las víctimas o a sus familiares».

Las denominadas medidas de **sustitución** son quizá las más apropiadas, y consisten en la actuación del Estado central en lugar de los órganos autonómicos que no hayan cumplido sus obligaciones. Estaríamos ante una ejecución subsidiaria o forzosa. En tal sentido conviene recordar que el segundo párrafo del art. 155 CE, imitando en ello también al modelo alemán, alude a que para la ejecución de las medidas de coerción «el Gobierno podrá dar instrucciones a todas las autoridades de las Comunidades Autónomas», lo que puede suponer una alteración del reparto normal de competencias.

Como se ha indicado, en Italia la reforma constitucional de octubre de 2001 ha regulado de manera injustificadamente amplia, en mi opinión, los poderes de sustitución del Gobierno respecto a las Regiones cuando estas no respetan normas o tratados internacionales o comunitarios, o por razones de seguridad pública, o para tutelar la unidad jurídica y económica (arts. 117 y 120 de la Constitución).

Las medidas de disolución de órganos autonómicos, o de sustitución suelen ir acompañadas por el **nombramiento de Comisarios o Delegados** del Gobierno central.

En relación con la aplicación del Derecho comunitario europeo, y teniendo en cuenta las experiencias italianas, nuestro Consejo de Estado ha recomendado introducir en el Derecho español un mecanismo semejante de **intervención preventiva y sustitutiva**, «en aquellos casos en que el desplazamiento de la competencia normativa autonómica por la estatal se presente como la única forma de que España cumpla sus obligaciones frente a la Unión Europea» (*Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español*, de 14 de febrero de 2008, págs. 173-174).

Tal previsión puede incluirse en una norma legal, teniendo un carácter coyuntural, pues solo se produciría si la Comunidad Autónoma no aprobara su propia norma de transposición, y dejaría de hacerlo cuando dicha Comunidad cumpliera su obligación. De este modo se fortalecería la garantía que los órganos del Estado deben prestar para el cumplimiento de los tratados a los que alude el art. 93 CE («solo una interpretación inadecuada de los preceptos constitucionales y estatutarios puede obstaculizar esa función de garantía y privar al Estado de los instrumentos precisos para garantizar el cumplimiento de las obligaciones comunitarias»; STC 252/1988, de 20 de diciembre).

En una línea semejante se sitúa el Consejo de Estado al proponer la posibilidad de **repetir sobre la eventual Comunidad Autónoma infractora el pago de la multa coercitiva** o suma a tanto alzado que pudiera imponer el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas por incumplimiento. De modo que el traslado de responsabilidad se produciría cuando la no observancia de las obligaciones comunitarias fuese consecuencia de la acción u omisión de las Comunidades Autónomas.

En relación con las medidas contenidas en el mencionado Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de octubre de 2017, y que serían aprobadas con algunas modificaciones por el Pleno del Senado, destacaría su carácter multidireccional, sistemático y expansivo. Las medidas propuestas parecen haber sido muy estudiadas, pretendiendo no dejar cabos sueltos. Me atrevería a señalar que el Gobierno ha incluido **casi** todo lo que en su opinión le permitía el precepto constitucional. El Acuerdo del Consejo de Ministros puede ser calificado de duro, aunque fue algo **dulcificado** por el Senado, pero pretendía dar una respuesta a un incumplimiento global de obligaciones, que es lo que supone una declaración unilateral de independencia y a que la Ley 20/2017 del Parlamento catalán, de transitoriedad jurídica y fundacional de la República, pretendía asumir la totalidad de unas nuevas competencias estatales.

Según el Acuerdo, **las medidas se clasifican en cinco grandes apartados**, las dirigidas al Presidente, Vicepresidente y Consejo de Gobierno de la Generalitat (A), las dirigidas a la Administración de la Generalitat (B), y a determinados ámbitos de actividad administrativa (C), al Parlamento (D), y finalmente otras de carácter transversal (E).

Lo más significativo es que incluyen **el cese del Presidente y del Gobierno catalán**, y la sustitución en sus funciones por **el Gobierno de la Nación** (escribo en cursiva los contenidos modificados por el Senado) o los órganos creados o designados por el Gobierno, correspondiendo al Presidente del Gobierno español la disolución anticipada del Parlamento de Cataluña y la convocatoria de elecciones autonómicas, competencia que debería en su caso ejercitarse en un plazo de seis meses y que lo fue con carácter inmediato, fijándose las elecciones para el 21 de diciembre de 2017.

En relación con la Administración, lo más destacable sería, entre otros temas, la fijación de directrices por parte de los órganos de sus-

titución incluyendo la adopción de disposiciones, instrucciones, órdenes... y el nombramiento o cese de cualquier autoridad o cargo público de la Administración de la Generalitat. Especial mención merecen las medidas aplicables a determinados ámbitos de la actividad administrativa, como la seguridad y el orden públicos, en el sentido de controlar a los miembros de la Policía de la Generalitat de Catalunya-Mossos d'Esquadra y permitir el despliegue de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, con la posibilidad de sustituir a los Mossos.

En el ámbito económico, financiero, tributario y presupuestario se pretende garantizar la prestación de los servicios públicos esenciales, la estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad financiera y garantizar asimismo que ni los fondos transferidos por el Estado a la Comunidad Autónoma ni los ingresos recaudados por esta se destinen a actividades o fines relacionados con el proceso secesionista.

Un mes antes de la aprobación del Acuerdo se habían utilizado las medidas coercitivas previstas en la LO 2/2012, mediante un desarrollo reglamentario con la Orden HFP/878/2017, de 15 de septiembre, para justificar una verdadera intervención de las cuentas económicas de la Generalidad catalana a través de un mecanismo de sustitución que, en mi opinión, se apartaba de lo dispuesto en el art. 26 de la mencionada Ley Orgánica 2/2012 y que por ello sería ilegal, si bien podría estar justificado con la cobertura de la aplicación del art. 155, pero no sin él o antes de que entrase en vigor.

El Acuerdo alude asimismo que los órganos o autoridades creados por el Gobierno ejerzan por sustitución las funciones de la Generalitat en materia de telecomunicaciones, servicios digitales y tecnología de la información. Es muy relevante que «el párrafo incluido en el Acuerdo sobre el servicio público autonómico de comunicación audiovisual (TV3...), fuese eliminado por el Senado de la redacción definitiva».

Las **medidas dirigidas al Parlamento** suponían una auténtica intervención y control del mismo, si bien la decisión inmediata del Presidente del Gobierno de disolverlo y convocar nuevas elecciones supuso un cambio de perspectiva. Por otro lado el Senado eliminó del texto finalmente por él aprobado «y por considerarles contrarios a la Constitución, dos párrafos que encomendaban a una autoridad designada por el Gobierno, el control y supervisión de importantes actuaciones parlamentarias».

No obstante, subsiste en el Acuerdo la prohibición, mientras las medidas se mantengan vigentes, de proponer candidato a la Presidencia de la Generalidad y de celebrar debate y votación de investidura. Asimismo se impide el control parlamentario de la actuación de las autoridades encargadas de ejecutar las medidas aprobadas por el Senado, si bien se establece que el control de las mismas corresponderá exclusivamente al órgano que designe a tal efecto el Senado. En el Acuerdo del Senado de 27 de octubre de 2017, que aprobó con modificaciones las medidas requeridas por el Gobierno, se incluyó un nuevo ap. g), en el que respetando las competencias de control de la acción del Gobierno que la Constitución encomienda al Congreso de los Diputados, se afirma lo siguiente: «Sin perjuicio de lo establecido en el art. 66.2 de la Constitución, las facultades de seguimiento y control de las medidas contenidas en el acuerdo se atribuyen a la Comisión conjunta de las Comisiones General de Comunidades Autónomas y Constitucional».

Finalmente el Acuerdo del Consejo de Ministros incluía una serie de medidas que en algún aspecto fueron modificadas por el Senado y a las que se calificaba de **carácter transversal**, con referencias a cuestiones como la normativa aplicable y la revisión jurisdiccional de los actos y disposiciones dictados por sustitución, la invalidez e ineficacia de actuaciones autonómicas que contravinieran las medidas aprobadas en el Acuerdo, la publicación en boletines oficiales, las modificaciones de

las estructuras y organismos de la Generalitat de Cataluña, la potestad disciplinaria... y que dada su complejidad no puedo comentar con más extensión. Sí me parece importante indicar que las medidas contenidas en el Acuerdo del Consejo de Ministros se mantendrán vigentes hasta la toma de posesión de un nuevo Gobierno de la Generalidad resultante de la celebración de las correspondientes elecciones y que el Gobierno podrá anticipar el cese de tales medidas, dando cuenta al Senado o plantear ante el Senado modificaciones o actualizaciones de las medidas inicialmente autorizadas (E.9).

En el Acuerdo del Pleno del Senado se añadía que el Gobierno «llevará a cabo una utilización proporcionada y responsable de las medidas aprobadas por el Senado, modulando su aplicación si se produjeran cambios en la situación u otras circunstancias que así lo aconsejen» (h).

La ejecución de las medidas aprobadas se llevó a cabo mediante diversas normas emanadas del Gobierno y adoptadas el mismo día en que se publicó el Acuerdo del Pleno del Senado aprobando las medidas requeridas por el Gobierno. Así, los Reales Decretos 942/2017 y 943/2017, de 27 de octubre, dispusieron el cese del Presidente de la Generalitat de Cataluña, del Vicepresidente y de los Consejeros. El Real Decreto 946/2017 declaró la disolución del Parlamento de Cataluña y convocó elecciones. Pocos días después el Real Decreto 954/2017, de 31 de octubre, suprimió diversos organismos de la Generalidad (Secretaría y Comisión Interdepartamental para el desarrollo del autogobierno) y dispuso el cese de distintos altos cargos de la Generalitat. A los seis meses de la intervención estatal el número de cargos cesados ascendía a más de 250. Estas referencias son solo una muestra de las medidas ejecutadas.

Como puede observarse, el Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de octubre de 2017, ratificado con modificaciones por el Acuerdo del Pleno del Senado de 27 de octu-

bre del mismo año, contiene **un catálogo variadísimo de medidas, algunas de ellas de gran calado y complejidad**, lo que contradice totalmente algunas opiniones como la mantenida por el Presidente de la Generalidad en las alegaciones remitidas al Senado el 26 de octubre de 2017 y en las que considera que el Senado al autorizar la adopción de las medidas solicitadas no puede dar un cheque en blanco al Gobierno y que la ejecución de tales medidas solo permitiría al Gobierno del Estado dar instrucciones a las autoridades autonómicas (art. 155.2 CE), y en absoluto cesarlas, asumir la dirección política de la Administración de la Generalitat en su conjunto e intervenir o disolver el Parlamento.

Desde una perspectiva diferente se puede aceptar en mayor o menor grado la legitimidad constitucional de las citadas medidas, aceptando que suponen una gran mutación en el sistema de fuentes, ya que desplazan o excepcionan y se imponen no solo a elementos del ordenamiento autonómico (Estatuto, leyes autonómicas...), sino también a disposiciones legislativas estatales, llegando incluso a disfrutar de una aplicación preferente respecto a normas constitucionales, y estoy pensando, entre otros, en preceptos constitucionales del Título VIII, y ello gracias a la cobertura constitucional que puede ofrecer el art. 155 CE. Este conflicto tendrá que ser resuelto en un plazo no lejano por nuestro Tribunal Constitucional.

4. El control de la coerción estatal

Las diversas actuaciones del Gobierno relacionadas con el procedimiento de la coerción, y el ejercicio de las medidas adoptadas por el Gobierno con la previa autorización del Senado, se hallan sometidas en principio al **control político parlamentario de ambas Cámaras**, y más en concreto el Acuerdo del Pleno del Senado de 27 de octubre de 2017 encomendó el control de las medidas en él contenidas a la Comisión conjunta de las Co-

misiones General de Comunidades Autónomas y Constitucional del Senado.

En relación con el **control jurisdiccional**, en la fase de elaboración del art. 155 CE llegó a proponerse un texto que no prosperó, incluyendo una mención expresa al recurso ante el Tribunal Constitucional contra la decisión del Gobierno y la autorización del Senado referentes a la coerción estatal.

Conforme a la legislación vigente, los Gobiernos y Asambleas autonómicas pueden plantear recursos de inconstitucionalidad contra normas con rango de ley, y hasta hace unos años se podía afirmar que la vía procedimental real de que disponían para impugnar ante el Tribunal Constitucional actos o normas del Gobierno o del Senado, que no tengan tal carácter, no sería otra que **el conflicto de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas** [art. 161.1.c) CE, desarrollado en el Capítulo II del Título IV de la LOTC].

Conviene aclarar que en el caso de la coerción estatal, no se trataría tanto de reclamar la titularidad de una competencia, sino de defender la garantía constitucional de la autonomía (TEROL BECERRA, 165 y ss.) [«en el conflicto entre entes (...) basta con que (el ente que plantea el conflicto) entienda que una disposición, resolución o acto emanado de otro ente no respeta el orden de competencias establecido por la Constitución, los Estatutos de Autonomía o las Leyes Orgánicas correspondientes y, en el caso de las Comunidades Autónomas, además, que tal disposición, resolución o acto afecten a su propio ámbito de autonomía» (STC 11/1984, de 2 de febrero)].

De este modo, una decisión del Gobierno de emplear la coerción estatal contra una Comunidad Autónoma, sin que concurren adecuadamente los presupuestos materiales del 155 (ausencia de incumplimiento de obligaciones, o de conducta atentatoria del interés general...), estaría viciada de incompetencia al lesionar de forma constitucionalmente ilegítima el espacio competencial autonómico.

Así pues, se pensaba que cabía controlar, a través del procedimiento del conflicto de competencia, las decisiones del Gobierno accesibles mediante criterios o parámetros jurídicos.

Aunque los actos del Senado, en cuanto «emanados de la autoridad del Estado» (art. 63.1 LOTC), podrían ser objeto de conflicto de competencias, se cuestiona por algunos que la aprobación por el Senado pueda serlo, debido a su estimación como acto de oportunidad política, lo mismo que la decisión del Gobierno de aplicar o no la ejecución forzosa en el caso de que su requerimiento sea desatendido (AJA y otros, 475).

Todas estas opiniones han quedado desplazadas por la consideración de la eventual autorización del Senado a las medidas que le proponga el Gobierno del Estado en aplicación del art. 155 CE, como un acto o resolución con rango de ley y por tanto susceptible de un proceso de inconstitucionalidad bien por vía de recurso o incluso de cuestión. Y sin perjuicio de que los actos de ejecución de las medidas contenidas en la mencionada autorización que vulneren derechos fundamentales puedan ser impugnados por medio de recursos de amparo. El fundamento de tal cambio se encontraría en la doctrina contenida en el ATC 7/2012, de 13 de enero, posteriormente confirmada por la STC 83/2016, de 28 de abril, sobre sometimiento al control jurisdiccional exclusivo del Tribunal Constitucional de los actos gubernamentales y parlamentarios de declaración, autorización y prórroga de los estados de emergencia. El Tribunal Constitucional considera que **tienen rango de ley** y por tanto son susceptibles de ser impugnados a través de un proceso de inconstitucionalidad y no de amparo «aquellas decisiones o actos parlamentarios que sin ser leyes o fuentes equiparadas a la ley, sí pueden, conforme a la propia Constitución, afectar a aquellas normas legales o asimiladas, esto es, excepcionarlas, suspenderlas o modificar su aplicabilidad legítimamente» (ATC 7/2012, de 13 de

enero, FJ 3, y STC 83/2016, de 28 de abril, FJ 8). Aquí se incluirán tanto las declaraciones y prórrogas de estados de emergencia, como los acuerdos del Senado aprobando las medidas requeridas por el Gobierno al amparo del art. 155 CE. **Los dos recursos presentados ante el Tribunal Constitucional**, impugnando el Acuerdo del Pleno del Senado de 27 de octubre de 2017, tanto el del Parlamento Catalán como el del Grupo Parlamentario Confederado de Unidos Podemos en el Congreso de los Diputados, utilizan la vía del proceso de inconstitucionalidad, y ello con independencia de que disposiciones de desarrollo sin rango de ley y actos de ejecución del citado Acuerdo que vulnerasen derechos fundamentales pudiesen ser objeto de recursos de amparo.

La ejecución o aplicación de las medidas podrá controlarse además por los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, estando legitimadas las Comunidades Autónomas para ello [Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: «están legitimados ante el orden contencioso-administrativo: (...) d) La Administración de las Comunidades Autónomas para impugnar los actos y disposiciones que afecten al ámbito de su autonomía, emanados de la Administración del Estado y de cualquier otra Administración u organismo público (...)», art. 19.1.d)].

IV. REFLEXIÓN FINAL

Se puede interpretar el art. 155 CE en un **sentido clásico y radical, y también trágico**, entendido como instrumento para suspender la autonomía, incluso como estado de excepción contra ella, acompañado generalmente por intervenciones militares y pérdida de vidas humanas, una *ultima ratio* que aplicaría «el artículo más explosivo de la Constitución» (CRUZ VILLALÓN, 716).

En esta perspectiva dramática podemos situar las intervenciones en Prusia (1932) y so-

bre todo en Cataluña (1934), y quizá también algunas posturas actuales que proponen el empleo del art. 155 como procedimiento quirúrgico frente al desbordamiento de la autonomía vasca (Plan Ibarretxe y actuaciones similares).

En un texto publicado en 1983, GARCÍA DE ENTERRÍA proponía la **desdramatización** del art. 155, justificando su aplicación «en su cualidad de instrumento normal y ordinario de la supervisión estatal, también normal y ordinaria, como es lo propio de toda actividad administrativa y ejecutiva» (GARCÍA DE ENTERRÍA, 171).

Considero que el art. 155 incorpora una institución de especial trascendencia, instrumento unilateral y asimétrico en manos del Poder central («medio extraordinario de coerción», STC 49/1988), y cuyo empleo requiere **prudencia política**, lo cual no significa que no deba ser puesto en práctica de modo constitucionalmente adecuado si la situación lo exigiera, y no resultara aconsejable la utilización de otras posibilidades menos radicales.

En relación con los posibles incumplimientos por parte de una Comunidad Autónoma de sus obligaciones de Derecho internacional y sobre todo de **Derecho comunitario**, estimo como favorable, tal como ha señalado nuestro Consejo de Estado, la introducción por vía de reforma constitucional o al menos legislativa de mecanismos de sustitución a favor del Estado, frente al eventual incumplimiento de una Comunidad Autónoma, ya que corresponde al Estado la garantía del cumplimiento de las obligaciones internacionales, si bien la tendencia actual es la de incrementar la participación de las CC. AA. en la elaboración y aplicación del Derecho comunitario europeo.

Todas estas consideraciones han quedado en un lugar secundario, debido a que desde hace ya bastante tiempo el art. 155, posiblemente el más citado de la Constitución Española y uno de los que más intensamente reflejan el con-

traste y relación entre la Política y el Derecho, **está fuertemente asociado con el «problema catalán», de difícil y compleja solución.** Una cuestión política sin duda, pero también de Derecho constitucional, al que se pide dar respuestas, como las de la coerción estatal o incluso eventualmente otras de mayor calado, que **por su naturaleza, no hay que olvidarlo, son temporales.** El Acuerdo del Senado de 27 de octubre configuró una intervención dura y sistemática en la autonomía de Cataluña, al menos en teoría, porque en realidad podría haber sido mucho más intensa, y aunque se han ejecutado medidas muy relevantes, ha sido determinante la prioridad de celebrar con rapidez nuevas elecciones y constituir un Gobierno catalán, poniendo fin a la intervención. La situación generada puede provocar una nueva aplicación del art. 155 con mayor duración e intensidad.

Las dificultades para un acuerdo político digno no parece que tiendan a desaparecer, e incluso una solución integradora a través de una reforma constitucional parece poco probable y lejana. Muchos desean la **vuelta a la normalidad**, pero aumenta el pesimismo y la sensación de tener que «sobrellevar» el conflicto que produce cada vez más reacciones políticas radicales. El Estado español ha demostrado, a pesar de errores e incluso de alguna aberración jurídica, su capacidad de resistencia. La Constitución Española de 1978 no es intocable, ni eterna, pero merece el respeto de modificarla a través del camino que ella establece. No es tarea fácil, pero una vez más **el ejercicio del poder político no puede basarse solo en la coacción, sino también en la legitimidad y en el acuerdo democrático que emana de los ciudadanos.**

BIBLIOGRAFÍA

- AJA, E. y DE CARRERAS, F., «Carácter de las leyes de armonización», *Revista de Derecho Político*, núms. 18-19, 1983.
- AJA, E. y OTROS, *El sistema jurídico de las Comunidades Autónomas*, Tecnos, Madrid 1985.
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, L., *La lealtad constitucional en la Constitución española de 1978*, CEPC, Madrid, 2008.
- ARROYO GIL, A., «Unidad, lealtad y coerción federal (o estatal), en Alemania y España», *RJUAM*, núm. 31, 2015.
- BALLART HERNÁNDEZ, X., *Coerció estatal i autonomies*, Escola d'Administració Pública de Catalunya, Barcelona, 1987.
- CALAFELL FERRÁ, V. J., «La compulsión o coerción federal (Estudio del art. 155 de la Constitución española)», *Revista de Derecho Político*, núms. 48-49, 2000.
- CRUZ VILLALÓN, P., «La protección extraordinaria del Estado», en PREDIERI, A. y GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (Dirs.), *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático*, Civitas, Madrid, 1981.
- FREIXAS, T., *155. Los días que estremecieron a Cataluña*, Doña Tecla Editorial, Madrid, 2018.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La ejecución económica de la legislación del Estado*, Civitas, Madrid, 1981.

GARCÍA TORRES, J., «El art. 155 de la Constitución y el principio constitucional de autonomía», en AA. VV., *Organización territorial del Estado (Comunidades Autónomas)*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1984, vol. II, págs. 1189-1303.

GÓMEZ ORFANEL, G., «¿Una Constitución permanente e inalterable? La necesidad y beneficios de las reformas constitucionales», *Berceo*, núm. 145, 2003.

- «La coerción federal en el Derecho comparado», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 26, 2005.
- «La prehistoria española del artículo 155 de la Constitución de 1978», en LÓPEZ GUERRA, L., GARCÍA RUIZ, J. L. y GARCÍA FERNÁNDEZ, J. (Dirs.), *Constitución y desarrollo político. Estudios en Homenaje al Profesor Jorge de Esteban*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, E., «El artículo 155 y la LO 15/2015, de 17 de octubre, de reforma de la LOTC. ¿Ineludible reciprocidad o círculo perverso?», *Teoría y realidad constitucional*, núm. 37, 2016.

MARTÍNEZ LAGO, M. A., *La Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera: establecimiento y supervisión de las reglas fiscales y de corrección de los riesgos de incumplimiento*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2014.

MUÑOZ MACHADO, S., *Derecho público de las Comunidades Autónomas*, tomo I, Civitas, Madrid, 1982.

TEROL BECERRA, M., *Los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1988.

VÍRGALA FORURIA, E., «La coacción estatal del art. 155 de la Constitución», *REDC*, núm. 73, 2005.

Artículo 156

1. Las Comunidades Autónomas gozarán de autonomía financiera para el desarrollo y ejecución de sus competencias con arreglo a los principios de coordinación con la Hacienda estatal y de solidaridad entre todos los españoles.

2. Las Comunidades Autónomas podrán actuar como delegados o colaboradores del Estado para la recaudación, la gestión y la liquidación de los recursos tributarios de aquel, de acuerdo con las leyes y los Estatutos.

Sumario: I. Contenido de la autonomía financiera. II. Principios inspiradores de la autonomía financiera. 1. El principio de coordinación con la Hacienda estatal. 2. El principio de solidaridad entre todos los españoles. A) Contenido. B) Principio de solidaridad y Estatutos de Autonomía. III. Conclusiones.

JUAN MARTÍN QUERALT

CATEDRÁTICO DE DERECHO FINANCIERO Y TRIBUTARIO

I. CONTENIDO DE LA AUTONOMÍA FINANCIERA

Desde sus primeros pronunciamientos en la materia, el Tribunal Constitucional puso de relieve que la autonomía financiera es un instrumento indispensable para la consecución de la autonomía política (SSTC 179/1985, de 19 de diciembre, FJ 3; 63/1986, FJ 4; 179/1987, FJ 2; 183/1988 y 201/1988, de 27 de octubre, FJ 1; 289/2000, de 30 de noviembre, FJ 3, entre otras muchas).

Señala el TC que «la autonomía hace referencia a un poder limitado [...] autonomía no es soberanía —y aún este poder tiene sus límites— y dado que cada organización territorial dotada de autonomía es una parte del todo, en ningún caso el principio de autonomía puede oponerse al de unidad, que es precisamente dentro de este donde alcanza su verda-

dero sentido, como expresa el art. 2 de la Constitución [...]. Es la Ley, en definitiva, la que concreta el principio de autonomía [...] de acuerdo con la Constitución. Y debe hacerse notar que la misma contempla la necesidad —como una consecuencia del principio de unidad y de la supremacía del interés de la Nación— de que el Estado quede colocado en una posición de superioridad» (STC 4/1981, de 2 de febrero). En pronunciamientos posteriores —SSTC 13/2007, de 18 de enero, 31/2010, 32/2012, de 15 de marzo y 14/2018, de 20 de febrero— el TC ha señalado que la autonomía debe responder a una doble exigencia: de una parte, que el Estado respete el ejercicio de las competencias materiales autonómicas y, de otra, evitar que la extrema prevención de potenciales injerencias competenciales acabe por socavar las competencias estatales en materia financiera, el manejo y la disponibilidad por el Es-

tado de sus propios recursos y, en definitiva, la discrecionalidad política del legislador estatal en la configuración y empleo de los instrumentos esenciales de la actividad financiera pública.

La autonomía financiera encuentra también límites. Como recientemente ha reiterado el TC —**STC del Pleno 14/2018, de 20 de febrero**— «El principio de autonomía financiera no es un valor absoluto, sino que tiene también sus propios límites (STC 13/2007, FJ 5), y su eventual vulneración ha de valorarse en atención al conjunto de los recursos de que puedan disponer, de las competencias atribuidas y de los servicios gestionados, dentro siempre de las reales disponibilidades económicas de un sistema globalmente presidido por el principio de solidaridad entre todos los españoles (STC 87/1993, de 11 de marzo)».

La autonomía financiera se despliega en dos direcciones: ingreso y gasto.

En un primer momento, **tras la aprobación de la Constitución, la autonomía se hace especialmente patente en el ámbito del gasto**, dado que las Comunidades Autónomas carecen de un sistema propio de ingresos y se financian, fundamentalmente, con asignaciones procedentes de los Presupuestos Generales del Estado. En este momento es cuando el TC va diseñando el alcance de la autonomía financiera referida al gasto: a) las Comunidades Autónomas «disponen de autonomía financiera para poder elegir sus objetivos políticos, administrativos, sociales y económicos» (STC 13/1992, FJ 7); pueden «ejercer sin condicionamientos indebidos y en toda su extensión las competencias propias, en especial las que figuran como exclusivas» (STC 201/1998, FJ 4); la autonomía financiera «no entraña solo la libertad de sus órganos de gobierno en cuanto a la fijación del destino y orientación del gasto público, sino también para la cuantificación y distribución del mismo dentro del marco de sus competencias» (STC 127/1999, de 1 de julio, FJ 8).

En la misma línea, SSTC 13/1992, de 6 de febrero, FJ 9, y 168/2004, de 9 noviembre, FJ 4.

Desde el punto de vista del ingreso, la autonomía financiera ha ido evolucionando a medida que lo ha ido haciendo el traspaso de competencias del Estado a las propias Comunidades Autónomas, de forma que lo que comenzó siendo un sistema de transferencias, en el que las Comunidades se nutrían del Presupuesto del Estado, a través, sobre todo, del porcentaje de participación en los ingresos del Estado, aspira a convertirse en un sistema presidido por el principio de corresponsabilidad fiscal. En palabras del propio Tribunal Constitucional —marcadamente voluntaristas, si levantamos acta de la realidad—, «en los últimos años se ha pasado de una concepción del sistema de financiación autonómica como algo pendiente o subordinado a los Presupuestos Generales del Estado, a una concepción del sistema presidida por el principio de corresponsabilidad fiscal, y conectada no solo con la participación en los ingresos del Estado, sino también, y de forma fundamental, con la capacidad del sistema tributario para generar un sistema propio de recursos como fuente principal de los ingresos de Derecho público» (STC 289/2000, de 30 de noviembre, FJ 3). Reiterada en la STC 168/2004, de 9 de noviembre, FJ 4.

El principio de corresponsabilidad fiscal se abrió paso cuando la necesidad forzó a ello. En efecto, hacer descansar la financiación autonómica sobre la participación en ingresos estatales y, al tiempo, condenar al dique seco los ingresos procedentes de tributos propios —fruto tanto de su impopularidad y consiguiente coste electoral como de los angostos límites en que pueden establecerse, atendida la LOFCA de 1980— tenía una consecuencia clara: el desbordamiento del déficit estatal. Como remedio a ello, a partir del sistema de financiación de 1991 y, sobre todo, del aprobado en 1996, se abrió paso la idea de la corresponsabilidad fiscal, que se tradujo jurídicamente en una modificación sustancial

del concepto de impuesto cedido, impuesto que sigue siendo de titularidad estatal, pero que en muchos puntos deja parcelas abiertas a la normativa autonómica. Cuestión distinta es que, como viene ocurriendo, el ejercicio de esa potestad normativa autonómica se encamine, de forma unidireccional, hacia la **atenuación de la carga fiscal**, mediante desgravaciones del más variado pelaje, lo que termina por afectar muy negativamente a dos principios esenciales del Estado autonómico: el principio de solidaridad y el principio de lealtad constitucional.

Problema, por lo demás, que no es de hoy. Recuérdese que cuando se discutía el Estatuto de Autonomía para Cataluña, el a la sazón Presidente del Gobierno, Manuel Azaña, en el debate parlamentario del 31 de agosto de 1932, señalaba en relación a la cesión de impuestos: «Se ha dicho aquí la otra tarde: ustedes cedan, el Estado cede a la Generalidad la contribución territorial, el impuesto de Derechos reales y una participación en los tributos, hasta que se cubra la cuantía de los gastos de los servicios cedidos; pero, claro, como estos catalanes son el mismo diablo, en cuanto tengan ellos su autonomía, desgravarán la contribución territorial y tendrá que dársele mayores participaciones en los tributos [...] Yo ya sé que vosotros no lo ibais a hacer, pero hay que desvanecer todos los celos, y había que calcular [...] los servicios y los gastos con un aumento o con una rebaja igual a la que hayan tenido en el resto de España». No iba desencaminado. No es, claro está, un problema de catalanes. Es un problema generalizado, como la realidad ha demostrado de forma fehaciente desde que se puso en marcha la financiación de las Comunidades Autónomas.

II. PRINCIPIOS INSPIRADORES DE LA AUTONOMÍA FINANCIERA

Por imperativo constitucional, esta autonomía financiera está anclada sobre dos principios: coordinación con la Hacienda estatal y solidaridad entre todos los españoles, como

recuerdan numerosos pronunciamientos del Tribunal Constitucional:

«Debe recordarse [...] que el ejercicio de la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas tiene como límites materiales los principios de solidaridad entre todos los españoles y de coordinación con la Hacienda estatal (arts. 138.1 y 156.1 CE)» (STC 13/2007, de 18 de enero, FJ 7).

1. El principio de coordinación con la Hacienda estatal

El principio de coordinación «que constituye un límite condicionante de su autonomía financiera (de las Comunidades Autónomas) «exige a las Comunidades Autónomas que su actividad financiera se acomode a las medidas oportunas que adopte el Estado tendentes a conseguir la estabilidad económica interna y externa, toda vez que a él corresponde la responsabilidad de garantizar el equilibrio económico general (SSTC 171/1996, de 30 de octubre, FJ 2, y 24/2002, de 31 de enero, FJ 5, y, en el mismo sentido, SSTC 68/1996, de 18 de abril, FJ 10; 62/2001, de 1 de marzo, FJ 4, y 222/2006, de 6 de julio, FJ 13). Esta coordinación ‘persigue la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto o sistema, evitando contradicciones y reduciendo disfunciones que, de subsistir, impedirían o dificultarían, respectivamente, la realidad misma del sistema’ (SSTC 32/1983, de 28 de abril, FJ 2, y 194/2004, de 4 de noviembre, FJ 8) [...]. De lo hasta ahora expuesto ha de concluirse que **al Estado le corresponde la coordinación en materia de financiación de las Comunidades Autónomas. Fundamentalmente por tres razones.** En primer lugar porque [...] el art. 157.3) CE atribuye al Estado ‘la fijación del marco y los límites en que esa autonomía ha de actuar’ (STC 179/1987, de 12 de noviembre, FJ 2), mediante una Ley Orgánica a la que confiere una función específica y constitucionalmente definida (a tal previsión responde la aprobación de

la Ley Orgánica 8/1980)». No debemos olvidar que, de conformidad a nuestra doctrina, con el art. 157.3) CE [...] no se pretendió sino habilitar la intervención unilateral del Estado en este ámbito competencial, a fin de alcanzar un mínimo grado de homogeneidad en el sistema de financiación autonómico, orillando así la dificultad que habría supuesto que dicho sistema quedase exclusivamente al albur de lo que se decidiese en el procedimiento de elaboración de cada uno de los Estatutos de Autonomía» (STC 68/1996, de 4 de abril, FJ 9).

En segundo lugar, porque el reparto de los ingresos del Estado es una cuestión que afecta a todos los entes territoriales, y, en particular, a todas las Comunidades Autónomas, y los recursos de que dispone aquel no solo son finitos, sino que deben servir para la consecución de la suficiencia y, en última instancia, la autonomía financiera de todos los entes territoriales, lo que exige necesariamente la intervención del Estado para adoptar las medidas necesarias y suficientes a efectos de asegurar la integración de las diversas partes del sistema en un conjunto unitario (SSTC 11/1984, de 2 de febrero, FJ 4, y 144/1985, de 25 de octubre, FJ 4).

Y en tercer lugar, porque el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas es el vehículo a través del cual se articula el principio de solidaridad interterritorial, razón por la cual no solo le corresponde al Estado garantizar, de conformidad con el art. 138 CE, «la realización efectiva del principio de solidaridad consagrado en el art. 2 de la Constitución, velando por el establecimiento de un equilibrio económico, adecuado y justo, entre las diversas partes del territorio español [...] sino que, de acuerdo con la previsión del art. 2.1.c) LOFCA, las Comunidades Autónomas vienen obligadas a coordinar el ejercicio de su actividad financiera con la Hacienda del Estado, de acuerdo con el principio de solidaridad entre las diversas nacionalidades y regiones» (STC 13/2007, de 18 de enero, FJ 7).

El hecho de que al Estado se le atribuya fundamentalmente esta labor de coordinación

no implica *ex necesse* que la norma a través de la cual se articula la coordinación no pueda encontrar **encaje en un precepto estatutario —norma igualmente estatal—**, como ha señalado el propio Tribunal Constitucional, al señalar que «la consolidación y el correcto funcionamiento del Estado de las Autonomías dependen en buena medida de la estricta sujeción de uno y otras (Estado y Comunidades Autónomas) a las fórmulas racionales de cooperación, consulta, participación, coordinación, concertación o acuerdo previstas en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía», sin que en esa labor quepa excluir la normativa incluida en los propios Estatutos de Autonomía, dado que debe considerarse que también las normas estatutarias constituyen «un instrumento que permite hacer compatible esa autonomía financiera con la exigencia de asegurar la necesaria coordinación con la Hacienda estatal y la solidaridad entre todos los españoles que el art. 156 de la Constitución impone» (STC 181/1988, de 13 de octubre, FJ 7).

La razón es clara: el principio de coordinación, en cuanto tal, no constituye un título competencial que excluya la toma de decisiones de quien no se encuentra habilitado por el mismo. Cuestión distinta es que al Estado le corresponda la competencia exclusiva para establecer las «bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica» —art. 149.1.13.^a CE—. La coordinación a que se refiere el art. 156.1 CE implica y exige la articulación de una serie de mecanismos que, en todos los ámbitos —legislativo y ejecutivo—, propicien el establecimiento de criterios homogéneos en el ámbito hacendístico de las distintas Administraciones Públicas territoriales. Mecanismos que no han sido expresamente previstos por la Constitución y que, por tanto, corresponde articular al legislador ordinario, respetando los límites marcados por el texto constitucional.

Los problemas que conlleva la necesidad de coordinación entre los distintos entes y sus Haciendas se ponen de relieve en la STC 9/2017,

de 19 de enero, en la que el TC reconoce la competencia del Estado —siguiendo una doctrina ya iniciada en la STC 13/1992, de 6 de febrero—, al resolver un conflicto positivo de competencia promovido por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña en relación con una Resolución de la Secretaría de Estado de servicios sociales e igualdad, por la que se convocan subvenciones estatales destinadas a la realización de programas de interés general con cargo a la asignación tributaria del impuesto sobre la renta de las personas físicas, si bien reconoce la necesidad de que el marco normativo sea claro y preciso, toda vez que «la lealtad constitucional obliga a todos» (STC 209/1990, FJ 4) y «comprende, sin duda, el respeto a las decisiones de este Alto Tribunal» (FJ 8). Su cumplimiento pleno y tempestivo, al que vienen obligados todos los poderes públicos (art. 87.1 LOTC), exige que el Estado aborde sin demora la modificación del marco regulador de estas subvenciones, a fin de acomodarlo para futuras convocatorias a lo que resulta de la clara y excesivamente reiterada doctrina constitucional, en su dimensión tanto normativa como ejecutiva.

En la misma línea, la STC 100/2017, de 20 de julio, subraya que:

«... no obstante tener competencias, incluso exclusivas, las Comunidades Autónomas sobre la materia en que recaen las subvenciones o ayudas públicas, estas pueden ser gestionadas, excepcionalmente, por un órgano de la Administración del Estado u organismo dependiente de esta, con la consiguiente consignación centralizada de las partidas presupuestarias en los presupuestos generales del Estado, si bien “ello solo es posible cuando el Estado ostente algún título competencial, genérico o específico, sobre la materia y en las circunstancias ya señaladas en nuestra doctrina anterior, a saber: que resulte imprescindible para asegurar la plena efectividad de las

medidas dentro de la ordenación básica del sector y para garantizar las mismas posibilidades de obtención y disfrute por parte de sus potenciales destinatarios en todo el territorio nacional, evitando al propio tiempo que se sobrepase la cuantía global de los fondos estatales destinados al sector. Su procedencia en cada caso habrá de aparecer razonablemente justificada o deducirse sin esfuerzo de la naturaleza y contenido de la medida de fomento de que se trate” [SSTC 13/1992, de 6 de febrero, FJ 8.d), y 244/2012, de 18 de diciembre, FJ 7].

... en este caso, el poder de gasto del Estado se proyecta sobre un ámbito material en el que ostenta competencia legislativa básica *ex art.* 149.1.13 CE... se justifica que sea el Estado el que asuma la gestión centralizada de estas ayudas, cuya cuantía y alcance puede variar según las circunstancias económicas del momento, de manera que la reacción ante este tipo de coyunturas exige una respuesta ágil y global que asegure la igualdad de condiciones de todos los beneficiarios, lo que solo puede asegurarse a través de su centralización por el Estado...» [FJ 6.b)].

El diseño de estos mecanismos constituye una labor que necesariamente habrá que realizar más pronto que tarde, si se quiere garantizar la armonía del sistema de financiación de las Comunidades Autónomas. A ello se refería el Senado cuando, en una enmienda transaccional aprobada el 15 de junio de 2004, instaba al Gobierno a que toda reforma del modelo de financiación de las Comunidades Autónomas se realizase en el seno del Consejo de Política Fiscal y Financiera, buscando el mayor acuerdo posible y sujetándose a los principios que rigen la materia: solidaridad interterritorial, suficiencia financiera de las Comunidades Autónomas, aprovechamiento del potencial existente en el vigente

modelo y mantenimiento de la estabilidad presupuestaria.

Este principio de coordinación con la Hacienda del Estado se ha erigido en un soporte conceptual que encuentra una doble proyección: no solo en el ámbito del ingreso público, sino también en el del gasto público.

En el ámbito del gasto público, el Tribunal ha tenido ocasión de reiterar cómo los límites retributivos fijados a los funcionarios públicos por la Ley de Presupuestos Generales del Estado están directamente vinculados con la política económica general y, en consecuencia, tanto el art. 149.1.13.^a como el 156.1 se erigen en valladar frente a pretensiones que, invocando el principio de autonomía financiera —incluido el basado en el régimen de Concierto o Convenio—, pueden perturbar las directrices impresas por el Estado a la política económica general.

En esa misma línea ha ratificado el TC su posición en la STC 43/2017, de 27 de abril, reiterando los pronunciamientos contenidos en 4las SSTC 215/2015, de 22 de octubre (FF. JJ. 6 y 7) y 194/2016, de 16 de noviembre: «nuestra doctrina ha señalado la directa relación existente entre la fijación de las retribuciones del personal al servicio de las Administraciones públicas y la fijación de la política económica general por parte del Estado, de manera que este Tribunal ha entendido que las medidas de limitación de las retribuciones adoptadas por el Estado deben analizarse desde la perspectiva de los arts. 149.1.13 y 156.1 CE (STC 94/2015, FJ 3), por lo que debemos rechazar la vulneración de los arts. 149.1.18 CE y 10.4 EAPV que el Gobierno Vasco imputa al precepto recurrido» (STC 215/2015, FJ 6). Por otro lado, la medida tampoco excede de las fronteras en que ha de moverse el núcleo de lo básico, puesto que «no constituye... una medida aislada que incida sobre un único concepto retributivo, sino que se inserta en el ámbito de una decisión general de política económica, que trasciende a cada uno de los conceptos retributivos que integran la masa

salarial de los empleados públicos, incluidas, por tanto, las retribuciones diferidas que aquí se analizan. Y es esto precisamente —y así lo ha reconocido nuestra doctrina— lo que justifica, no solo que el Estado pueda establecer topes máximos a los incrementos retributivos de los funcionarios autonómicos, sino que pueda decantarse por la congelación salarial en un ejercicio concreto (supuesto examinado en la STC 94/2015), o por la reducción e incluso la supresión de un determinado concepto retributivo (como se vino a reconocer en la STC 81/2015, de 30 de abril), que es lo que sucede en el presente supuesto. No se produce, en consecuencia, la alegada vulneración del art. 149.1.13 CE» (STC 215/2015, FJ 7).

Asimismo, «la norma recurrida resulta, de acuerdo con nuestra doctrina, justificada desde el punto de vista de la autonomía financiera, en la medida en que existe una relación evidente entre una medida de contención del gasto de personal, como es la suspensión de las aportaciones a planes de pensiones y contratos de seguros a favor de todo el personal al servicio de las Administraciones públicas y la dirección de la política económica general, concretada en el cumplimiento de los compromisos de estabilidad presupuestaria y reducción del déficit público. Debe pues rechazarse también la pretendida vulneración del art. 156.1 CE» (STC 215/2015, FJ 6). Finalmente, respecto a la alegación referida al principio de solidaridad, cabe reiterar que «la medida impugnada no implica un trato desigual entre Administraciones públicas... ni supone el establecimiento de diferencias entre las distintas partes del territorio español, dado que se trata de una medida económica de carácter general y que se aplica por igual al conjunto del sector público, esto es, a todas las Administraciones, entidades y sociedades públicas» (STC 215/2015, FF. JJ. 3 y 7).

En definitiva, como ha señalado el TC —STC 90/2017, de 5 de julio— «Este Tribunal... con una referencia ya más específica a la potestad de gasto de las Comunidades Autónomas, ha

señalado también que su autonomía financiera, si bien garantiza la plena disposición de medios financieros, no supone que dicha potestad «permita a las Comunidades Autónomas financiar o subvencionar cualquier clase de actividad, sino tan solo aquellas sobre las cuales tengan competencias, pues la potestad de gasto no es título competencial que pueda alterar el orden de competencias diseñado por la Constitución y los Estatutos de Autonomía, y así bien claramente lo establece el art. 1.1 de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas, al vincular la autonomía financiera al ‘desarrollo y ejecución de las competencias que, de acuerdo con la Constitución, les atribuyen las Leyes y sus respectivos Estatutos’» (*ibidem*)... Doctrina que, en relación con las Comunidades Autónomas, es consecuencia... de la vinculación de su autonomía financiera al desarrollo y ejecución de sus competencias (arts. 156 CE y 1.1 de la Ley Orgánica de financiación de las Comunidades Autónomas)» (FJ 8).

En la importante STC 148/2006, de 9 de mayo (FJ 7), recuerda el TC que, tal como ya precisó en su STC 63/1986, de 21 de mayo, «una de las facetas menos controvertidas de la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas es, efectivamente, su capacidad para definir sus gastos en los correspondientes Presupuestos. Pero ello no excluye, como advertíamos a continuación, que dicha autonomía esté limitada materialmente por los principios de coordinación con la Hacienda estatal y de solidaridad entre todos los españoles (art. 156.1)».

El razonamiento que sirve para establecer topes retributivos a despecho de lo que establezcan las Comunidades Autónomas en sus propios Presupuestos, se reitera —con el mismo fundamento— cuando se sale al paso de ofertas públicas de empleo que también contradicen los criterios que inspiran la política económica general en un momento determinado, como recoge la STC 178/2006, de 6 de junio (FJ 3), o de las retribuciones y pensio-

nes de las clases pasivas que acuerdan un incremento anual por encima de la congelación salarial establecida por el Estado (SSTC 195/2006, de 22 de junio, FJ 6, y 297/2006, de 11 de octubre, FJ 5).

En el ámbito de los ingresos públicos, como tendremos ocasión de apreciar al analizar el art. 157.1 CE, también el TC ha desplegado una profusa doctrina sobre la necesaria coordinación de la Hacienda autonómica con la Hacienda estatal.

Trascendiendo los aspectos concretos del ingreso y del gasto público, la coordinación con la Hacienda estatal se ha manifestado, en diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, como **una exigencia de alcance general, predicable de todas las manifestaciones de la actividad financiera**. Así, en la STC 13/2007, de 18 de enero, el Tribunal, recogiendo precedentes anteriores, ha señalado que si en un Estado compuesto «la acción estatal es claro que debe desplegarse teniendo en cuenta las peculiaridades de un sistema de autonomías territoriales» (STC 146/1998, de 25 de noviembre, FJ 4), esta exigencia es asimismo evidente cuando se trata del ejercicio de la actividad financiera del Estado —ordenación y gestión de los ingresos y gastos públicos— que, naturalmente, habrá de desarrollarse dentro del orden competencial articulado en la Constitución, lo que supone, en definitiva, la necesidad de compatibilizar el ejercicio coordinado de las competencias financieras y las competencias materiales de los entes públicos que integran la organización territorial del Estado de modo que no se produzca el vaciamiento del ámbito competencial —material y financiero— correspondiente a «las esferas respectivas de soberanía y de autonomía de los entes territoriales» (STC 45/1986, FJ 4). Lo anterior se traduce en una doble exigencia: «De una parte, prevenir que la utilización del poder financiero del Estado pueda desconocer, desplazar o limitar las competencias materiales autonómicas. Y, de otra, evitar asimismo que la extremada prevención de potenciales injeren-

cias competenciales acabe por socavar las competencias estatales en materia financiera, el manejo y la disponibilidad por el Estado de sus propios recursos y, en definitiva, la discrecionalidad política del legislador estatal en la configuración y empleo de los instrumentos esenciales de la actividad financiera pública» (STC 13/1992, de 6 de febrero, FJ 2, y, en el mismo sentido, STC 68/1996, de 4 de abril, FJ 2).

Esta necesidad de coordinación se ha puesto de manifiesto en otros ámbitos. Así, por poner un ejemplo, con la determinación del *quantum* de los intereses de demora, materia en la que el Tribunal ha señalado que «conforme al art. 156.1 CE, la determinación cuantitativa del interés de demora [...] ha de merecer un tratamiento unitario en todo el territorio nacional, porque al consistir en un simple incremento de la deuda tributaria, motivado por el impago del crédito principal, bien se considere de cariz sancionatorio para el deudor, o de resarcimiento para el ente titular del crédito, no se advierte motivo o razón alguna para que tal determinación cuantitativa oscile según cuál sea la entidad a creadora, sino que, por el contrario, debe garantizarse a los administrados un tratamiento común, de conformidad con lo dispuesto en el art. 149.1.18 CE, sobre la competencia exclusiva del Estado sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas» (SSTC 14/1986, de 31 de enero, y 81/2003, de 28 de abril, FJ 6, entre otras muchas).

Esta posición llevó a declarar la inconstitucionalidad de normas que en el País Vasco y en la Comunidad Valenciana establecían un tipo de interés de demora diferente al establecido por el Estado.

En conclusión, «la consolidación y el correcto funcionamiento del Estado de las Autonomías dependen en buena medida de la estricta sujeción de uno y otras (Estado y Comunidades Autónomas) a las fórmulas racionales de cooperación, consulta, participación, coordina-

ción, concertación o acuerdo previstas en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía», sin que en esa labor quepa excluir la normativa incluida en los propios Estatutos de Autonomía, dado que debe considerarse que también las normas estatutarias constituyen «un instrumento que permite hacer compatible esa autonomía financiera con la exigencia de asegurar la necesaria coordinación con la Hacienda estatal y la solidaridad entre todos los españoles que el art. 156 de la Constitución impone» (STC 181/1988, de 13 de octubre, FJ 7).

2. El principio de solidaridad entre todos los españoles

A) Contenido

En relación con el principio de solidaridad, también el Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto cómo dicho principio es de obligada observancia no solo en las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas, sino también en las relaciones entre estas. Nos encontramos ante un **principio que trasciende el ámbito de la financiación autonómica, aunque en este ámbito juegue un papel esencial**. En efecto, recuérdese que en el propio texto constitucional diversos preceptos lo acogen. El art. 2 «reconoce y garantiza [...] la solidaridad entre todas ellas» (las Comunidades Autónomas); el art. 40.1 obliga a los poderes públicos a promover «una distribución de la renta regional y personal más equitativa en el marco de una política de estabilidad económica»; el art. 131.1 atribuye al Estado la planificación económica con el fin de «equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución»; el art. 138.1 erige al Estado en garante «de la realización efectiva del principio de solidaridad».

Ello explica que ya en muy temprana ocasión, el Tribunal precisó que «tal autonomía financiera no se configura en la Constitución en

términos absolutos, sino que se ve sometida a limitaciones derivadas de los principios que el mismo art. 156.1 CE proclama, de coordinación con la Hacienda estatal y de solidaridad entre todos los españoles» (STC 179/1987, de 12 de noviembre, FJ 2) Más recientemente —STC 247/2007, de 12 de diciembre— ha recordado cómo «el principio de solidaridad, que en el art. 2 de la Constitución encuentra general formulación y en el art. 138 de la misma se refleja como equilibrio económico, adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español y prohibición entre estas de privilegios económicos o sociales, requiere que, en el ejercicio de sus competencias, **se abstengan de adoptar decisiones o realizar actos que perjudiquen o perturben el interés general y tengan, por el contrario, en cuenta la comunidad de intereses que las vincula entre sí** y que no puede resultar disgregada o menoscabada a consecuencia de una gestión insolidaria de los propios intereses» (FJ 4). El principio de solidaridad es corolario del principio de autonomía (STC 25/1981, FJ 3, y STC 64/1990, de 5 de abril, FJ 7).

En el ámbito de la financiación autonómica, recientemente ha debido recordar el Tribunal Constitucional —STC 237/2007, de 8 de noviembre, FJ 4—, reiterando pronunciamientos anteriores, y ante la invocada vulneración, entre otros, del principio de solidaridad, que «**no existe un derecho de las Comunidades Autónomas constitucionalmente consagrado a recibir una determinada financiación**, sino un derecho global a que la suma global de los recursos existentes, de conformidad con el sistema aplicable en cada momento, se reparta entre ellas respetando los principios de solidaridad y coordinación», razón por la cual «no puede pretender cada Comunidad Autónoma para la determinación del porcentaje de participación que sobre aquellos ingresos le pueda corresponder la aplicación de aquel criterio o variable que sea más favorable en cada momento a sus intereses, reclamando de nosotros una respuesta que sustituya la falta de

acuerdo entre las instancias políticas» (SSTC 13/2007, de 18 de enero, FJ 5; y 58/2007, de 14 de marzo, FJ 3).

En definitiva, el principio de solidaridad es uno de los quicios esenciales sobre los que se asienta nuestro sistema constitucional. Así lo establece el art. 2 CE y así es como el art. 138 del propio texto constitucional atribuye al Estado —como no podía por menos de ocurrir— la responsabilidad de su realización efectiva «velando por el establecimiento de un equilibrio económico adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español».

De ahí que, siquiera sea *incidenter tantum*, deba uno manifestar su perplejidad cuando, con vistas a la reforma del sistema de financiación autonómica, se pone en un primer plano la perspectiva de **las denominadas balanzas fiscales**. El problema merece cuando menos una doble reflexión: a) desde el punto de vista conceptual, estamos muy lejos de disponer de un instrumental metodológico que, con criterios unívocos, permita manejar resultados comúnmente aceptables; b) desde el punto de vista jurídico, entendemos que las consecuencias que pretenden extraerse por algunos de la lectura de las referidas balanzas fiscales son difícilmente conciliables con las exigencias del principio de solidaridad, al menos con una lectura del referido principio conforme ha sido diseñado por la propia doctrina del Tribunal Constitucional.

B) *Principio de solidaridad y Estatutos de Autonomía*

Es precisamente en este punto donde se suscita un trascendente problema de interpretación jurídica. Me refiero, claro está, a **la relación entre los Estatutos de Autonomía y las leyes orgánicas previstas en la Constitución**. Constituye este un punto en el que es obligado formular determinadas reflexiones sobre una deriva normativa —la que está siendo acogida en estos momentos en las re-

formas de los distintos Estatutos Autonómicos, y muy señaladamente, aunque no solo según veremos, en el catalán— que, pendiente del definitivo parecer del Tribunal Constitucional, ha iniciado un camino marcado por la imprecisión conceptual y proclive a la inseguridad jurídica.

También en este caso hay **precedentes históricos** relevantes. En el mismo discurso de Azaña a que nos referíamos, señalaba el entonces Presidente del Gobierno: «Todo lo que se dice en el título de Hacienda del Estatuto, todo, sin exceptuar punto ni coma, puede ser variado de dos modos: cada cinco años o cada tantos años, como las Cortes quieran decir, en la forma que aquí está establecido, o cuando se quiera, en cualquier momento, haya pasado un día o un mes o un año desde la revisión ordinaria anterior o hayan pasado. En cualquier momento todo este Título puede variarse, de esta manera: el Ministro de Hacienda de la República se dirigirá a la Generalidad y le dirá: «He advertido en el funcionamiento del régimen de Hacienda de la Generalidad con el Estado este inconveniente, este error, esta injusticia, esta equivocación, lo que fuere» y la Generalidad tratará o verá de ponerse de acuerdo con la Hacienda de la República para llegar a una solución; pero si no se ponen de acuerdo, el Gobierno de la República trae a las Cortes la modificación por un proyecto de ley, y las Cortes lo votan, si quieren, y si no quieren, no lo votan. Es decir, que en último extremo, la subsistencia de las dotaciones, de las cesiones de tributos, de las participaciones en los tributos, el principio y el hecho de ceder este tributo o el otro no, están siempre sometidos a la decisión soberana de las Cortes de la República».

Se trata, en definitiva, de responder a dos interrogantes de hondo calado: a) precisar si el Estatuto de Autonomía es el marco normativo idóneo para acoger cualquier clase de previsiones normativas sobre el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas y, más en concreto, las previsiones referentes a las asignaciones que, con cargo a los Presu-

puestos Generales del Estado, deben efectuarse a favor de aquella Comunidad Autónoma que ha acogido en su Estatuto la correspondiente previsión; b) en el supuesto de que la respuesta sea afirmativa, precisar si, caso de colisión entre el contenido de la previsión estatutaria y la Ley Orgánica estatal que en concreto regule esta materia, debe primar una u otra.

En relación con la primera de las interrogantes, ya en 1979 tuvimos ocasión de afirmar «la improcedencia de que en los Estatutos de Autonomía se incluyan formulaciones que condicionen la función de las Cortes Generales en este punto». Nos referíamos, y era solo un ejemplo, al Fondo de Compensación Interterritorial, aunque la observación era predicable —y lo decíamos expresamente— de todos aquellos elementos de la Hacienda autonómica cuya decisión última correspondía al legislador estatal, al depender de las asignaciones presupuestarias que debían incluirse en los Presupuestos Generales del Estado («La institucionalización de la Hacienda Pública en los Estatutos de Autonomía», en *Hacienda Pública Española*, núm. 59, 1979, pág. 152). **La improcedencia de incluir previsiones estatutarias que afectaran a la función de las Cortes Generales** —y al papel del legislador estatal en la consecución de los principios de solidaridad y coordinación— se hacía especialmente patente en la regulación de los mecanismos de financiación referidos a las asignaciones del Estado o a los fondos encaminados a garantizar la solidaridad especialmente los previstos en el art. 158 CE: garantías de un nivel mínimo en la prestación de servicios públicos fundamentales y gastos de inversión con cargo al Fondo de Compensación Interterritorial. Dos eran las razones por las que manifestaba mi disconformidad con ese condicionamiento impuesto al legislador estatal por una norma estatutaria: la congelación del rango que conlleva la inclusión en norma estatutaria y la competencia estatal —para mí ya entonces indiscutible— sobre los mecanismos que hacen posible la solidaridad y el equilibrio económico

entre los diversos territorios que integran el Estado. Competencia sobre la que nos pronunciábamos en un momento en el que el desarrollo del Estado autonómico era ciertamente incipiente, toda vez que solo se habían publicado los Proyectos de Estatutos de Autonomía de Cataluña y el País Vasco. Hoy, visto lo visto, me reafirmo si cabe con mayor énfasis.

En relación a este punto, ha señalado el Tribunal Constitucional —STC 247/2007, de 12 de diciembre— que «los Estatutos de Autonomía no pueden desconocer los criterios materiales empleados por la Constitución cuando reenvía la regulación de aspectos específicos a las correspondientes leyes orgánicas (arts. 81.1, 122, 149.1.29.^a, 152.1 o 157.3 CE), pues dichos criterios, referidos a materias concretas para cada ley orgánica, determinan el ámbito que la Constitución les reserva a cada una de ellas, ámbito que, por tal razón, se configura como límite para la regulación estatutaria», añadiendo que «En todo caso [...] las relaciones entre los Estatutos de Autonomía y las leyes orgánicas previstas en la Constitución, están sujetas a lo que al respecto dispone esta última. De ahí que la reserva material que, en términos específicos para cada caso, realiza la Constitución a favor de determinadas leyes orgánicas, suponga que cada una de dichas leyes puede llevar a cabo una delimitación de su propio ámbito» (STC 154/2005, de 9 de junio, FF. JJ. 4 y 5, con referencia a otras), circunscribiendo la eficacia de las normas estatutarias de acuerdo con dicha delimitación.

Parece, pues, claro que habrá que estar a la delimitación de competencias efectuada sobre la base de los preceptos constitucionales.

Y es que, queramos o no, **las cosas han cambiado mucho desde que entró en vigor la Constitución**. Con mayor motivo puedo repetir lo que tuve ocasión de afirmar en octubre de 2005: «En los momentos en que nos encontramos —octubre de 2005— uno se siente profundamente solidario y copartícipe de quienes, alejados del mundo de la lógica jurídica y habitantes del mundo de la crea-

ción literaria, se sienten permanentemente instalados en la duda. Los nombres de José Hierro y Juan Rulfo vienen, se quiera o no, a la memoria. Aquel se sentía inmerso en la nada. Este fue a Comala, sin saber exactamente a qué y por qué, cumpliendo una promesa hecha a su madre cuando ella estaba por morir y él en plan de prometerlo todo.

Instalado en la duda, alejado de toda certidumbre, se limita a plantear alguna reflexión final.

De entrada, levanta acta de la evidente inversión de un planteamiento que venía siendo tradicional desde la entrada en vigor del texto constitucional: la distribución de competencias opera por y desde el legislador estatal, expandiéndose sobre esas bases a los distintos conjuntos normativos autonómicos. En estos momentos se pretende —y en ello estamos— que la atribución de competencias parta de un —o dos... o todos— determinado precepto incluido en un Estatuto autonómico. No es, desde luego, la lógica con la que hemos venido funcionando todos, incluido el Tribunal Constitucional.

Situados en ese terreno, es esa misma lógica la que abona un planteamiento que en el terreno jurídico financiero conduce directamente a la inversión del razonamiento tradicional: no va a ser el Estado el que, vía Ley Orgánica, establezca los cauces a través de los cuales van a fluir los caudales públicos, sino que van a ser instancias autonómicas las que decidan cuál va a ser el rumbo que ha de asumir la futura ordenación legislativa dictada por el Estado.

La puesta en escena de tan novedosos planteamientos se arropa, eso sí, con continuadas referencias a conceptos más propios del realismo mágico que del puro razonamiento jurídico anclado en el texto constitucional. La tan traída y llevada alusión a las multiformes y proteicas deudas históricas constituye quizás el ejemplo más claro de ello» («Comunidades Autónomas», en la obra colectiva *El*

Estado autonómico, Actas de las XI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2006, pág. 85).

En relación al segundo de los problemas a que hacíamos referencia —colisión entre norma estatutaria y ley orgánica estatal que con carácter general regula una determinada materia—, también el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en la misma sentencia. Así, señala que «hay que partir de que los Estatutos de Autonomía se infraordenan a la Constitución, sometiéndose a sus prescripciones. Así, en cuanto a su relación con las restantes leyes estatales, orgánicas u ordinarias, viene establecida según criterios de carácter material [...] es decir, con criterios conectados con el principio de competencia sustantiva sobre las materias en que unos y otras, de acuerdo con lo previsto en la Constitución, pueden intervenir.

Sin embargo, la integración de los Estatutos en el bloque de la constitucionalidad, su consiguiente consideración como parámetro para el enjuiciamiento de las normas legales y, sobre todo, la función que los Estatutos desempeñan y su muy especial rigidez, les otorgan una singular resistencia frente a las otras leyes del Estado que hace imposible que puedan ser formalmente reformados por estas. Esta afirmación opera, sin duda, con carácter general frente a otras leyes ordinarias. Respecto de las otras leyes orgánicas la relación de los Estatutos se regula, como ya se ha adelantado, por la propia Constitución. En este sentido, **los Estatutos de Autonomía no pueden desconocer los criterios materiales empleados por la Constitución cuando reenvía la regulación de aspectos específicos a las correspondientes leyes orgánicas** (arts. 81.1, 122, 149.1.29.^a, 152.1 o 157.3 CE), pues dichos criterios, referidos a materias concretas para cada ley orgánica, determinan el ámbito que la Constitución les reserva a cada una de ellas, ámbito que, por tal razón, se configura como límite para la regulación estatutaria».

Por lo demás, en el sistema de relaciones existente entre los Estatutos de Autonomía y las leyes orgánicas previstas en la Constitución no puede desconocerse tampoco la diferente posición de los Estatutos respecto de las leyes orgánicas como consecuencia de la rigidez que los caracteriza. Su procedimiento de reforma, que no puede realizarse a través de su sola aprobación por las Cortes Generales, determina la superior resistencia de los Estatutos sobre las leyes orgánicas, de tal forma que estas (salvo las de su propia reforma *ex art. 147.3 CE*), por la razón señalada, no pueden modificarlos formalmente. Y concluye: «las relaciones entre los Estatutos de Autonomía y las leyes orgánicas previstas en la Constitución están sujetas a lo que al respecto dispone esta última [...] en caso de colisión será competencia de este Tribunal la apreciación del alcance de la correspondiente reserva y sus efectos sobre la validez o eficacia de la normativa estatutaria».

Como señala en su voto particular el Magistrado Conde Martín de Hijas, teniendo en cuenta la importancia de las leyes a las que se contrae el problema —fundamentalmente la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y la LOFCA—, «una sentencia en la que por primera vez este Tribunal afronta el análisis de los Estatutos de Autonomía en cuanto fuentes del Derecho, y su posición en el ordenamiento constitucional, con la pretensión dogmática que la Sentencia revela, debería ser mucho más clara que lo es la actual, sin dejar tantos márgenes abiertos a la imprecisión y a la duda». En ese mismo voto, tras resaltar la, a su juicio, equívoca deriva hacia la distinción entre validez y eficacia en la relación entre Estatutos y leyes orgánicas, afirma que «frente a la equívoca e imprecisa tesis [...] sostengo que, cuando la Constitución reserva a una concreta Ley orgánica la regulación de una materia y un Estatuto de Autonomía contiene una regulación que incide en el área reservada a dicha Ley orgánica, al hacerlo vulnera la Constitución; y tal vulneración no puede tener, a mi juicio, otra sanción jurídica

que la de la invalidez de la norma estatutaria invocada».

Con no disimulada ironía concluye que «al menos la Sentencia deja abierta la puerta a que en caso de la referida colisión de normas al Tribunal corresponderá decidir los efectos de tal colisión «sobre la validez [...] de la norma estatutaria». Pero con carácter general, y toda vez que en los pasajes analizados se está construyendo doctrina en general, se debiera haber pronunciado el Tribunal apriorísticamente sobre el efecto jurídico de la hipotética colisión».

En el ámbito doctrinal, afirma PAGÈS que «[...] la Ley orgánica prevista en el art. 157.3 CE no está por encima de los Estatutos autonómicos y, por tanto, ni invalida el contenido de los Estatutos precedentes que se contradiga con la misma ni condiciona el contenido de los Estatutos futuros. A nuestro modo de ver, la competencia que la CE otorga a las leyes estatutarias para regular las Haciendas autonómicas prima sobre la competencia que la misma CE otorga a la Ley orgánica prevista en el art. 157.3 CE» («El sistema de financiación autonómica en el Estatuto catalán de 2006», en la obra colectiva *La financiación autonómica en los Estatutos de Autonomía*, Marcial Pons, 2007, pág. 47).

En el trabajo a que antes me refería («La institucionalización de la Hacienda Pública...», ob. cit., págs. 113 y ss.) tuve ocasión de pronunciarme sobre el particular. Y en él afirmaba que: a) la relación entre los dos ordenamientos —estatal y autonómico— no debe plantearse en términos de jerarquía normativa, sino de competencia material (pág. 118), posición que viene manteniendo el Tribunal Constitucional; b) en el ámbito de los ingresos tributarios autonómicos, entendíamos que era constitucionalmente lícita una cierta desigualdad tributaria: «la estructuración en los diversos territorios de sistemas tributarios distintos no conlleva necesariamente la quiebra del principio de igualdad, sino que, muy al contrario, puede ser el mejor expediente para dar un tratamiento desigual a si-

tuaciones que también son desiguales o diferentes, de forma que no es la diversidad lo que perjudica el postulado principal, sino la uniformidad, en cuanto a través de la misma pretende darse soluciones unívocas a problemas y situaciones cuyo planteamiento es en muchos casos sustancialmente distinto. Se trata, en suma, de hacer permeable el sistema fiscal a la diversidad de estructuras económicas en las que aquel está llamado a actuar» (pág. 131). Esa desigualdad encontraba mecanismos de compensación *ad hoc*: asignaciones con cargo a los Presupuestos Generales del Estado y Fondo de Compensación Interterritorial. En definitiva, ello me llevaba a plantear el problema en los términos siguientes: «se trata, en suma, de cohesionar dos objetivos: la consecución de la autonomía política regional [...] cuya premisa básica es la autonomía financiera, de una parte, con las exigencias generales que a la propia Hacienda Pública le demanda la Constitución, y que tiene su concreción en los principios materiales de justicia tributaria —igualdad y progresividad— y de justicia del gasto público —asignación equitativa de los recursos públicos—» (pág. 126). Punto en el que la Ley de las Cortes Generales estaba llamada a desempeñar un papel esencial (pág. 128), al poner en marcha los límites que, constitucionalmente, vienen impuestos al poder financiero autonómico, como consecuencia de las funciones atribuidas al Estado en el orden económico: «el mantenimiento de unos criterios unitarios de política económica y de planificación a nivel nacional [...] y la atribución también al Estado de los mecanismos necesarios para llevar a buen término la política de redistribución de la renta y la riqueza nacional» (pág. 128); c) en relación con la posible antinomia entre Estatuto y ley orgánica prevista por el art. 157.3) —que entonces aún no se había promulgado— señalábamos, con referencia expresa a los ingresos tributarios, que esta «tiene rango inferior al Estatuto, en cuanto que este se encuentra caracterizado como norma paccionada en sentido impropio, carácter que tiene su reflejo en los requisitos a que se sujeta su aprobación, reforma y dero-

gación». En consecuencia, en ningún momento se afirmaba que el Estatuto tenía, con carácter generalizado, un rango superior a la ley orgánica estatal prevista por el art. 157.3 CE. Lo tenía solo en la medida en que en el mismo se incluyeran previsiones tributarias y en el ámbito competencial propio, no en relación a otros elementos que integran la Hacienda autonómica, de los que expresamente, como ya hemos visto, predicábamos la improcedencia de su inclusión en el Estatuto, tanto por la congelación del rango que ello conllevaría como por la, para mí, incuestionable competencia estatal sobre la materia.

Cuanto antecede explica que en nuestra opinión **debe ser el Estado quien, en obligado acatamiento a las exigencias contenidas en el art. 156 CE, regule los mecanismos de compensación aplicables en el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas.** O, lo que es lo mismo, no pueden incorporarse a los Estatutos de Autonomía preceptos que condicionen y limiten la intervención estatal en la fijación y distribución de los mecanismos de compensación financiera, dado que dicha incorporación desconocería las competencias estatales —irrenunciables— en la fijación de los mecanismos que hagan posible la aplicación de los principios de solidaridad y de coordinación entre las Haciendas autonómicas y la Hacienda estatal.

Precisamente por ello entendemos que no se ajusta a la Constitución el texto del art. 206.3 de la Ley Orgánica 6/2006, por la que se aprueba el Estatuto de Autonomía para Cataluña. Dispone dicho precepto que «Los recursos financieros de que disponga la Generalitat podrán ajustarse para que el sistema de financiación disponga de recursos suficientes para garantizar la nivelación y solidaridad de las demás Comunidades Autónomas, con el fin de que los servicios de educación, sanidad y otros servicios sociales esenciales del Estado del bienestar prestados por los diferentes gobiernos autonómicos puedan alcanzar niveles similares en el conjunto del Estado, **siempre**

y cuando lleven a cabo un esfuerzo fiscal también similar. En la misma forma y si procede, la Generalitat recibirá recursos de los mecanismos de nivelación y solidaridad. Los citados niveles serán fijados por el Estado».

Varias son las observaciones que sugiere el referido precepto.

En primer lugar, añade un requisito no previsto en la legislación general: exige que la Comunidad Autónoma que pueda resultar beneficiaria de estos ingresos de nivelación y solidaridad «lleve a cabo un esfuerzo fiscal también similar» (al de Cataluña). Nos encontramos ante una norma que tiene un efecto claramente extraterritorial y una indudable *vis atractiva* sobre el conjunto del sistema de financiación autonómica. De conformidad con la normativa general —LOFCA— para que una Comunidad Autónoma sea beneficiaria de esos fondos basta que no cuente con recursos suficientes —procedentes de los tributos cedidos y del Fondo de Suficiencia— para mantener el nivel mínimo de los servicios públicos fundamentales. De aplicarse el precepto estatutario se exige, también, que realice un esfuerzo fiscal similar al que realiza Cataluña.

Repárese, además, que la referencia al esfuerzo fiscal conlleva una indudable dosis de aleatoriedad e inseguridad jurídica, atendida la indefinición del referido concepto y los equívocos resultados a que su medición ha dado lugar.

En un trabajo afirmábamos que «con este límite, se ha de concluir, fácil y necesariamente, que el Estado deja de garantizar, en cualquier caso, un nivel mínimo en la prestación de los servicios públicos fundamentales en todo el territorio español, contraviniendo el mandato establecido en el art. 158.1 CE. Si atendemos a lo que establece el art. 206.3 de la citada LO 6/2006, la posibilidad de que los ciudadanos disfruten de los servicios públicos fundamentales con independencia del lugar en que residan, solo se hará efectiva

cuando la Comunidad Autónoma realice un esfuerzo fiscal similar. Esto es, se elimina, en clara desconsideración a lo previsto en el art. 158 de la Constitución, la garantía reconocida a todos los ciudadanos, cuya consideración se impone como carga al Estado, con independencia de quién sea, en última instancia, la Administración obligada a la prestación de dichos servicios [...]. Este sustrato mínimo de servicios públicos que se garantiza a todos los ciudadanos y que funciona como límite de rango constitucional puede desaparecer, al depender, a partir del art. 206.3 de la LO 6/2006, del esfuerzo fiscal que desplieguen las Comunidades Autónomas. Y ello porque regulaciones como la de este último precepto son incompatibles con diversas misiones constitucionalmente reservadas al Estado. A saber, está obligado a garantizar «la realización efectiva del principio de solidaridad consagrado en el art. 2 de la Constitución, velar por el establecimiento de un equilibrio económico adecuado entre las distintas partes del territorio español» (art. 138.1 CE) [...]. La determinación de los límites vitales básicos (en la prestación de los servicios públicos fundamentales), en la medida en la que afecta profundamente al conjunto del sistema de financiación, debería fijarse de conformidad con los criterios generales establecidos en la LOFCA, sin matizarlos, restringirlos o, simplemente, suprimirlos. No hacerlo así implica que la regulación que se introduce en el EAC y que afecta a todo el sistema financiero deba reputarse inconstitucional» (MARTÍN QUERALT, J. y GARCÍA MORENO, A., «La Hacienda y el Patrimonio de la Generalitat», en *Comentario al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana*, obra colectiva dirigida por J. M.^a BAÑO LEÓN, Thomson-Civitas, 2007, págs. 227-228).

La STC Pleno 31/2010, de 28 de junio, corroboró la inconstitucionalidad y nulidad, del inciso «siempre y cuando lleven a cabo un esfuerzo fiscal también similar» del ap. 3 del art. 206 de la LO 6/2006. La razón de ello es clara para el Tribunal: «esta frase incurre en inconstitucionalidad. Aunque el precepto no

concreta cuál haya de ser el contenido y alcance que tenga la expresión «esfuerzo fiscal», es lo cierto que establece como exigencia para que Cataluña contribuya a los mecanismos de nivelación de servicios fundamentales y de solidaridad el que las restantes Comunidades Autónomas realicen un «esfuerzo fiscal similar» al que haga Cataluña, prescripción esta que es determinante de la inconstitucionalidad señalada. En efecto, como venimos reiterando al Estado le corresponde, *ex art.* 149.1.14.^a CE en su conexión con los arts. 138.1 y 157.3 CE, regular el ejercicio de las competencias financieras de las Comunidades Autónomas y fijar los niveles de su contribución a la nivelación y a la solidaridad, lo que reconoce el propio art. 206.3, último inciso, del Estatuto. En este contexto, la determinación de cuál sea el esfuerzo fiscal que hayan de realizar las Comunidades Autónomas es cuestión que solo corresponde regular al propio Estado, tras las actuaciones correspondientes en el seno del sistema multilateral de cooperación y coordinación constitucionalmente previsto. Se trata, en suma, de una cuestión que, en ningún caso, puede imponer el Estatuto a las demás Comunidades Autónomas, pues al hacerlo así se vulneran, a la vez, las señaladas competencias del Estado y el principio de autonomía financiera de aquellas, autonomía financiera que el art. 156.1 CE conecta expresamente con el principio de coordinación con la hacienda estatal».

En segundo lugar, el precepto estatutario introduce un nuevo límite al poder armonizador que corresponde al Estado, al establecer que **«El Estado garantizará que la aplicación de los mecanismos de nivelación no altere en ningún caso la posición de Cataluña en la ordenación de rentas per cápita entre las Comunidades Autónomas antes de la nivelación».**

Es decir, solidaridad... hasta un cierto punto, hasta que no se vea perturbada mi posición. «Dicha pretensión equivaldría a que un ciudadano que es más rico antes de pagar impuestos, no dejara de serlo como consecuen-

cia de la contribución que se ve obligado a realizar [...]. Difícilmente pueden corregirse desequilibrios si se pone como límite el mantenimiento del *statu quo*, representado por el mantenimiento y consolidación, precisamente, de dicho desequilibrio. Es imposible nivelar corrigiendo desequilibrios y mantener el desequilibrio de renta per cápita entre las distintas regiones» (*La Hacienda...*, ob. cit., pág. 229).

Concluíamos al respecto: «hay que insistir en la inadecuación de introducir límites a la solidaridad que no encuentran acomodo en la esencia y contenido del principio de solidaridad que propugna como valor superior la Constitución, ni en ningún otro precepto constitucional» (*La Hacienda...*, ob. cit., pág. 229).

III. CONCLUSIONES

Primera. La autonomía financiera está diseñada en la Constitución como un mecanismo indispensable para la consecución de la autonomía política de las Comunidades Autónomas. No constituye un fin en sí misma, sino que aparece como un instrumento para la consecución de un fin que goza de superior **protección**: la autonomía política de las Comunidades Autónomas.

Segunda. La autonomía, al igual que la soberanía, tiene límites, cuya justificación y razón de ser es muy clara: garantizar las exigencias del principio de unidad del territorio nacional y de las exigencias implícitas en el mismo: principios de unidad de mercado; libre circulación de mercancías, bienes y servicios; territorialidad de las normas, solidaridad entre los distintos territorios que integran el Estado.

Tercera. Es la ley la que, de conformidad con las pautas marcadas por la Constitución, concreta el ámbito competencial, tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas. Y al hacerlo debe tener como obligado punto de referencia lo que el Tribunal Constitucional

califica como «la supremacía del interés de la Nación».

Cuarta. El ejercicio de las competencias que en el legítimo desarrollo de su autonomía financiera tienen las Comunidades Autónomas debe ajustarse a un doble límite: el principio de coordinación con la Hacienda del Estado y el principio de solidaridad entre todos los españoles.

Quinta. Principio de coordinación con la Hacienda del Estado. Es al Estado —Cortes Generales— a quien corresponde la coordinación en materia de financiación de las Comunidades Autónomas. Labor que podrá encontrar también encaje, según ha reconocido el Tribunal Constitucional, en un precepto estatutario. Por tres razones: a) porque la Ley Orgánica prevista en el art. 157.3 —LOFCA— tiene una función específica y constitucionalmente definida: la de fijar el marco y los límites en que debe desplegarse esa autonomía; b) porque el reparto de los ingresos públicos exige necesariamente que el Estado adopte las medidas necesarias y suficientes a efectos de asegurar la integración de las diversas partes del sistema en un conjunto unitario. Salvo, claro está, que deje de ser sistema, construido a la usanza cartesiana, para convertirse en una amalgama carentes de principios y de unidad; c) porque el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas es el cauce a través del cual se articula el principio de solidaridad interterritorial, uno de los quicios esenciales sobre los que se asienta el edificio constitucional.

Sexta. Principio de solidaridad. Como corolario del principio de autonomía exige, como ha recordado el Tribunal Constitucional, que las Comunidades Autónomas «se abstengan de adoptar decisiones o realizar actos que perjudiquen o perturben el interés general y tengan, por el contrario, en cuenta la comunidad de intereses que las vincula entre sí y que no puede resultar disgregada o menoscabada a consecuencia de una gestión insolidaria de los propios intereses».

Lo que conlleva:

a) La aleatoriedad que implica la puesta en primer plano del denominado sistema de balanzas fiscales, cuya compatibilidad con las exigencias del principio de solidaridad es, en el mejor de los casos, muy cuestionable.

b) Precisar, con rigor, las previsiones que, referidas al sistema de financiación de una determinada Comunidad Autónoma, puede encontrar encaje en su Estatuto de Autonomía, trascendiendo las concretas previsiones que al respecto se formulan en la norma que, con carácter general, regula el sistema de financiación de las propias Comunidades Autónomas. Esta labor requiere una triple tarea: 1) No incluir aquellas previsiones que nada añaden jurídicamente, como ocurre cuando se incorporan preceptos que se limitan a remitirse a lo que sobre el particular se diga en la legislación general del Estado. Se trata de preceptos tautológicos, vacíos de contenido, que nada añaden, pero que pueden perturbar en la medida en que, al hilo de los mismos, puede surgir un complejo desarrollo normativo en el que sí se produzcan ya las incompatibilidades con esa legislación general del Estado a la que dicen referirse. La lógica del sistema excluiría su depuración. 2) Atenerse a las delimitaciones de competencias que encuentran asidero en el texto constitucional y a la doctrina que sobre ello ya ha establecido el propio Tribunal Constitucional, especialmente clara en materia de principios y no tanto cuando se proyecta sobre institutos y preceptos concretos, punto en el que, en nuestra opinión, se ha sido excesivamente complaciente y poco claro. 3) No atenerse

con rigor a la delimitación competencial prevista por la Constitución, y al desarrollo que de la misma ha venido haciendo el Tribunal Constitucional, implica dejar en el aire la interrogante sobre la constitucionalidad de preceptos que ponen claramente en entredicho el papel que al Estado-Cortes Generales le corresponde en la ordenación del sistema financiero de las Comunidades Autónomas. Y los problemas no se plantean —al menos hoy— en el ámbito del ingreso tributario, sino en el de las participaciones de las Comunidades Autónomas en los ingresos del Estado. Condicionar, vía Estatutos de Autonomía, el papel que al Estado le corresponde en la asignación de ingresos a las Comunidades Autónomas, a través de los propios Presupuestos Generales del Estado, supone desconocer la doctrina que el propio Tribunal Constitucional ha venido elaborando sobre la supremacía del interés general, sobre la necesaria unidad del sistema, sobre las exigencias del principio de solidaridad, sobre la necesaria coordinación que el Estado debe llevar a cabo para cumplir con las exigencias que la Constitución le demanda.

En ese sentido, la STC 247/2007, de 12 de diciembre, ha dejado muchos cabos sueltos. Y, naturalmente, es consciente de ello el propio Tribunal. Concluir afirmando que, en caso de colisión de normas entre Estatuto y ley orgánica que, con carácter general, regula la misma materia, corresponderá al Tribunal decidir los efectos de tal colisión sobre la validez de la norma estatutaria supone, amén de una constatación obvia e innecesaria, reconocer que el problema sigue planteado y no se ha resuelto.

BIBLIOGRAFÍA

Véase la citada al comentario del artículo 157, apartados 1 y 2.

Artículo 157

1. *Los recursos de las Comunidades Autónomas estarán constituidos por:*

a) *Impuestos cedidos total o parcialmente por el Estado; recargos sobre impuestos estatales y otras participaciones en los ingresos del Estado.*

b) *Sus propios impuestos, tasas y contribuciones especiales.*

c) *Transferencias de un Fondo de Compensación interterritorial y otras asignaciones con cargo a los Presupuestos Generales del Estado.*

d) *Rendimientos procedentes de su patrimonio e ingresos de derecho privado.*

e) *El producto de las operaciones de crédito.*

2. *Las Comunidades Autónomas no podrán en ningún caso adoptar medidas tributarias sobre bienes situados fuera de su territorio o que supongan obstáculo para la libre circulación de mercancías o servicios.*

3. *Mediante ley orgánica podrá regularse el ejercicio de las competencias financieras enumeradas en el precedente apartado 1, las normas para resolver los conflictos que pudieran surgir y las posibles formas de colaboración financiera entre las Comunidades Autónomas y el Estado.*

Sumario general:

Los recursos tributarios de las Comunidades Autónomas y el principio de territorialidad de las normas y actos de las Comunidades Autónomas, por **JUAN MARTÍN QUERALT**

La coordinación y cooperación en materia de financiación autonómica, por **ÁNGEL AGUALLO AVILÉS Y ESTHER BUENO GALLARDO**

ARTÍCULOS 157.1 Y 157.2
**LOS RECURSOS TRIBUTARIOS DE LAS COMUNIDADES
AUTÓNOMAS Y EL PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD
DE LAS NORMAS Y ACTOS DE LAS COMUNIDADES
AUTÓNOMAS**

Sumario: I. Introducción. II. Impuestos cedidos total o parcialmente por el Estado. III. Recargos sobre impuestos estatales. IV. Otras participaciones en los ingresos del Estado. 1. Otras participaciones en los ingresos del Estado. 2. Asignaciones para garantizar un nivel mínimo en la prestación de los servicios públicos fundamentales en todo el territorio español. 3. Participación en el Fondo de Compensación Interterritorial. V. Tributos propios de las Comunidades Autónomas. 1. Límites establecidos por la LOFCA. VI. Transferencias de un Fondo de Compensación Interterritorial y otras asignaciones con cargo a los Presupuestos Generales del Estado (remisión). VII. Art. 157.2 CE. El principio de territorialidad de las normas y actos dictados por las Comunidades Autónomas. VIII. Conclusiones.

JUAN MARTÍN QUERALT

CATEDRÁTICO DE DERECHO FINANCIERO Y TRIBUTARIO

I. INTRODUCCIÓN

El constituyente, lógicamente, no estableció el peso que cada uno de los recursos de las Comunidades Autónomas debería tener en su sistema de ingresos. Fue la LOFCA de 1980 la que estableció los criterios que, con posterioridad, los distintos sistemas de financiación han ido concretando. **Junto a la Constitución y la LOFCA, los distintos Estatutos de Autonomía han cerrado el denominado bloque de constitucionalidad en este punto**, integrando el conjunto normativo que se erige en punto obligado de referencia para juzgar acerca de la constitucionalidad o no de todas aquellas medidas legislativas que deban sujetarse al canon de constitucionalidad.

Así, por ejemplo, en STC 48/2004, de 25 de marzo, el TC debió pronunciarse sobre la constitucionalidad del art. 12 de la Ley del Parlamento de Cataluña 4/1987, de 4 de abril,

de Régimen Provisional de Competencias de las Diputaciones Provinciales, en la que se reconocía, a favor de la Hacienda de la Generalidad, un porcentaje de participación en los ingresos provinciales. El TC fue claro: a) «en la medida en que cualquier transferencia de recursos de una hacienda territorial a otra, impuesta unilateralmente por una de ellas, implica una alteración de los ingresos o recursos financieros de la hacienda propia del ente territorial al que se impone la transferencia de fondos, incidiendo así en el instrumento indispensable para el ejercicio de sus competencias propias o, lo que es igual, en el ámbito de su autonomía, hemos de considerar que dicha transferencia forzosa de recursos, como fuente de financiación, debe encontrar expresa habilitación en el bloque de la constitucionalidad» (FJ 12); b) «la transferencia de fondos impuesta por la Ley catalana 5/1987, en su art. 12, no encuentra respaldo en la enumeración contenida en el art. 157.1 CE [...]

tampoco prevé expresamente un recurso financiero semejante el art. 4 LOFCA [...] tampoco el art. 4 Estatuto de Autonomía de Cataluña [...]. Así pues, al no contenerse en el bloque de la constitucionalidad la habilitación necesaria [...] ha de concluirse [...] que el cuestionado art. 12 [...] menoscaba la autonomía de dichos entes locales, en su vertiente financiera, conculcando de tal manera el art. 142 CE» (FJ 12).

Y, en esa misma línea, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de establecer que «no existe un derecho de las Comunidades Autónomas constitucionalmente consagrado a recibir una determinada financiación, sino un derecho global a que la suma global de los recursos existentes de conformidad con el sistema aplicable en cada momento se reparta entre ellas respetando los principios de solidaridad y coordinación», razón por la cual «no puede pretender cada Comunidad Autónoma para la determinación del porcentaje de participación que sobre aquellos ingresos le pueda corresponder la aplicación de aquel criterio o variable que sea más favorable en cada momento a sus intereses, reclamando de nosotros una respuesta que sustituya la falta de acuerdo entre las instancias políticas» (SSTC 13/2007, de 18 de enero, FJ 5, y 58/2007, de 14 de marzo, FJ 3) (STC 237/2007, de 8 de noviembre, FJ 4) sentencia que va precedida, en la misma línea, por las SSTC 13/2007, de 18 de enero, y 58/2007, de 14 de marzo, y que se ha visto también refrendada por la STC 248/2007, de 13 de diciembre.

Partiendo de la inexistencia de ese pretendido derecho a recibir una determinada financiación, los distintos elementos que integran el haber de las Haciendas autonómicas han ido evolucionando con el transcurso del tiempo, fruto de ese cambio al que nos hemos referido —y del que el propio TC ha levantado acta—, concretado en **el tránsito desde un sistema de transferencias a otro en el que va abriéndose paso, de forma ciertamente premiosa, el principio de corresponsabilidad fiscal.**

A medida que ha ido cerrándose el traspaso de competencias a las Comunidades Autónomas, han ido transfiriéndose recursos que estaban afectos a la financiación de esas competencias. El Tribunal Constitucional siempre ha afirmado que «la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas se vincula al desarrollo de las competencias que, de acuerdo con la Constitución, les atribuyen sus Estatutos de autonomía, y las Leyes, especialmente la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas, en el sentido [...] de que cualquier transferencia de recursos de una Administración a otra debe encontrar expresa habilitación en el bloque de la constitucionalidad (STC 48/2004, de 25 de marzo, FJ 12). La atribución a las Comunidades Autónomas de los intereses de las cuentas judiciales que hasta ahora venía ingresando la Hacienda General del Estado no encuentra habilitación alguna en el art. 4 de la LOFCA, ni en ningún otro precepto del bloque de la constitucionalidad. Es más, en rigor, estos ingresos han de considerarse fuentes de la Hacienda estatal, pues, como hemos dicho en otras ocasiones, aunque dicha categoría no puede entenderse circunscrita a los ingresos tributarios [...] sí que requiere que sea posible la calificación de los ingresos como derechos económicos de la Hacienda Pública en cuanto que los «organiza y gestiona el Estado» (STC 171/1998, de 23 de julio, FJ 8), lo que [...] sucede en esta ocasión en que el origen del rendimiento económico son unas cantidades depositadas para asegurar el buen funcionamiento de la Administración de Justicia o como consecuencia de la aplicación de normas procesales, penales o de otro tipo, de estricta titularidad estatal, resultando, pues, de aplicación el art. 149.1.14 CE» (STC 50/2006, de 16 de febrero, FJ 4).

II. IMPUESTOS CEDIDOS TOTAL O PARCIALMENTE POR EL ESTADO

En el ámbito de los impuestos cedidos —el art. 157.1.a) CE habla de «impuestos cedidos», mientras el art. 10 LOFCA sigue aún refiriéndose a «tributos cedidos»— es donde se

ha experimentado una mayor transformación, al pasarse de un sistema en el que la Comunidad Autónoma se limitaba a actuar como mero recaudador de un tributo regulado hasta en sus más nimios detalles por el legislador estatal a otro en el que se ha abierto paso el reconocimiento de potestades normativas a los legisladores autonómicos.

En el caso del IRPF, por ejemplo, nos encontramos ante una corresponsabilidad que alcanza un grado muy elevado. En efecto, aun cuando se cede un 50 por 100, la realidad es que el grado de corresponsabilidad va más allá. En efecto, la tarifa global del IRPF se ha descompuesto en dos, una estatal y otra autonómica. La Comunidad Autónoma puede modificar sus tramos de tarifa, sin más limitación que el que sea una tarifa progresiva con el mismo número de tramos que la del Estado, pudiendo elevar los tipos, establecer deducciones por aplicación de renta, por inversiones no empresariales y por circunstancias personales y familiares. De forma análoga se ha producido la cesión de los Impuestos sobre Sucesiones y Donaciones, sobre el Patrimonio, sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y sobre el Juego. No ocurre lo mismo con la cesión del Impuesto sobre Sociedades, ámbito en el que existen razones que impiden que la cesión opere de la misma manera —fundamentalmente la quiebra del principio comunitario de libre competencia que podría ocasionarse con regulaciones autonómicas absolutamente dispares, aspecto que ya ha sido puesto de manifiesto en distintas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea—.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en un doble sentido.

De una parte, recuerda el Tribunal que, de conformidad con el bloque de la constitucionalidad, «la atribución del rendimiento de un tributo a una Comunidad autónoma no basta para dotar a este de la naturaleza de «cedido», pues para ello es exigible la concurrencia, además, de un doble requisito: la previ-

sión estatutaria expresa en tal sentido y la existencia de una Ley específica que establezca la cesión» (STC 16/2003, de 30 de enero, FJ 11).

De otra parte, ha precisado el alcance de ese concepto: «**la cesión del tributo** no implica, en modo alguno, ni la transmisión de la titularidad sobre el mismo o sobre el ejercicio de las competencias que le son inherentes, ni tampoco —como dijimos en la STC 192/2000, de 13 de julio, FJ 8— el carácter irrevocable de la cesión». En efecto, como hemos declarado en la STC 192/2000, de 13 de julio (FJ 6), «el art. 157.3 remite a una Ley Orgánica la regulación de las competencias financieras enumeradas en el precedente ap. 1. Este último precepto debe ponerse en relación con el art. 133.1 del propio texto constitucional, según el cual la potestad originaria para establecer tributos corresponde exclusivamente al Estado», así como con el art. 149.1.14.^a, que reserva al Estado en exclusiva la competencia sobre Hacienda General. En principio, por tanto, debe afirmarse que aquella potestad originaria del Estado no puede quedar enervada por disposición alguna de inferior rango, referida a la materia tributaria, y, en coherencia con ello, la regulación esencial de la cesión de tributos a las Comunidades Autónomas corresponde también al Estado mediante ley orgánica. En definitiva, la indudable conexión existente entre los arts. 133.1, 149.1.14.^a y 157.3, todos ellos de la Constitución, determina que el Estado sea competente para regular no solo sus propios tributos, sino también el marco general de todo el sistema tributario y la delimitación de las competencias financieras de las Comunidades Autónomas respecto de las del propio Estado (STC 16/2003, de 30 de enero, FJ 11).

Pese a los esfuerzos doctrinales y del Tribunal Constitucional, es lo cierto que, como ha señalado RUIZ ALMENDRAL, «la atribución de potestades normativas a las Comunidades Autónomas conforma **un marco normativo sumamente amplio e impreciso**, que permite tanto la alteración de la estructura y na-

turalidad de los impuestos cedidos, como la práctica anulación del impuesto. Esta posibilidad existe, con diferentes intensidades, en todos los impuestos cedidos sobre los que se han atribuido potestades normativas. La situación descrita contrasta abiertamente con los límites establecidos a la creación de recargos por las Comunidades Autónomas. Se da así la paradoja de que un mecanismo que pretendía asegurar una mayor coordinación en el ejercicio del poder tributario autonómico que la que se puede producir a través del empleo de los recargos, termina por comportar mayores posibilidades de descoordinación con respecto a la normativa estatal» (*Impuestos cedidos y corresponsabilidad fiscal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 519-520).

Hay que referirse también a **las consecuencias de reformas estatales que tengan como resultado una minoración en los ingresos de las Comunidades Autónomas cesionarias** de los impuestos sobre los que se ha proyectado la reforma estatal.

El art. 6.2 de la LOFCA dispone que «cuando el Estado, en el ejercicio de su potestad tributaria originaria, establezca tributos sobre hechos imposables gravados por las Comunidades Autónomas, que supongan a estas una disminución de ingresos, instrumentará las medidas de compensación o coordinación adecuadas a favor de las mismas». La *ratio legis* que lo inspira es clara: el Estado debe compensar por la adopción de aquellas medidas que conlleven una minoración de los ingresos de las Comunidades Autónomas.

Es precisamente esa *ratio legis* la que ha llevado a incorporar a determinados Estatutos preceptos que salvaguarden, de una forma técnicamente más precisa, el nivel de ingresos de la Comunidad Autónoma.

Por último, hay que hacer referencia, en el terreno de los impuestos cedidos total o parcialmente por el Estado, a las consecuencias que se han producido como resultado del ejercicio de potestades normativas por parte

de las Comunidades Autónomas. El TJUE en sentencia de 3 de septiembre de 2014 declaró contrario al Derecho originario de la Unión Europea el régimen fiscal establecido en el Impuesto de Sucesiones y Donaciones español, por contravenir el principio de libre circulación de capitales, con infracción de los arts. 63 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y 40 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. La sentencia se dicta resolviendo un recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión Europea contra el Reino de España. Ello es resultado de la aplicación de la normativa de una determinada Comunidad Autónoma, aunque la infracción se imputa a España y en concreto a la Ley 22/2009, de Cesión de Tributos, que delimita los puntos de conexión para la aplicación del Impuesto. Por tanto, es la normativa estatal la que se declara contraria al Derecho originario de la UE, no al Derecho derivado, lo que conlleva una mayor gravedad achacable a la infracción. El fallo declara contrario al principio de libre circulación de capitales «las diferencias en el trato fiscal de las donaciones y las sucesiones entre los causahabientes y los donatarios residentes y no residentes en España, entre los causantes residentes y no residentes en España y entre las donaciones y disposiciones similares de bienes inmuebles situados en territorio español y fuera de este».

Como consecuencia de ello, el Tribunal Supremo —STS de 19 de febrero de 2018 (Sala 3.ª, Sección 5.ª, rec. 62/2017. Ponente: Octavio J. Herrero)— ha declarado la procedencia de demandar al Estado, en concepto de responsabilidad patrimonial del Legislador, por vulneración del Derecho comunitario, al entender que «La circunstancia de que las Comunidades Autónomas al amparo del art. 48 de la citada Ley 22/2009 (antes art. 40 de la Ley 21/2001), hayan asumido competencias normativas sobre reducciones de la base imponible, tarifa del impuesto, cuantías y coeficientes del patrimonio preexistente y deducciones y bonificaciones de la cuota, no permite considerar que la diferencia de trato

que contempla la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea tenga origen en la normativa autonómica y, en consecuencia, imputable a la Administración de cada Comunidad. La diferencia de trato que observa la sentencia deriva de la regulación que la Ley estatal 22/1999 ofrece de los puntos de conexión en el art. 32, sin que por ello apreciase responsabilidad alguna por las Comunidades Autónomas» (FD 4).

En clara sintonía con la jurisprudencia comunitaria, nuestro Tribunal Supremo concluye que «... las sucesiones constituyen movimientos de capitales en el sentido del art. 73. B) del Tratado (véase también, en este sentido, la sentencia de 11 de diciembre de 2003, *Barbier*, C-364/01, Rec. P. I-15013, ap. 58), salvo en los casos en que todos los bienes a que se refieran se encuentren situados en el interior de un solo estado miembro... pronunciándose en igual sentido las sentencias de 17 de enero de 2001, en el asunto C-256/2008 (*Theodor Jäger*), cuyo objeto es también una cuestión prejudicial, relativa al impuesto de sucesiones (véanse al respecto sus FF. JJ. 23, 24 y 25), de 11 de septiembre de 2008, dictada en el asunto C-43/2008 (*D. M. M. A. Arens-Sikken*) en cuestión prejudicial relativa al impuesto de sucesiones (véase al respecto sus FF. JJ. 29 y 30), y la sentencia de igual fecha que la anteriormente citada, dictada en el asunto C-11/2007 (*Hof van Beroep te Gent*), en cuestión prejudicial relativa a impuestos de sucesiones (véanse los FF. JJ. 43 y 44), mal puede sostenerse que la ausencia de una definición unívoca y completa de movimiento de capital en los artículos que la sentencia de 3 de septiembre de 2014 considera infringidos (argumento primero de la resolución recurrida) habilite para negar que la norma vulnerada está suficientemente caracterizada.

Lo expresado en las sentencias citadas, todas ellas muy anteriores al devengo del impuesto de litis, seguida además de otras muchas posteriores al devengo pero anteriores a la de 3 de septiembre de 2014 (entre otras, sentencias de 17 de octubre de 2013, asunto

C-181/2012, y 15 de septiembre de 2011, asunto C-132/2010), constituye una doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que la Administración debía conocer y que impedía mantener una normativa estatal contraria a la europea».

En coherencia con ello, concluye el Tribunal que «Ejercida en el plazo la acción de responsabilidad patrimonial y acreditada... la concurrencia de los requisitos exigidos por la Jurisprudencia para apreciar la responsabilidad patrimonial por violación del derecho comunitario por un Estado miembro, procede la estimación del recurso contencioso-administrativo...».

Como puede apreciarse, la aprobación de un nuevo sistema de financiación de las CC. AA. deberá tener muy presente el hecho de que el ejercicio por las CC. AA. de potestades normativas contrarias al ordenamiento comunitario conlleva la condena a España a hacer efectivas las cantidades procedentes en concepto de responsabilidad patrimonial del Estado por vulneración del Derecho comunitario.

III. RECARGOS SOBRE IMPUESTOS ESTATALES

De acuerdo con los arts. 157.1.a) CE y 12 LOFCA, se trata de uno de los recursos financieros de las Comunidades Autónomas que han encontrado **un menor desarrollo**, pese a que los límites impuestos sobre los tributos propios —fundamentalmente los previstos en el art. 9 de la LOFCA— no resultan aplicables a los recargos, como expresamente señaló la STC 159/1990, de 4 de octubre.

El art. 7 de la Ley de la Asamblea de la Comunidad Autónoma de Madrid 15/1984, de 19 de diciembre, por la que se creó el denominado Fondo de Solidaridad Municipal, estableció un recargo del 3 por 100 sobre la cuota líquida del IRPF sobre los sujetos pasivos que tuvieran su domicilio fiscal en cualquiera de los Municipios que integran dicha Comunidad. La

Ley fue impugnada ante el Tribunal Constitucional por 54 Diputados del Grupo Popular y por el Defensor del Pueblo y declarada en suspenso por el art. 1 de la Ley 4/1985, de 18 de abril, hasta tanto se resolvieran los referidos recursos. Pese a que el Tribunal Constitucional declaró su constitucionalidad, la ley fue definitivamente derogada por la Ley 10/1990, de 28 de diciembre, por entender que, pese a su constitucionalidad, «se aprecia cómo en el tiempo transcurrido desde su aprobación han surgido nuevos mecanismos de financiación y redistribución que hacen innecesarias las medidas presupuestarias y fiscales previstas en la misma y aconsejable su derogación».

Al resolver el recurso, señaló el Pleno del Tribunal Constitucional, en la STC 150/1990, de 4 de octubre, que: «El art. 157.2 de la Constitución prohíbe a las Comunidades Autónomas adoptar medidas tributarias sobre bienes situados fuera de su territorio, pero no sobre la renta de las personas con domicilio fiscal en su territorio, aunque esta renta no provenga, en parte, de bienes localizados fuera de la Comunidad Autónoma. Es cierto que, en el caso que ahora enjuiciamos, **los efectos del recargo en el Impuesto sobre la Renta pueden alcanzar indirectamente a los bienes situados fuera del territorio de la Comunidad** de Madrid, en cuanto a las rentas producidas o imputadas a los mismos; pero de ello no cabe derivar, como pretenden los recurrentes, una vulneración del art. 157.2 de la Constitución. En primer lugar, porque lo que dicho precepto prohíbe a las Comunidades Autónomas es «adoptar medidas tributarias sobre bienes situados fuera de su territorio»; a la evidencia de que la renta personal gravada por el recargo autonómico no es un bien situado en territorio alguno, hay que añadir la de que las rentas no son bienes, sino que son los bienes los que producen la renta. Debe considerarse, en segundo lugar, que una cosa es adoptar medidas tributarias sobre bienes y otra distinta establecer un recargo tributario cuyos efectos pueden alcanzar mediata o indirectamente, en el «plano de lo fáctico», a los bienes como fuente de la riqueza o renta

que constituye el hecho imponible (STC 37/1987, FJ 14). Este último supuesto no es contrario al art. 157.2 de la Constitución, pues el límite territorial de las normas y actos de las Comunidades Autónomas no puede significar, en modo alguno, que les esté vedado a sus órganos, en el ejercicio de sus propias competencias, adoptar decisiones que puedan producir consecuencias de hecho en otros lugares del territorio nacional (STC 37/1981, FJ 1). Adviértase, por último, que la interpretación que propugnan los Diputados recurrentes del art. 157.2 de la Constitución supondría extender a los recargos autonómicos sobre impuestos estatales el conjunto de principios que el legislador estatal ha previsto en el art. 9 de la LOFCA únicamente en relación a los impuestos propios de las Comunidades Autónomas, extensión esta que, más allá, incluso de su compleja instrumentación técnica, conduciría a vaciar de contenido el art. 12 de la LOFCA y a hacer, en parte, impracticable el mandato del propio art. 157.1.a) de la Constitución» (FJ 5).

IV. OTRAS PARTICIPACIONES EN LOS INGRESOS DEL ESTADO

En lo que respecta a las participaciones en ingresos del Estado, el texto constitucional se refiere a ellos tanto en el art. 157.1.a) CE y 13 LOFCA —«Otras participaciones en ingresos del Estado»— como en el ap. c) del propio art. 157.1 y en el art. 158 CE y arts. 15 y 16 LOFCA —«Transferencias de un Fondo de Compensación Interterritorial y otras asignaciones con cargo a los Presupuestos Generales del Estado»—.

Sin adentrarnos en el contenido de estos mecanismos de financiación —*vid.* comentario al art. 158 CE—, sí debemos hacernos eco de los problemas que su fijación entraña, atendidas las exigencias del principio de solidaridad recogido en el art. 156.1 CE.

Tres son, pues, las fuentes que tienen este origen.

1. Otras participaciones en los ingresos del Estado

La primera —otras participaciones en ingresos del Estado— está regulada en el vigente sistema de financiación en el art. 13 de la LOFCA. Vigente desde el 1 de enero de 2002, recoge una propuesta elevada al Gobierno por el Consejo de Política Fiscal y Financiera, desarrollando el acuerdo de 27 de julio de 2001, por el que se daba nueva forma al modelo de financiación de las Comunidades Autónomas, modelo aprobado definitivamente por la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, y concretado en la reforma de la LOFCA llevada a cabo por la LO 7/2001, de 27 de diciembre. **La participación se canaliza a través del denominado Fondo de Suficiencia**, que cubrirá la diferencia entre las necesidades de gasto de cada Comunidad Autónoma y Ciudad con Estatuto de Autonomía propio y su capacidad fiscal. El valor inicial del Fondo se fijará en Comisión Mixta de Transferencias y en años sucesivos se determinará atendiendo a su valor inicial y a la evolución de la recaudación estatal o tasa de variación de los ingresos tributarios (ITE), excluida la susceptible de cesión, por aquellos impuestos que se determinen por ley. Valor inicial del Fondo que solo podrá ser objeto de revisión en dos casos: a) cuando se produzca el traspaso de nuevos servicios o se amplíen o revisen valoraciones de anteriores traspasos, y b) cuando sobre efectividad la cesión de nuevos tributos.

Se trata, en definitiva, de **una subvención incondicionada** que, en sustitución de la PIE (participación en ingresos del Estado), está concebida como una especie de cláusula de cierre del sistema que debe cubrir las diferencias entre las necesidades de gasto de cada Comunidad Autónoma y su capacidad fiscal (tributos más los ingresos procedentes del Fondo de Ahorro en Incapacidad Temporal).

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse en reiteradas ocasiones sobre este tipo de recursos: SSTC 13/2007, de 18 de enero, en relación con la participación en

ingresos del Estado y asignaciones de nivelación en los PGE para 1998; 58/2007, de 14 de marzo; 237/2007, de 8 de noviembre; 238/2007, de 21 de noviembre (sentencia que —al igual que la 237/2007, de 8 de noviembre— ha venido a añadir un nuevo límite a los ya existentes en relación con el contenido de la Ley de Presupuestos Generales del Estado: dicha ley puede modificar una ley ordinaria anterior, pero no puede, sin modificarla previamente, desconocerla y establecer un mandato que vaya contra lo establecido en dicha ley anterior), y 248/2007, de 13 de diciembre. En la primera de ellas —STC 13/2007, de 18 de enero, FJ 4— establece las bases que luego han servido de criterio dirimente en otros pronunciamientos sobre el mismo problema. En la misma, reiterando pronunciamientos anteriores, y ante la invocada vulneración, entre otros, del principio de solidaridad, concluye claramente el TC que «no existe un derecho de las Comunidades Autónomas constitucionalmente consagrado a recibir una determinada financiación, sino un derecho global a que la suma global de los recursos existentes, de conformidad con el sistema aplicable en cada momento, se reparta entre ellas respetando los principios de solidaridad y coordinación», razón por la cual «no puede pretender cada Comunidad Autónoma para la determinación del porcentaje de participación que sobre aquellos ingresos le pueda corresponder la aplicación de aquel criterio o variable que sea más favorable en cada momento a sus intereses, reclamando de nosotros una respuesta que sustituya la falta de acuerdo entre las instancias políticas» (SSTC 13/2007, de 18 de enero, FJ 5, y 58//2007, de 14 de marzo, FJ 3).

2. Asignaciones para garantizar un nivel mínimo en la prestación de los servicios públicos fundamentales en todo el territorio español

La segunda vía para la participación de las Comunidades Autónomas en los ingresos del Estado es la prevista en los arts. 157.1.c), 158.1 CE

y 15 LOFCA. De acuerdo con ellos, en los Presupuestos Generales del Estado podrá establecerse una asignación a las Comunidades Autónomas en función del volumen de los servicios y actividades estatales y de la garantía de un nivel mínimo en la prestación de los servicios públicos fundamentales en todo el territorio español.

El Estado, en definitiva, se compromete a garantizar en todo el territorio nacional un nivel mínimo en la prestación de los servicios públicos fundamentales de su competencia, considerando como tales la educación, la sanidad y los servicios sociales esenciales. Su régimen jurídico se analiza en el comentario al art. 158 CE.

En relación con las asignaciones de nivelación de los servicios públicos esenciales, el TC ha reiterado que se trata de «un instrumento de financiación de las Comunidades Autónomas de carácter extraordinario, que únicamente procede en aquellos supuestos en los que los restantes recursos o instrumentos dirigidos a la financiación de las Comunidades Autónomas (en particular, los tributos cedidos y la participación en los tributos del Estado) resulten insuficientes para garantizar la consecución de un nivel mínimo en la prestación de aquellos servicios públicos que tengan la consideración de fundamentales [...]. Deben consignarse en los Presupuestos Generales del Estado «con especificación de su destino y como fuentes excepcionales de financiación» [...] no puede aceptarse que las asignaciones a las que se refiere el Estatuto de Andalucía sean un recurso que el Estado deba consignar obligatoriamente en los presupuestos generales de cada ejercicio económico. Esta interpretación no se compadece ni con el carácter excepcional o extraordinario de este mecanismo de financiación, ni con el hecho de que, tal y como sucedía en relación con la participación en los ingresos del Estado, es a este último a quien corresponde en exclusiva, atendiendo a la totalidad de los instrumentos para la financiación de las Comunidades Autónomas, a las necesidades de cada

una de estas y a las posibilidades reales del sistema financiero del Estado, decidir si procede dotar, en su caso, y en qué cuantía aquellas asignaciones en virtud de la competencia exclusiva que sobre la materia le atribuye el art. 149.1.14.^a CE (Hacienda general)» (STC 13/2007, de 18 de enero, FJ 11).

Se trataba de un recurso en el que se cuestionaba la aplicación de la disposición adicional segunda del Estatuto de Autonomía de Andalucía, que dispone que: «dadas las circunstancias socioeconómicas de Andalucía, que impiden la prestación de un nivel mínimo en alguno o algunos de los servicios efectivamente transferidos, los presupuestos generales del Estado consignarán, con especificación de su destino y como fuentes excepcionales de financiación, unas asignaciones complementarias para garantizar la consecución de dicho nivel mínimo», asignaciones excepcionales cuyos «criterios, alcance y cuantía», de conformidad con el ap. 2 de esa disposición, serán fijados en la Comisión Mixta a que se refiere la disposición transitoria sexta del propio Estatuto. Se trata de una norma singular que solo se reitera en el Estatuto de Autonomía de Extremadura, aunque en este Estatuto se establece que «los criterios, alcance y cuantía de dichas asignaciones excepcionales se fijarán con arreglo a lo establecido en el art. 15 de la LOFCA».

3. Participación en el Fondo de Compensación

La tercera vía está representada por la participación en el Fondo de Compensación Interterritorial —arts. 157.1.c) y 158.2 CE y 16 LOFCA— destinado a gastos de inversión y cuyos recursos serán distribuidos por las Cortes Generales entre las Comunidades Autónomas y Provincias, en su caso. Se trata de un recurso tendente a corregir desequilibrios territoriales y hacer efectivo el principio de solidaridad.

En este punto, con carácter general, parte el Tribunal de un principio claro: **la competen-**

cia exclusiva que al Estado le corresponde en virtud del art. 149.1.14.^a del texto constitucional: «Es preciso comenzar subrayando que es al Estado a quien corresponde, en el momento de establecer la participación de las Comunidades Autónomas en los ingresos transferibles, ponderar los intereses en juego, tanto los del conjunto de las Comunidades Autónomas como de los suyos propios, en virtud de la competencia exclusiva que sobre la materia le atribuye el art. 149.1.14 CE. En efecto, aun cuando el Abogado del Estado esgrime como títulos competenciales, al amparo de los cuales se han dictado las disposiciones impugnadas y, por ende, se ha fijado la participación en los ingresos del Estado, los de fijación de las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13 CE) y de Hacienda general (art. 149.1.14 CE), la facultad ejercida por el Estado debe encajarse fundamentalmente en esta última materia o título competencial [...] es la competencia contemplada en el art. 149.1.14 CE la que, en esencia, ampara la actuación del Estado a los específicos efectos que para la resolución del presente recurso ahora interesan (se trataba de un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Andalucía contra las asignaciones hechas por la Ley de Presupuestos Generales del Estado a las distintas Comunidades Autónomas). Y es que, como hemos señalado en relación con la participación de las entidades locales en los tributos (doctrina esta de total aplicación a las Comunidades Autónomas), sea cual fuere el contenido que al concepto de «Hacienda general» se atribuya, no parece discutible que haya de incluirse dentro del mismo una medida que, como la participación en los ingresos del Estado, tiene por objeto directo la relación entre la Hacienda estatal y las Haciendas de las Comunidades Autónomas y como finalidad asegurar la suficiencia y, en última instancia, la autonomía financiera de estas, constitucionalmente garantizada en el art. 156.1 CE. A la misma conclusión hemos llegado en relación con los impuestos cedidos total o parcialmente por el Estado a las Comunidades Autónomas, que

constituye otro de los recursos de estas últimas, conforme al art. 157.1 CE, y que también hemos enmarcado en la competencia exclusiva atribuida al Estado por el art. 149.1.14 CE» (STC 181/1988, de 13 de octubre, FJ 3).

Siendo ello así, no cabe la menor duda de **que la determinación de los criterios de distribución de la participación de las Comunidades Autónomas en los ingresos del Estado** corresponde exclusivamente a este último, mediante la Ley a la que precisamente hacen referencia los arts. 13.4 LOFCA y 58 EA Andalucía. Y es que, debe recordarse, «cuando la Constitución atribuye al Estado una competencia exclusiva lo hace porque bajo la misma subyace —o, al menos, así lo entiende el constituyente— un interés general, interés que debe prevalecer sobre los intereses que puedan tener otras entidades territoriales afectadas (STC 40/1998, de 19 de febrero, FJ 30, y, en el mismo sentido, STC 202/2004, FJ 7). Así es, en cuanto se trata de fondos que garantizan el funcionamiento de las Haciendas de las Comunidades Autónomas dentro del conjunto de la Hacienda general [...] es al legislador general a quien, de conformidad a lo estatuido por los arts. 138.1 y 156.1 CE, incumbe dar efectividad a los principios de suficiencia de las Comunidades Autónomas y de solidaridad y equilibrio económico adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español [...]. En suma, es de competencia exclusiva del Estado, en ejercicio de la que le atribuye al efecto el art. 149.1.14 CE, no solo el señalamiento de los criterios para el reparto de la participación que se les conceda a las Comunidades Autónomas en los ingresos estatales, sino también la concreción por Ley de esa participación» (STC 13/2007, de 18 de enero, FJ 6).

V. TRIBUTOS PROPIOS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

El art. 157.1.b) CE reconoce el poder de las Comunidades Autónomas para establecer tributos propios, precepto que ha sido desarro-

llado en diversos preceptos de la LOFCA: arts. 6 y 9 en relación con los impuestos; 7, aplicable a las tasas, y 8, referido a las contribuciones especiales.

La ordenación de los tributos autonómicos deberá efectuarse de conformidad con lo dispuesto en la Constitución, en la LOFCA y teniendo en cuenta lo que al respecto se disponga, en su caso, en su propio Estatuto de Autonomía.

La mayoría de los tributos autonómicos se mueven en el ámbito de la tributación medioambiental, estando al servicio más de finalidades extrafiscales que de las recaudatorias tradicionalmente asignadas al tributo.

El poder para establecer tributos propios ha sido objeto de pronunciamientos por el Tribunal Constitucional, que ha recordado en su STC 168/2004, de 9 de noviembre, que «según indicamos en la STC 49/1995, de 16 de febrero, la potestad tributaria de las Comunidades Autónomas no se configura constitucionalmente con carácter absoluto, sino que aparece **sometida a límites intrínsecos y extrínsecos** que no son incompatibles con la realidad constitucional de las haciendas autonómicas» (SSTC 14/1986, FJ 3; 63/1986, FJ 11, y 179/1987, FJ 2), entre cuyos límites, algunos son consecuencia del ámbito competencial —material y financiero— correspondiente al Estado y a las Comunidades Autónomas (SSTC 13/1992, FJ 2.6, y 7 y 135/1992, FJ 8). Así, la subordinación a los principios proclamados por el art. 156.1 CE («Coordinación con la Hacienda estatal y solidaridad con todos los españoles») a los que hay que añadir los que resultan respecto de los impuestos propios de las Comunidades Autónomas de los arts. 157.2 CE y 6 y 9 LOFCA.

Desde el texto constitucional, los requerimientos dirigidos al legislador autonómico cuando establece tributos propios son los mismos que los que dirige al legislador estatal: debe gravar una manifestación de capaci-

dad económica y respetar el principio de igualdad.

En relación con el **principio de capacidad económica** el TC ha tenido ocasión de pronunciarse repetidas veces. En la STC 37/1987, de 16 de marzo, señaló —con referencia al Impuesto andaluz sobre Tierras Infrautilizadas— que «no lesiona el principio de capacidad económica solo porque recaiga sobre la utilización insuficiente o la obtención de rendimientos inferiores al óptimo legalmente señalado para fincas rústicas, pues este hecho de significado social y económicamente negativo [...] es por sí mismo revelador de la titularidad de una riqueza real o potencial o, como señala el Letrado del Estado, de una renta virtual cuya dimensión mayor o menor determina la mayor o menor cuantía del impuesto». En la misma línea, en STC 186/1993, de 7 de junio, y en relación al Impuesto de dehesas calificadas de deficiente aprovechamiento —establecido en Extremadura—, se indica que «basta que la capacidad económica exista, como riqueza real o potencial en la generalidad de los supuestos contemplados por el legislador al crear el impuesto, para que el principio constitucional de capacidad económica quede a salvo». Este posicionamiento del Tribunal Constitucional he permitido la vigencia de impuestos autonómicos que gravan rendimientos virtuales o potenciales, como ocurre también con el Impuesto asturiano sobre fincas o explotaciones agrarias infrautilizadas, establecido por Ley 4/1989, de 21 de julio.

En STC 27/2017, de 16 de febrero, el Tribunal Constitucional, salvaguardando la posibilidad de que se establezcan tributos propios por las Comunidades Autónomas, ha llegado incluso a admitir la posibilidad de que por parte de estas se configure un concepto propio de capacidad económica. Se trataba de resolver la constitucionalidad de determinadas tasas autonómicas por prestación de servicios de atención asistencial incluidos en el catálogo de servicios del sistema para la autonomía y atención a la dependencia, en las que se ins-

trumentaliza el «copago» de tales servicios. El Tribunal reconoce de acuerdo con su doctrina sobre el art. 149.1.1.^a CE, la competencia del legislador estatal para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad tanto en la protección de la situación de dependencia ligada a los arts. 49 y 50 CE (SSTC 18/2016, de 4 de febrero, FJ 6, y 99/2016, de 25 de mayo, FJ 6) como en el cumplimiento del deber de contribuir con tributos al sostenimiento de los gastos públicos derivado del art. 31.1 CE.

Ahora bien, se trata de una competencia normativa restringida, limitada a «las condiciones básicas», expresión que hace referencia «al contenido primario... del derecho, a las posiciones jurídicas fundamentales (facultades elementales, límites esenciales, deberes fundamentales, prestaciones básicas, ciertas premisas o presupuestos previos...)». En definitiva, las condiciones básicas han de ser las imprescindibles o necesarias para garantizar la igualdad, habiendo considerado que dentro de ellas se incluyen «aquellos criterios que guardan una relación necesaria e inmediata con aquellas, tales como el objeto o ámbito material sobre el que recaen las facultades que integran el derecho... los deberes, requisitos mínimos o condiciones básicas en que ha de ejercerse un derecho... los requisitos indispensables o el marco organizativo que posibilitan el ejercicio mismo del derecho...; etc.». Señala el Tribunal que una interpretación amplia que llevara a que por «condiciones básicas» hubiera de entenderse cualquier condición «material» conduciría «a un solapamiento con otras competencias estatales explicitadas en el art. 149.1 CE o, lo que es peor, a una invasión de las competencias autonómicas» (SSTC 61/1997, de 20 de marzo, FJ 8; reproducido en SSTC 173/1998, de 23 de julio, FJ 9; 188/2001, de 20 de septiembre, FJ 12; 212/2005, de 21 de julio, FJ 5; 1/2011, de 14 de febrero, FJ 9; 111/2012, de 24 de mayo, FJ 6; 184/2012, de 17 de octubre, FJ 4; 207/2013, de 5 de diciembre, FJ 5; 141/2014, de 11 de septiembre, FJ 5; 151/2014, de 25 de septiembre, FJ 4, y 95/2016, de 12 de mayo, FJ 5).

Como quiera que el establecimiento de tasas por las Comunidades Autónomas está estrechamente ligado a sus competencias materiales; puesto que el principio de instrumentalidad de la hacienda autonómica se impone como límite a su autonomía financiera en el art. 156.1 CE y dado que la LOFCA prescribe que las Comunidades Autónomas podrán crear tasas por la prestación de servicios públicos «de su competencia» (art. 7.1), en coherencia con el carácter sinalagmático de esta categoría tributaria (FJ 3), cabe concluir que «Ante la inexistencia de regulación estatal adicional, en cuanto a la capacidad económica del usuario dependiente se refiere, debe convenirse que «en tanto que esa legislación estatal no se haya dictado, resultará sumamente difícil atribuir a la legislación autonómica una invasión competencial, ya que el art. 149.1.1 CE, más que delimitar un ámbito material excluyente de toda intervención de las Comunidades Autónomas, lo que contiene es una habilitación para que el Estado condicione —mediante, precisamente, el establecimiento de unas ‘condiciones básicas’ uniformes— el ejercicio de esas competencias autonómicas con el objeto de garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes constitucionales» (SSTC 173/1998, de 23 de julio, FJ 9; 52/2002, de 27 de febrero, FJ 3; 178/2004, de 21 de octubre, FJ 7, y 151/2014, de 25 de septiembre, FJ 4). Por ello, y dado que el art. 149.1.1 CE no debe interpretarse como un ámbito de exclusión de la legislación autonómica, ni correlativamente como un sector competencial reservado al legislador estatal... mientras el Estado no fije condiciones básicas de carácter sustantivo adicionales a las ya establecidas en el art. 14.7 de la Ley 39/2006, nada obsta a la Comunidad Autónoma a ejercer su competencia financiera **estableciendo su propio concepto de capacidad económica**, como elemento de cuantificación de las tasas por prestación de los servicios de atención social en el ámbito del sistema para la autonomía y atención a la dependencia, siempre que respete las condi-

ciones básicas impuestas por el art. 14.7 de la Ley 39/2006...» (FJ 5).

En relación con el **principio de igualdad**, y teniendo en cuenta el contenido del art. 139 CE —«Todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado»—, cabría pensar que no se ajusta a la Constitución el que en determinados territorios se graven actividades que no están gravadas en otros o se concedan bonificaciones inexistentes en otras partes del territorio nacional, pero, de conformidad con una ya consolidada doctrina del Tribunal Constitucional, la diversidad encuentra encaje en el marco constitucional, consecuencia de la propia estructura del Estado de las Autonomías. Como ha señalado el TC, «La autonomía significa precisamente la capacidad de cada nacionalidad o región para decidir cuándo y cómo ejercer sus propias competencias en el marco de la Constitución y del Estatuto. Y si, como es lógico, de dicho ejercicio derivan desigualdades en la posición jurídica de los ciudadanos residentes en cada una de las Comunidades, no por ello resultan necesariamente infringidos los arts. 1, 9.2, 14, 139.1 y 149.1.1.^a de la Constitución, ya que estos preceptos no exigen un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todo tipo de materias y en todo el territorio del Estado, lo que sería frontalmente incompatible con la autonomía, sino, a lo sumo, y por lo que al ejercicio de los derechos y al cumplimiento de los deberes constitucionales se refiere, una igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales».

1. Límites establecidos por la LOFCA

Como es lógico, es la LOFCA la que regula con mayor detenimiento el establecimiento de los tributos propios. Lo hace en los arts. 6 y 9, que, específicamente referidos al impuesto, constituyen el punto de referencia obligado atendida la escasa importancia de las tasas y contribuciones especiales autonómicas.

De conformidad con el art. 6, el establecimiento de tributos propios deberá atenerse al respeto de los siguientes límites:

a) los tributos que establezcan las Comunidades Autónomas no podrán recaer sobre hechos impositivos gravados por el Estado (art. 6.2).

El art. 6 LOFCA establece la **prohibición de doble imposición**.

En palabras del TC «esta Ley Orgánica [...] somete la creación por aquellas (las CC. AA.) de tributos propios a dos límites infranqueables: de un lado, dichos tributos no podrán recaer sobre «hechos impositivos gravados por el Estado» (art. 6.2 LOFCA); de otro, impide el establecimiento y gestión de tributos autonómicos «sobre hechos impositivos gravados por los tributos locales», si bien el propio precepto —art. 6.3 LOFCA— prevé que «las Comunidades Autónomas podrán establecer y gestionar tributos sobre las materias que la legislación de Régimen Local reserve a las Corporaciones locales. En todo caso, deberán establecerse las medidas de compensación o coordinación adecuadas a favor de aquellas Corporaciones, de modo que los ingresos de tales Corporaciones Locales no se vean mermados ni reducidos tampoco en sus posibilidades de crecimiento futuro» (vid. STC 168/2004, de 6 de octubre, FJ 5).

El propio Tribunal Constitucional ha precisado que «parece incuestionable según resulta de los propios términos literales del precepto, que el art. 6.2 de la LOFCA no tiene por objeto impedir a las Comunidades Autónomas que establezcan tributos propios sobre objetos materiales o fuentes impositivas ya gravadas por el Estado, porque, habida cuenta de que la realidad económica en sus diferentes manifestaciones está toda ella virtualmente cubierta por tributos estatales, ello conduciría [...] a negar en la práctica la posibilidad de que se creen, al menos por el momento, nuevos impuestos autonómicos. Lo que el art. 6.2 prohíbe, en sus propios términos, es la duplicidad de hechos impositivos, estrictamente»

(STC 186/1993, de 7 de junio). Criterio que se reitera continuamente.

En STC 289/2000, de 30 de noviembre, se reitera: «la prohibición de doble imposición en él contenida atiende al presupuesto adoptado como hecho imponible y no a la realidad o materia imponible que le sirve de base».

En conclusión, «por materia imponible u objeto del tributo debe entenderse toda fuente de riqueza, renta o cualquier otro elemento de la actividad económica que el legislador decida someter a imposición, realidad que pertenece al plano de lo fáctico. Por el contrario, el hecho imponible es un concepto estrictamente jurídico que, en atención a determinadas circunstancias, la ley fija en cada caso «para configurar cada tributo y cuya realización origina el nacimiento de la obligación tributaria», según reza el art. 28 de la vigente Ley General Tributaria. De ahí que, en relación con una misma materia impositiva, el legislador pueda seleccionar distintas circunstancias que den lugar a otros tantos hechos imposables, determinantes a su vez de figuras tributarias diferentes» (STC 186/1993, de 7 de junio).

Esta doctrina ha permitido al Tribunal Constitucional mantener la constitucionalidad del Impuesto andaluz sobre tierras infrutilizadas (STC 37/1987, de 26 de marzo), así como de los Impuestos extremeños sobre dehesas en deficiente aprovechamiento (STC 186/1993, de 7 de junio) y sobre aprovechamientos cinegéticos (STC 14/1998, de 22 de enero). Como cláusula de cierre del sistema, el Tribunal, con carácter genérico y con no excesiva finura —denotando un cierto hastío por la reiteración con la que debe pronunciarse sobre este extremo—, ha señalado que «la única prohibición de doble imposición en materia tributaria que se encuentra expresamente recogida en el bloque de la constitucionalidad viene establecida en el art. 6 de la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas y «garantiza que sobre los ciudadanos no pueda recaer la obligación

material de pagar doblemente —al Estado y a las Comunidades Autónomas o a las Entidades Locales y a las Comunidades Autónomas— por un mismo hecho imponible» [SSTC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 14; 149/1991, de 4 de julio, FJ 5; 186/1993, de 7 de junio, FJ 4.c); 14/1998, FJ 11.c), y 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 23]. Fuera de este supuesto, la existencia de un doble gravamen por una misma manifestación de riqueza solo debería analizarse desde el punto de vista del principio de capacidad económica y de la prohibición de no confiscatoriedad a que hace referencia el art. 31.1 CE» (STC 242/2004, de 16 de diciembre, FJ 6).

Por el contrario, el TC —STC 94/2017, de 6 de julio— ha declarado que «el impuesto catalán sobre la provisión de contenidos por parte de los prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas, regulado en los arts. 1 a 13 de la Ley 15/2014, de 4 de diciembre, grava el mismo «hecho imponible», en el sentido que ha dado a esta expresión la jurisprudencia de este Tribunal, que el impuesto estatal sobre el valor añadido, y excede, por ello, del ámbito de la potestad tributaria de la Comunidad Autónoma de Cataluña reconocido en los arts. 157.3 CE y 6.2 LOFCA» (FJ 9). Sentencia a la que se han formulado 5 votos particulares.

Repárese que **la prohibición recae sobre hechos imposables «gravados por el Estado»**. Lo que, como muy atinadamente ha señalado CHECA, plantea el problema de determinar si cabe establecer tributos autonómicos sobre hechos imposables que, gravados por el Estado, gozan de exención, esto es, no han resultado efectivamente gravados, no han soportado carga fiscal. Concluye CHECA señalando que con la expresión gravados por el Estado el legislador «quiere aludir a realidades jurídicas o económicas que, integradas en la definición legal de un hecho imponible, se encuentran sujetas a impuesto, soportando además una determinada carga tributaria», de forma que, si gozan de exención, no opera la limitación, al no soportar carga tributaria por parte del Estado. El Tribunal Constitucional

tuvo ocasión de resolver el problema en la STC 49/1995, de 16 de febrero, al resolver el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Gobierno de la Nación contra la Ley del Parlamento de las Islas Baleares 12/1990, de 28 de noviembre, de Impuesto sobre las Lote-rías, pero al entender que la ley autonómica impugnada toma por objeto impositivo, que somete a gravamen, la misma actividad productora de ingresos para la Hacienda estatal, invade o menoscaba la competencia que al Estado le atribuye sobre el monopolio el art. 149.1.14.^a CE, no se pronunció sobre el alcance del término gravados por el Estado.

b) «Las Comunidades Autónomas podrán **establecer y gestionar tributos sobre las materias que la legislación de régimen local reserve a las Corporaciones Locales**, en los supuestos en que dicha legislación lo prevea y en los términos que la misma contemple. En todo caso, deberán establecerse las medidas de compensación y coordinación adecuadas a favor de aquellas Corporaciones, de modo que los ingresos de tales Corporaciones Locales no se vean mermados ni reducidos tampoco en sus posibilidades de crecimiento futuro» (art. 6.3 LOFCA).

La Ley de Haciendas Locales de 28 de diciembre de 1988 reserva a las Corporaciones locales una serie de tributos —Impuesto sobre Bienes Inmuebles, Impuesto sobre Actividades Económicas, Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica, Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras e Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana—, sobre unas materias impositivas que se erigen como límite al establecimiento de tributos propios por las Comunidades Autónomas.

Constituye este uno de los puntos en los que se han manifestado frecuentes discrepancias entre los Magistrados del Tribunal Constitucional a la hora de enjuiciar la constitucionalidad de los tributos autonómicos. La razón es clara: frente a quienes proponen una interpretación literal se manifiestan quienes entien-

den que tal interpretación conduce a la imposibilidad práctica de que las Comunidades Autónomas puedan establecer tributos.

Existía en este punto un acuerdo: mientras que las CC. AA. no podía establecer tributos sobre hechos impositivos gravados por el Estado, tratándose de tributos locales lo que no podían gravar las CC. AA. era materia imponible ya gravada por los tributos locales. Así, en la STC 289/2000, de 30 de noviembre, señala el Tribunal que, a diferencia de lo que ocurre con el establecimiento de tributos que ya están gravados por el Estado —en el que la prohibición «atiende al presupuesto adoptado como hecho imponible y no a la realidad o materia imponible que le sirve de base»—, el límite establecido por el art. 6.3 LOFCA «reconduce la prohibición de duplicidad impositiva a la materia imponible efectivamente gravada por el tributo en cuestión, con independencia del modo en que se articule por el legislador el hecho imponible [...] resulta vedado cualquier solapamiento, sin habilitación legal previa, entre la fuente de riqueza gravada por un tributo local y por un nuevo tributo autonómico [...] Por materia imponible u objeto del tributo debe entenderse toda fuente de riqueza, renta o cualquier otro elemento de la actividad económica que el legislador decida someter a imposición, realidad que pertenece al plano de lo fáctico. De ahí que en relación con una misma materia impositiva, el legislador pueda seleccionar diversas circunstancias que den lugar a otros tantos hechos impositivos, determinantes a su vez de figuras tributarias diferentes. En suma, al hecho imponible —creación normativa— le preexiste como realidad fáctica la materia imponible u objeto del tributo, que es la manifestación de riqueza efectivamente gravada, esto es, el elemento de la realidad que soportará la carga tributaria configurada a través del hecho imponible exponente de la verdadera riqueza sometida a tributación como expresión de la capacidad económica de un sujeto» (FJ 4, y en el mismo sentido, STC 168/2004, de 5 de octubre, FJ 6, y ATC 456/2007, de 12 de diciembre, FJ 6).

Sin embargo, la reforma introducida en la LOFCA por la LO 3/2009 equiparó el ámbito en que no podían establecerse tributos propios por las CC. AA., tanto se refiriera a hechos imponible ya gravados por el Estado como a hechos imponible gravados por los tributos locales.

Como resultado de todo ello, el ámbito más permeable al establecimiento de tributos propios es el de los tributos con fines extrafiscales, esto es, tributos cuya *intentio legis* no es crear una nueva fuente de ingresos públicos dirigidos al sostenimiento de los gastos públicos, sino el desarrollo de una determinada política pública sectorial —protección del medio ambiente, conservación de los recursos naturales, etc.—.

La STC 37/1987, de 26 de marzo, ya declaró que «las Comunidades Autónomas pueden establecer impuestos de carácter primordialmente extrafiscal [...] dentro del marco de competencias asumidas y respetando las exigencias y principios derivados directamente de la Constitución (art. 31), de la Ley Orgánica que regula el ejercicio de sus competencias financieras (art. 157.3 CE) y de los respectivos Estatutos de Autonomía» (FJ 13; también STC 164/1995, de 13 de noviembre, FJ 4).

Las discrepancias se manifiestan abiertamente en la STC 179/2006, de 13 de junio, que estimando la cuestión de inconstitucionalidad, declaró inconstitucional y nula la Ley de la Asamblea de Extremadura 7/1997, de 29 de mayo, que había aprobado el Impuesto sobre instalaciones que incidan en el medio ambiente, por entender que grava la misma materia imponible que la del Impuesto Municipal sobre Bienes Inmuebles, incurriendo por ello en la prohibición prevista en el art. 6.3 LOFCA.

Las discrepancias, reflejadas en los votos particulares, reiteran las mantenidas a propósito de la constitucionalidad o no del impuesto del mismo nombre aprobado por Ley

del Parlamento de las Islas Baleares 12/1991, de 20 de diciembre, cuestión resuelta por la STC 289/2000, de 30 de noviembre, declarando su inconstitucionalidad, con voto particular emitido por García Manzano, al que se adherieron Casas Baamonde y González Campos.

Frente al parecer mayoritario, los votos particulares se esfuerzan —especialmente el formulado por Sala Sánchez, al que se adhieren Pérez Vera y Pérez Tremps— en propiciar una interpretación que parta de la base de que «ninguno de los límites constitucionales que condicionan la potestad tributaria de las Comunidades Autónomas puede ser interpretado de tal modo que la haga inviable», tal como ya advirtió expresamente la STC 168/2004, de 6 de octubre, que declaró la constitucionalidad de una Ley del Parlamento de Cataluña por la que se estableció un gravamen sobre los elementos afectos a las actividades de las que pueda derivar la activación de planes de protección civil y situados en el territorio de Cataluña.

Es, precisamente, ese punto de partida el que condiciona la conclusión a que se llega: la constitucionalidad del impuesto. Tres son las razones en que se basa el razonado voto particular: a) se trata de un tributo extrafiscal, atendidos las medidas y programas de carácter medioambiental que se financiarían con los ingresos obtenidos —circunstancia que no concurría en el precepto balear del mismo nombre—; b) el hecho imponible de ambos tributos —el autonómico y el local— es distinto; c) la base imponible es también distinta.

La conclusión del referido voto es clara: «Si, pues, el gravamen extremeño no grava la titularidad de las instalaciones, sino su afectación a procesos productivos con incidencia en el medio ambiente de dicho territorio y presenta una naturaleza, estructura y finalidad diferentes al Impuesto sobre Bienes Inmuebles, la conclusión no puede ser otra que la constitucionalidad de aquel tributo».

Atendidos los razonamientos del voto particular referido, se propician dos reflexiones:

a) Lo que se está cuestionando en dicho voto es la estructura del hecho imponible, no la materia reservada y gravada por los tributos locales, que es precisamente el objeto de la cuestión de inconstitucionalidad promovida por el órgano judicial.

Dicho en otros términos: no estamos ante el límite del art. 6.2 LOFCA, sino ante el del 6.3.

b) La finalidad fiscal o extrafiscal del tributo es, en principio, cuestión ajena a la materia reservada, materia imponible u objeto del tributo, tal como dichos conceptos han sido conceptualizados dogmática y normativamente, y como el propio Tribunal Constitucional los ha desarrollado, con evidente acierto.

Lo que es lo mismo: la finalidad extrafiscal de un determinado tributo y la materia imponible u objeto de gravamen son realidades que se mueven en terrenos distintos y, en consecuencia, la finalidad extrafiscal no puede erigirse en instrumento que valide la transgresión del límite establecido por el art. 6.3 de la LOFCA.

Es una constante en la doctrina del Tribunal Constitucional esa mezcolanza en la que el carácter extrafiscal de un tributo autonómico parece conferir al mismo una especie de salvoconducto o patente de corso para adentrarse en terrenos que le están vedados por el bloque de la constitucionalidad y, de forma muy acusada, para salvar el escollo del art. 6.3 LOFCA. Técnicamente no veo la razón para que ello sea así. Los límites impuestos por el bloque de la constitucionalidad son los que son. Si son angostos, habrá que cambiarlos, pero partir de premisas que tratan de salvar a cualquier precio la constitucionalidad conduce a resultados que, amén de no ajustarse al bloque de la constitucionalidad, introducen una evidente dosis de inseguridad jurídica y acaban por cimbrear el edificio constitucional.

Repárese, por ejemplo, en el ATC 417/2005, de 22 de noviembre, que inadmite a trámite una cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación al Impuesto sobre suelo sin edificar y edificaciones ruinosas, creado por la Ley de la Asamblea de Extremadura 8/2002, de 14 de noviembre, por entender el órgano judicial proponente que se vulneraba el art. 6.3 LOFCA. El TC concluye que «aun cuando el Impuesto articule su gravamen sobre el valor catastral de los solares o edificaciones ruinosas, no por ello hace coincidir su verdadero objeto o materia imponible con el Impuesto sobre Bienes Inmuebles, dado que su única y exclusiva finalidad es la de conseguir determinadas conductas de los ciudadanos, estimulando la construcción en los solares o la rehabilitación de edificaciones declaradas en ruina. Se trata, a fin de cuentas, de un gravamen sobre la infrutilización de los solares urbanos o edificaciones ruinosas y no de su mera titularidad como fuente de riqueza susceptible de tributación, lo que permite apreciar ya en este momento su conformidad con el art. 6.3 LOFCA» (FJ 6) (se reitera en el ATC 434/2005, de 13 de diciembre).

Intentando conciliar la posibilidad de establecer tributos propios por parte de las Comunidades Autónomas con el límite establecido en el art. 6.3 de la LOFCA, Clemente CHECA ha propuesto que la remisión que efectúa la LOFCA a la legislación de régimen local no se entienda como una remisión en blanco, sin especificación ni concreción de índole alguna, puesto que en tal caso lo que se produciría es un vaciamiento del contenido de la propia ley orgánica en beneficio de lo que establezca una ley ordinaria, desoyendo las funciones que tanto la Constitución como la LOFCA imponen en relación con la salvaguarda del equilibrio económico en su propio territorio, criterio recogido también en los votos particulares a la STC 289/2000, de 30 de noviembre, de los Magistrados González Campos y Casas Baamonde.

Podría, en su caso, acogerse la técnica de deducir del impuesto autonómico lo satisfecho

por el impuesto local que grave la misma materia, lo que permitiría la coexistencia de ambos gravámenes, tal como en su día ocurrió con el Impuesto Municipal sobre Gastos Suntuarios, en su modalidad de aprovechamientos de cotos de caza y pesca, tributo cuya materia imponible ha sido gravada también por una Comunidad Autónoma —Impuesto extremeño sobre aprovechamientos cinegéticos—, coexistencia que fue respaldada por el Tribunal Constitucional en su STC 14/1998, de 22 de enero: «Resulta así que, pese a la yuxtaposición formal de los hechos imponibles de ambos gravámenes, no ha existido técnicamente doble imposición, puesto que mediante el expediente de la deducción en la cuota del Impuesto autonómico de la deuda tributaria abonada por razón del gravamen municipal, los sujetos pasivos de ambos impuestos únicamente han tributado una sola vez por el mismo concepto».

Las fórmulas son muchas. Pero pasan todas, en nuestra opinión, por una reforma normativa. Intentar potenciar la autonomía vía interpretaciones más pendientes de principios que de los preceptos que en concreto son aplicables entraña un riesgo evidente.

VI. TRANSFERENCIAS DE UN FONDO DE COMPENSACIÓN INTERTERRITORIAL Y OTRAS ASIGNACIONES CON CARGO A LOS PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO

Véase comentario al art. 158.2 CE.

VII. ART. 157.2 CE. EL PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD DE LAS NORMAS Y ACTOS DICTADOS POR LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Dispone el art. 157.2 CE: «**Las Comunidades Autónomas no podrán en ningún caso adoptar medidas tributarias sobre bienes**

situados fuera de su territorio o que supongan obstáculo para la libre circulación de mercancías o servicios».

El referido precepto, desarrollado por el art. 9 de la LOFCA, ha dado lugar a una asentada doctrina del Tribunal Constitucional, que puede sintetizarse en los extremos siguientes:

a) **El principio de territorialidad de las normas y actos de las Comunidades Autónomas es un instrumento que debe propiciar la consecución del principio de unidad de mercado.** «Dichos principios — los de territorialidad de las normas y actos de las Comunidades Autónomas y de unidad de mercado—, por su cualidad de tales no pueden ser interpretados en unos términos que impidan a las instancias autonómicas, en el ejercicio de sus propias competencias, adoptar decisiones cuyas consecuencias puedan proyectarse sobre otros lugares del territorio nacional. Así, específicamente para el principio de unidad de mercado, hemos insistido en que las actuaciones autonómicas revisten entidad suficiente para reputarlas vulneradoras de la libertad de circulación de personas y bienes cuando su incidencia sobre esta implique el «surgimiento de obstáculos que no guarden relación y sean desproporcionados respecto del fin constitucionalmente lícito que persiguen» (SSTC 64/1990, de 5 de abril, FJ 5; 66/1991, de 22 de marzo, FJ 2; 14/1998, de 22 de enero; 233/1999, de 13 diciembre, FJ 26, y 96/2002, de 25 de abril, FJ 11)» (STC 168/2004, de 6 octubre, FJ 5; también se reitera en el ATC 456/2007, de 12 de diciembre).

b) No se vulnera el art. 157.2 CE cuando tanto el objeto como el hecho imponible y los sujetos pasivos del tributo autonómico se delimitan con relación a **actuaciones que se realizan en el territorio de la Comunidad Autónoma** que ha establecido el Impuesto.

Ya tuvo ocasión de pronunciarse sobre ello el Pleno del Tribunal Constitucional, en la STC 150/1990, de 4 de octubre, señalando que: «El art. 157.2 de la Constitución prohíbe a las Co-

munidades Autónomas adoptar medidas tributarias sobre bienes situados fuera de su territorio, pero no sobre la renta de las personas con domicilio fiscal en su territorio, aunque esta renta no provenga, en parte, de bienes localizados fuera de la Comunidad Autónoma. Es cierto que, en el caso que ahora enjuicamos, los efectos del recargo en el Impuesto sobre la Renta pueden alcanzar indirectamente a los bienes situados fuera del territorio de la Comunidad de Madrid, en cuanto a las rentas producidas o imputadas a los mismos; pero de ello no cabe derivar, como pretenden los recurrentes, una vulneración del art. 157.2 de la Constitución. En primer lugar, porque lo que dicho precepto prohíbe a las Comunidades Autónomas es «adoptar medidas tributarias sobre bienes situados fuera de su territorio»; a la evidencia de que la renta personal gravada por el recargo autonómico no es un bien situado en territorio alguno, hay que añadir la de que las rentas no son bienes, sino que son los bienes los que producen la renta. Debe considerarse, en segundo lugar, que una cosa es adoptar medidas tributarias sobre bienes y otra distinta establecer un recargo tributario cuyos efectos pueden alcanzar mediata o indirectamente, en el «plano de lo fáctico», a los bienes como fuente de la riqueza o renta que constituye el hecho imponible (STC 37/1987, FJ 14). Este último supuesto no es contrario al art. 157.2 de la Constitución, pues el límite territorial de las normas y actos de las Comunidades Autónomas no puede significar, en modo alguno, que les esté vedado a sus órganos, en el ejercicio de sus propias competencias, adoptar decisiones que puedan producir consecuencias de hecho en otros lugares del territorio nacional (STC 37/1981, FJ 1). Adviértase, por último, que la interpretación que propugnan los Diputados recurrentes del art. 157.2 de la Constitución supondría extender a los recargos autonómicos sobre impuestos estatales el conjunto de principios que el legislador estatal ha previsto en el art. 9 de la LOFCA únicamente en relación a los impuestos propios de las Comunidades Autónomas, extensión esta que, más allá incluso de su compleja instrumentación técnica, conduciría a vaciar

de contenido el art. 12 de la LOFCA y a hacer, en parte, impracticable el mandato del propio art. 157.1.a) de la Constitución» (FJ 5).

Otro ejemplo más reciente es el del Impuesto sobre depósito de residuos radioactivos establecidos por la Ley 18/2003, de 29 de diciembre, del Parlamento de Andalucía. El TC señaló que «los residuos cuya entrega para su depósito determina la aplicación del impuesto pueden ser considerados bienes muebles que han sido trasladados al territorio de Andalucía precisamente con esa finalidad de almacenamiento en un vertedero sito en esa Comunidad Autónoma, pues lo determinante para que sean sometidos a tributación es la entrega física de los mismos para que sean almacenados. Por ello, en sí mismos, los elementos del nuevo tributo pueden estimarse encuadrados dentro del ámbito territorial propio de la potestad tributaria de la Comunidad de Andalucía» (ATC 456/2007, de 12 de diciembre).

c) El hecho de que **la carga tributaria pueda trasladarse** a residentes en otras Comunidades Autónomas, afectando así a bienes y rendimientos originados fuera del territorio de la Comunidad Autónoma que ha establecido el tributo, no implica vulneración de lo establecido en el art. 9.a) y c) LOFCA, siempre y cuando el hecho imponible se produzca en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma que ha establecido el tributo.

d) No se afecta a la libre circulación de mercancías, servicios y capitales cuando el establecimiento de un tributo en una determinada Comunidad Autónoma atiende a la realización del hecho imponible dentro de su propio territorio, gravando por igual todas las actividades gravadas, con independencia del origen o residencia de quienes se ven afectados por la realización del hecho imponible.

e) Por último, y «en relación con los eventuales efectos —por otra parte no probados— que la aplicación del impuesto sobre depósito de residuos radioactivos pudiera tener sobre

el coste de producción de energía eléctrica de origen nuclear y, por tanto, sobre la tarifa eléctrica única (vigente hasta el 1 de enero de 2009, de acuerdo con la disposición transitoria segunda de la Ley 17/2007, de 4 de julio) [...] cabe señalar que la incidencia que la aplicación del impuesto pudiera tener en la tarifa eléctrica aplicable a los consumidores de energía eléctrica en cualquier parte del territorio nacional no resulta ser automáticamente trasladable, sino que requiere una decisión del Gobierno en tal sentido [...] y que, por otro lado, el propio art. 18.5 de la Ley 54/1997 prevé expresamente la posibilidad de incluir un suplemento territorial en las tarifas que deben satisfacer los consumidores de energía eléctrica para el caso de que «las actividades eléctricas fueran gravadas con tributos de carácter autonómico o local, cuya cuota se obtuviera mediante reglas no uniformes para el conjunto del territorio nacional», suplemento que podrá ser diferente en cada Comunidad Autónoma o entidad local» (ATC 456/2007, de 12 de diciembre).

Ese límite concretado en el principio de extraterritorialidad se ha reiterado en la STC 247/2007, de 12 de diciembre: «esta referencia territorial, que, como criterio general, se encuentra en todos los Estatutos de Autonomía, viene impuesta por la organización territorial del Estado en Comunidades Autónomas (art. 137 CE) y responde a la necesidad de hacer compatible el ejercicio simultáneo de las competencias asumidas por las distintas Comunidades» (STC 44/1984, de 27 de marzo, FJ 2). Sin embargo, este criterio general debe ser modulado, de modo que no puede excluirse que dichas actuaciones produzcan efectos extraterritoriales, pues «la limitación territorial de la eficacia de las normas y actos no puede significar, en modo alguno, que le esté vedado por ello a esos órganos (autonómicos), en uso de sus competencias propias, adoptar decisiones que puedan producir consecuencias de hecho en otros lugares del territorio nacional. La unidad política, jurídica, económica y social de España impide su división en compartimentos estancos y, en conse-

cuencia, la privación a las Comunidades Autónomas de la posibilidad de actuar cuando sus actos pudieran originar consecuencias más allá de sus límites territoriales equivaldría necesariamente, a privarlas, pura y simplemente, de toda capacidad de actuación» (STC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 1).

La declaración del TC viene a cuento del recurso de inconstitucionalidad promovido por el Gobierno de Aragón contra el art. 20 de la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de reforma de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, por el que se da nueva redacción a su art. 17.1. Este precepto dispone que «Se garantiza el derecho de los valencianos y valencianas a disponer del abastecimiento suficiente de agua de calidad. Igualmente, se reconoce el derecho de redistribución de los sobrantes de aguas de cuencas excedentarias atendiendo a criterios de sostenibilidad de acuerdo con la Constitución y la legislación estatal. Los ciudadanos y ciudadanas valencianos tienen derecho a gozar de una cantidad de agua de calidad, suficiente y segura, para atender a sus necesidades de consumo humano y para poder desarrollar sus actividades económicas y sociales de acuerdo con la Ley».

El Gobierno de Aragón entiende que este precepto incide negativamente en diversas competencias de la Comunidad de Aragón (ordenación del territorio, agricultura y ordenación del desarrollo económico), perturbando su ejercicio como consecuencia de la fuerza expansiva manifiestamente extraterritorial del precepto recurrido, lo que supondría, en opinión del recurrente, la infracción de la doctrina sentada en la STC 99/1986, de 11 de julio.

El TC, en la sentencia referida, tras las manifestaciones que hemos transcrito, concluye que «aunque no puede excluirse que las actuaciones de los poderes públicos valencianos puedan generar efectos fuera de su territorio, produciendo algún tipo de perturbación de las competencias de otras Comunidades

Autónomas, el respeto que manifiesta el art. 17.1 Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana hacia la propia Constitución y la legislación estatal no permite aseverar que los alegados efectos tengan necesariamente que concretarse. Por lo demás, tales efectos no se precisan en la demanda en modo alguno ni se aporta la necesaria justificación de su inevitabilidad, lo que nos sitúa ante un planteamiento puramente preventivo que no puede ser acogido por este Tribunal» (FJ 23).

Es lo cierto que el planteamiento del TC, proclive a sostener la constitucionalidad del precepto impugnado, plantea no pocos interrogantes. Fundamentalmente uno: si el derecho de redistribución de los sobrantes de cuencas excedentarias se debe ejercer de acuerdo con la Constitución y las leyes, cabe inquirir cuál es la necesidad de ese precepto estatutario, que nada añade al ordenamiento. Más aún, pasa a integrarse en el ordenamiento como norma válida —validez potenciada por el refrendo del Tribunal Constitucional—, norma que, a su vez, generará normas de desarrollo que, al igual que la norma madre, deberán ajustarse a lo que en cada momento diga el legislador estatal. Y, en último término, obligará a los Tribunales a pronunciarse reiteradamente sobre la compatibilidad del ordenamiento autonómico, nacido al calor de ese precepto, con la legislación estatal y con el propio tenor del texto constitucional. No va a ser fácil la labor de los Tribunales en el futuro. Y, sobre todo, no lo será si comienzan a generalizarse preceptos estatutarios que, con proyección extraterritorial, pretenden salvar las tachas de inconstitucionalidad por la misma razón que en este caso no han prosperado: una genérica invocación a que su ejercicio se realizará de conformidad con la legislación estatal y la Constitución.

VIII. CONCLUSIONES

Primera. La Constitución no prejuzga el peso que cada uno de los recursos de las Comunidades Autónomas deba tener en su sistema

de ingresos, sino que defiere su fijación al bloque de la constitucionalidad, integrado básicamente, junto al texto constitucional, por la LOFCA y los Estatutos de Autonomía. Fijación que deberá efectuarse atendiendo, fundamentalmente, a las exigencias de los principios de coordinación entre las distintas Haciendas Públicas Territoriales y de solidaridad entre todos los españoles.

Segunda. En el ámbito de los impuestos cedidos, corresponde al Estado, mediante ley orgánica, la fijación de los criterios generales que propicien la coordinación con la Hacienda estatal y la delimitación de las competencias entre las propias Comunidades Autónomas.

El desarrollo de las potestades normativas atribuidas a las Comunidades Autónomas en un único sentido —tendente a minorar la carga fiscal y, en algún caso, al vaciamiento de contenido del tributo cedido—, en mi opinión, implica una quiebra de los principios materiales que rigen el ordenamiento tributario, de los principios sobre los que se asienta el edificio constitucional —solidaridad e igualdad básicamente— y desconoce el papel que al Estado le corresponde en este ámbito —hasta el momento, digámoslo, con su complaciente y callado asentimiento—.

Tercera. Las Comunidades Autónomas han seguido en el establecimiento de recargos sobre impuestos estatales la misma política que la seguida en el ámbito de los impuestos cedidos: no han ejercitado sus potestades de corresponsabilidad fiscal. Pese al salvoconducto que el Tribunal Constitucional otorgó a este tipo de recursos, de conformidad con el bloque de la constitucionalidad.

Cuarta. Las participaciones en ingresos del Estado —en sus tres modalidades—, de conformidad con el bloque de la constitucionalidad y de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, deben fijarse por las Cortes Generales y no es jurídicamente aceptable que vía estatutaria se condicione la labor que inde-

fectiblemente corresponde a aquellas. A diferencia de las previsiones tributarias, en las que los Estatutos juegan un papel determinante —especialmente en el ámbito de los tributos cedidos—, no ocurre lo mismo en el ámbito de las participaciones en ingresos del Estado.

El mantenimiento de un nivel mínimo en la prestación de servicios públicos fundamentales en todo el territorio nacional exige que: a) la determinación de los servicios la realicen las Cortes Generales; b) se tenga en cuenta necesariamente el principio de solidaridad entre territorios y entre ciudadanos —quicio fundamental del bloque de la constitucionalidad—; c) sean las Cortes Generales las que establezcan los criterios para el mantenimiento del equilibrio económico entre las diversas partes del territorio.

Quinta. En relación con los tributos propios de las Comunidades Autónomas, la doctrina del Tribunal Constitucional se ha mostrado excesivamente ambigua en relación con el límite fijado por el art. 6.3 de la LOFCA.

Sexta. A guisa de recapitulación hay que hacer una referencia sucinta a alguna de las conclusiones mantenidas por la STC 31/2010, de 28 de junio, en la que el Alto Tribunal se pronuncia sobre problemas que, referidos al Estatuto de Autonomía catalán, alcanzan una proyección general y aplicable a todo el ámbito financiero autonómico:

— La competencia exclusiva del Estado en materia financiera se canaliza, necesariamente, a través de un órgano multilateral, el Consejo de Política Fiscal y Financiera, sin que pueda condicionar tal función la existencia de Comisiones bilaterales mixtas Estado-Comunidad Autónoma, de carácter meramente bilateral.

— La financiación de una determinada Comunidad Autónoma no debe implicar efectos discriminatorios para la misma, ni para las restantes CC. AA. Deben respetarse plenamente las exigencias del principio de solidaridad y el contenido del art. 138.2 CE, de acuerdo con el cual las diferencias entre los Estatutos de Autonomía «no podrán implicar en ningún caso privilegios económicos o sociales».

— En la medida en que es al Estado a quien corresponde en exclusiva, atendiendo a la totalidad de los instrumentos para la financiación de las CC. AA., atender a las necesidades de cada una de ellas, los Estatutos autonómicos no pueden vincular al Estado obligándole a dotar determinadas partidas, toda vez que ello conlleva una quiebra del principio de solidaridad interterritorial, por cuya observancia corresponde al Estado velar de forma exclusiva.

— Las CC. AA. solo pueden establecer y regular tributos locales de conformidad con lo establecido por la LOFCA y en todo caso de acuerdo con lo que establezca el legislador estatal.

BIBLIOGRAFÍA

AA. VV., «El Estado autonómico», en *Actas de las XI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

CHECA GONZÁLEZ, C., *Los impuestos propios de las Comunidades Autónomas. Ensayo de superación de las fuertes limitaciones existentes para su implantación*, Cuadernos de Jurisprudencia Tributaria, Aranzadi, 2002.

DE LA PEÑA VELASCO, G., «Los tributos cedidos a las Comunidades Autónomas», en la obra colectiva *25 años de financiación autonómica*, Servicios de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, 2005, pág. 73.

ESCRIBANO LÓPEZ, F., «La autonomía financiera de las Comunidades Autónomas: crisis económica, estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera», *Civitas. Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 156.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Manuel Azaña. Sobre la autonomía política de Cataluña*, Tecnos, Madrid, 2005.

GARCÍA MARTÍNEZ, A., *La gestión de los tributos autonómicos*, Civitas, 2000.

GARCÍA TORRES, J., «Los derechos estatutarios en la propuesta catalana de reforma», en la obra colectiva *El Estado autonómico*, Actas de las XI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.

GRAU RUIZ, A., *La coordinación legislativa en los impuestos cedidos*, Iustel, 2007.

GUILLEM CARRAU, J. y VISIEDO MAZÓN, F. J., «El Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana ante el TC (Comentario a las Sentencias del Tribunal Constitucional 247/2007 y 249/2007)», *Aranzadi Tribunal Constitucional*, núm. 4, 2008, págs. 13 y ss.

LAGO MONTERO, J. M.^a, «Las grietas del sistema de financiación autonómica. ¿Hacia un confederalismo fiscal insolidario?», *Revista Técnica Tributaria*, núm. 82.

LAGO MONTERO, J. M.^a y otros, *El sistema de financiación de las Comunidades Autónomas. Comentario a la Ley 22/2009, de 28 de diciembre, tras la Sentencia del Estatuto catalán*, Dykinson, Madrid, 2010.

MARTÍN QUERALT, J., «Blanco sobre negro en la financiación autonómica», *Tribuna Fiscal*, núm. 240.

PÉREZ-FADÓN MARTÍNEZ, J. «Análisis fiscal del Informe de la Comisión de Expertos para la revisión del modelo de financiación autonómica. Julio 2017». *Carta Tributaria. Revista de opinión*, n.º 32. Noviembre 2017.

RODRÍGUEZ BERELJO, A. «Descentralización política y descentralización fiscal: la experiencia española». *Aranzadi Tribunal Constitucional*, n.º 20.

Santolaya Blay, M. «Los aspectos tributarios del sistema de financiación autonómica de 2009». *Carta Tributaria*. Monografía 6/2010.

VARIOS. «La distribución del poder financiero en España». Libro homenaje al Profesor Dr. D. Juan Ramallo Massanet. Ed. Jurídicas y Sociales, S. A. 2014.

VARONA ALABERN, J. E., «Los tributos propios de las Comunidades Autónomas», en la obra colectiva *25 años de financiación autonómica*, Servicios de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, 2005, pág. 41.

VILLARÍN LAGOS, M., *La cesión de impuestos estatales a las Comunidades Autónomas*, Lex Nova, Valladolid, 2000.

ARTÍCULO 157.3

LA COORDINACIÓN Y COOPERACIÓN EN MATERIA DE FINANCIACIÓN AUTÓNOMICA

Sumario: *I. La necesidad de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas. II. Competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de financiación autonómica. III. La exigencia de aplicar en materia de financiación autonómica los principios de coordinación y de cooperación. IV. Alcance y límites de la coordinación: la prevalencia de la LOFCA sobre los Estatutos de Autonomía en materia de financiación autonómica. V. Las exigencias y los límites de la cooperación de las Comunidades Autónomas en materia de financiación autonómica.*

ÁNGEL AGUALLO AVILÉS

MAGISTRADO DEL TRIBUNAL SUPREMO
CATEDRÁTICO DE DERECHO FINANCIERO Y TRIBUTARIO
UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA

ESTHER BUENO GALLARDO

PROFESORA CONTRATADA DOCTORA DE DERECHO FINANCIERO Y TRIBUTARIO
UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA

I. LA NECESIDAD DE COLABORACIÓN ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Conforme a reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, es connatural a la estructura territorial del Estado que configura nuestra Constitución la existencia del principio de colaboración entre este último y las Comunidades Autónomas (CC. AA.), entes territoriales que en todo momento deben actuar con lealtad constitucional [entre las primeras, en este sentido, SSTC 76/1983, de 5 de agosto, FJ 13; 214/1989, de 21 de diciembre, FJ 20.e); 109/2011, de 22 de junio, FJ 5; 123/2012, de 5 de junio, FJ 8; y, entre las últimas, SSTC 215/2014, de 18 de diciembre, FJ 4.a); y 101/2016, de 25 de mayo, FJ 9]; colaboración entre el Estado y las CC. AA. que puede plasmarse mediante diversas fórmulas o técnicas que el Tribunal Constitucional ha enunciado de manera muy vaga al afirmar que «la consolidación y el correcto funcionamiento del Estado de las auto-

nomías dependen en buena medida de la estricta sujeción de uno y otras a las fórmulas racionales de cooperación, consulta, participación, coordinación, concertación o acuerdo previstas en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía» (entre otras muchas, SSTC 181/1988, de 13 de octubre, FJ 7; 40/1998, de 19 de febrero, FJ 30; 204/2002, de 31 de octubre, FJ 30; 13/2007, de 18 de enero, FJ 8; 8/2012, de 18 de enero, FJ 3; 195/2012, de 31 de octubre, FJ 6; o, en fin, SSTC 20/2016, de 4 de febrero, FJ 2; y 78/2017, de 22 de junio, FJ 6).

Pues bien, de esta enumeración imprecisa que hace el Tribunal Constitucional en las sentencias citadas hay que distinguir dos tipos de colaboración, tipos que, a su vez, pueden tener diversas manifestaciones: a) la que podríamos calificar como «colaboración forzosa», esto es, la **coordinación**, y b) la que podríamos denominar «colaboración voluntaria»: la **cooperación** (diferencia claramente entre la «idea de imposición», ínsita en la coordinación, y la «de

voluntariedad», propia de la cooperación, la STC 101/2016, de 25 de mayo, FJ 9).

Sintetizando y simplificando mucho, puede afirmarse que las **características más sobresalientes de la coordinación** son las que siguen: a) en primer lugar, «persigue la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto o sistema, evitando contradicciones y reduciendo disfunciones que, de subsistir, impedirían o dificultarían, respectivamente, la realidad misma del sistema» (SSTC 194/2004, de 4 de noviembre, FJ 8, y 13/2007, FJ 7), y «debe ser entendida como la fijación de medios y de sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades [...] estatales y comunitarias en el ejercicio de sus respectivas competencias de tal modo que se logre la integración de actos parciales en la globalidad del sistema» (por todas, STC 13/2007, FJ 7); b) en segundo lugar, la coordinación tiene lugar en aquellas materias en las que existen competencias del Estado y de las CC. AA. que deben ser coordinadas (STC 194/2004, FJ 8); c) en tercer lugar, «esa coordinación corresponde hacerla al Estado» (STC 194/2004, FJ 8), de manera que puede afirmarse que en este ámbito el Estado impone fórmulas de coordinación que las CC. AA. tienen necesariamente que asumir, razón por la cual el Tribunal Constitucional ha «conectado la cooperación con la idea de voluntariedad y la coordinación con la de imposición» (STC 194/2004, FJ 9); d) en cuarto lugar, el Estado tiene la competencia para coordinar, no solo cuando así lo señala expresamente la Constitución (por ejemplo, art. 156.1 en relación con el art. 157.3; o art. 149.1.13.^a), sino también en todos aquellos casos en los que tiene una competencia exclusiva de carácter sustantivo (*v. gr.*, art. 149.1.14.^a CE) (SSTC 104/1988, de 8 de junio, FJ 2, y 194/2004, FJ 8), y e) en fin, el Estado al coordinar las competencias de las CC. AA. debe, obviamente, respetarlas (STC 194/2004, FJ 8).

Por su parte, de acuerdo siempre con la doctrina del Tribunal Constitucional, el principio

de **cooperación**, «que no necesita justificarse en preceptos constitucionales o estatutarios concretos» (SSTC 13/2007, FJ 7; y 101/2016, de 25 de mayo, FJ 9), responde a los siguientes **caracteres**: a) en primer lugar, obliga a establecer fórmulas de colaboración en aquellos casos en los que en una misma materia el Estado y las CC. AA. tienen competencias (en sentido amplio), bien compartidas, bien concurrentes (SSTC 118/1996, de 27 de junio, FJ 66, y 13/2007, FF. JJ. 7 y 8); b) en segundo lugar, en la cooperación todas las partes implicadas, en principio, parten de una situación de equilibrio, de donde se infiere que la cooperación no puede ser impuesta (STC 102/1995, de 26 de junio, FJ 31); c) ahora bien, en tercer lugar, que la cooperación sea voluntaria solo implica que si alguna de las CC. AA. no desea participar en los órganos o fórmulas de colaboración no se le puede obligar, pero no significa que no se puedan tomar decisiones sin que la Comunidad Autónoma lo autorice: como veremos, cuando la situación de que se trate exija una decisión, en el caso en que esta no pueda ser adoptada mediante las fórmulas de cooperación, se podrá imponer la decisión del órgano que tenga la competencia prevalente (el Estado); d) finalmente, «su instrumentación y puesta en práctica no permite alterar las competencias de los sujetos llamados a cooperar» (STC 194/2004, FJ 9).

Pues bien, una vez señalados sintéticamente los rasgos esenciales de la coordinación y de la cooperación, las cuestiones a resolver a continuación son las siguientes: ¿en qué supuestos se requiere la colaboración entre el Estado y las CC. AA.?; ¿qué tipo de colaboración —coordinación o cooperación— se exige en cada caso?

II. COMPETENCIAS DEL ESTADO Y DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DE FINANCIACIÓN AUTONÓMICA

En la medida en que tanto en la coordinación como en la cooperación se parte de la exis-

tencia de competencias del Estado y de las CC. AA., la respuesta a los anteriores interrogantes precisa antes **determinar qué competencias tienen tales entes territoriales en materia de financiación autonómica**. Y, a este respecto, **por lo que se refiere al Estado**, hay que señalar que, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, en dicho ámbito, aunque aquel, según la materia concreta de que se trate, puede invocar como potestades y títulos competenciales: a) la «potestad originaria» para crear tributos que le reconoce el art. 133.1 CE [como señaló la STC 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 4.b), «los arts. 133 y 142 CE no constituyen en sí mismos título competencial alguno a favor del Estado, sino que presuponen la competencia estatal sobre la materia en virtud de los títulos del art. 149.1 CE reseñados» (esto es, los recogidos en los arts. 149.1.14.^a y 149.1.18.^a, ambos de la CE)]; b) el art. 149.1.11.^a CE, esto es, «bases de ordenación del crédito» (STC 179/1987, de 12 de noviembre, FJ 2), y c) el art. 149.1.13.^a CE, es decir, las «bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica» (STC 13/2007, FJ 6), es sin duda el previsto en el art. 149.1.14.^a CE —«Hacienda General»— el título que más claramente se ve afectado (por todas, SSTC 31/2010, de 28 de junio, FJ 130; 32/2012, de 15 de marzo, FJ 6; y 123/2012, de 5 de junio, FJ 7). En efecto, como señaló la STC 13/2007, en esta materia «es la competencia contemplada en el art. 149.1.14 CE la que, en esencia, ampara la actuación del Estado». «Y es que [...], sea cual fuere el contenido que al concepto de «hacienda general» se atribuya no parece discutible que haya de incluirse dentro del mismo una medida que, como la participación en los ingresos del Estado, tiene por objeto directo la relación entre la hacienda estatal y las haciendas de las Comunidades Autónomas y como finalidad asegurar la suficiencia y, en última instancia, la autonomía financiera de estas, constitucionalmente garantizada en el art. 156.1 CE [...]. A la misma conclusión hemos llegado en relación con los impuestos cedidos total o parcialmente por el Estado a las Comunidades Autónomas,

que constituyen otro de los recursos de estas últimas, conforme al art. 157.1 CE, y que también hemos enmarcado en la competencia exclusiva atribuida al Estado por el art. 149.1.14 CE (STC 181/1988, de 13 de octubre, FJ 3)» (FJ 6). Y es indudable que la doctrina reseñada resulta aplicable a otros ingresos de las CC. AA. como las asignaciones de nivelación (en este sentido, STC 13/2007, FJ 11, último párrafo) o las transferencias del Fondo de Compensación Interterritorial.

Pues bien, como después explicaremos con mayor detenimiento, **la competencia exclusiva sobre «Hacienda general» determina que el protagonismo del Estado en el sistema de financiación autonómica sea prácticamente absoluto**. Así lo ha subrayado la citada STC 13/2007, al señalar que «es al Estado a quien corresponde, en el momento de establecer la participación de las Comunidades Autónomas en los ingresos transferibles, ponderar los intereses en juego, tanto los del conjunto de las Comunidades Autónomas como de los suyos propios, en virtud de la competencia exclusiva que sobre la materia le atribuye el art. 149.1.14 CE» (FJ 6) [...]. Y es que ««cuando la Constitución atribuye al Estado una competencia exclusiva lo hace porque bajo la misma subyace —o, al menos, así lo entiende el constituyente— un interés general, interés que debe prevalecer sobre los intereses que puedan tener otras entidades territoriales afectadas» (STC 40/1998, de 19 de febrero, FJ 30; y en el mismo sentido, STC 204/2002, de 31 de octubre, FJ 7). Así es, en cuanto se trata de fondos que garanticen el funcionamiento de las haciendas de las Comunidades Autónomas dentro del conjunto de la Hacienda general, mediante los que se pretende posibilitar al conjunto de las Comunidades Autónomas, en general, y a cada una de ellas, en particular, el ejercicio de la autonomía constitucionalmente garantizada, es al legislador estatal a quien, de conformidad a lo estatuido por los arts. 138.1 y 156.1 CE, incumbe dar efectividad a los principios de suficiencia de las Comunidades Autónomas y de solidaridad y equilibrio económico adecuado

y justo entre las diversas partes del territorio español [SSTC 96/1990, de 24 de mayo, FJ 7; 237/1992, de 15 de diciembre, FJ 6, y 331/1993, de 12 de noviembre, FJ 2.c)]» (FJ 6).

Así pues, en el ámbito de la financiación autonómica **el Estado puede esgrimir a su favor los arts. 133.1, 149.1.11.ª, 149.1.13.ª y 149.1.14.ª, todos ellos de la CE**; preceptos a los que, claramente, hay que añadir el **art. 138.1 CE**, en virtud del cual corresponde al Estado «garantizar la realización efectiva del principio de solidaridad» (*vid.* la STC 135/1992, de 5 de octubre, FJ 7) consagrado en el art. 2 CE y velar «por el establecimiento de un equilibrio económico, adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español». Y, a este respecto, conviene señalar que, en relación con los mandatos contenidos en los citados arts. 2 y 138.1 CE, la STC 13/2007, afirmó: a) que «es al legislador estatal a quien, de conformidad a lo estatuido por los arts. 138.1 y 156.1 CE, incumbe dar efectividad a los principios de suficiencia de las Comunidades Autónomas y de solidaridad y equilibrio económico adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español» (FJ 6); b) que la suficiencia de las CC. AA. debe quedar enmarcada dentro «de las posibilidades reales del sistema financiero del Estado en su conjunto» y «de las reales disponibilidades económicas de un sistema globalmente presidido por el principio de solidaridad entre todos los españoles» (FJ 5); c) que la definición de las variables para el reparto del FCI es una decisión «política que corresponde exclusivamente tomar a las Cortes Generales de acuerdo con el principio de solidaridad y en función de las posibilidades reales del país en su conjunto» (FJ 5); d) que no existe un derecho constitucional de las CC. AA. «a recibir una determinada financiación», sino «a que la suma global de los recursos existentes de conformidad con el sistema aplicable en cada momento se reparta entre ellas respetando los principios de solidaridad y coordinación» (FJ 5); e) que «el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas es el vehículo a través del cual se articula el principio de soli-

daridad interterritorial, razón por la cual, no solo le corresponde al Estado garantizar, de conformidad con el art. 138 CE, «la realización efectiva del principio de solidaridad consagrado en el art. 2 de la Constitución, velando por el establecimiento de un equilibrio económico, adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español» [...], sino que, de acuerdo con la previsión del art. 2.1.c) LOFCA, las Comunidades Autónomas vienen obligadas a coordinar el ejercicio de su actividad financiera con la hacienda del Estado de acuerdo al principio de «solidaridad entre las diversas nacionalidades y regiones» [art. 2.1.c) LOFCA]]» (FJ 7); f) y, en fin, que «la autonomía financiera de las Comunidades, [...] ha de tener en cuenta «los principios de coordinación con la hacienda estatal y de solidaridad entre todos los españoles» (art. 156.1 CE) y, consiguientemente, la competencia estatal en materia de «hacienda general»» (art. 149.1.14.ª CE) (FJ 8).

Por consiguiente, es evidente que el Estado tiene potestades y competencias en materia de financiación autonómica. Sin embargo —casi resulta ocioso decirlo—, **también las CC. AA. tienen atribuciones en materia de financiación** de acuerdo con la Constitución. En particular, debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que estas gozan de autonomía política (art. 2 CE), y, por ende, de «autonomía financiera para el desarrollo y ejecución de sus competencias» (art. 156.1 CE), «autonomía financiera que supone la propia determinación y ordenación de los ingresos y gastos necesarios para el ejercicio de sus funciones» (STC 179/1987, FJ 2), que implica la «plena disponibilidad» de sus ingresos «sin condicionamientos indebidos y en toda su extensión, para poder ejercer las competencias propias y, en especial, las que se configuran como exclusivas» (entre otras, en este sentido, SSTC 135/1992, FJ 8; 237/1992, FJ 6; 109/2011, de 22 de junio, FJ 5); en segundo lugar, que el art. 157 CE establece una enumeración de los recursos con los que cuentan dichos entes; en tercer lugar, que en virtud de la literalidad del art. 157.3 CE, la obtención de los

recursos a que hace referencia el art. 157.1 CE y la utilización de los mismos constituyen «**competencias financieras**» de las CC. AA. (SSTC 63/1986, de 21 de mayo, y 192/2000, de 13 de julio); y, finalmente, hay que tener presente asimismo que «[s]in duda, cualquier medida que el Estado adopte en relación con la financiación o los ingresos autonómicos «afecta», desde un punto de vista general y en sentido lato, a la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas, o repercute o incide sobre ella» (STC 192/2000, FJ 8; y, en esta línea, asimismo, SSTC 13/2007, FJ 7; y 101/2013, de 23 de abril, FJ 3).

En suma, como ha señalado el máximo intérprete de nuestra Constitución, la existencia de las citadas competencias del Estado en este ámbito no es obstáculo para que deba admitirse que la Hacienda privativa de las CC. AA. «es materia propia de dichas Comunidades», conclusión que puede alcanzarse, fundamentalmente, de la autonomía financiera que les atribuye el art. 156 CE y del ejercicio de las competencias financieras a que alude el 157.3 CE, de manera que «aun sin manifestación expresa en el art. 148 CE, del espíritu de su conjunto normativo se desprende que la organización de su Hacienda es no tanto una competencia que se reconoce a las Comunidades Autónomas, cuanto una exigencia previa o paralela a la propia organización autónoma» (SSTC 14/1986, de 31 de enero, FJ 2, y 192/2000, FJ 6; en el mismo sentido, *vid.* la STC 13/2007, FJ 7).

III. LA EXIGENCIA DE APLICAR EN MATERIA DE FINANCIACIÓN AUTONÓMICA LOS PRINCIPIOS DE COORDINACIÓN Y DE COOPERACIÓN

Una vez que hemos llegado a la conclusión de que tanto el Estado como las CC. AA. tienen competencias en materia de financiación autonómica, debe señalarse que, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, **en este ámbito se aplican tanto el principio**

de coordinación como el de cooperación. Desde luego, que en el ámbito de la financiación autonómica **el Estado tiene la competencia para coordinar** es algo que no puede ser objeto de discusión. Así, en ocasiones, la facultad de coordinar deriva expresamente de algunos de los títulos competenciales que el Estado puede invocar en esta materia, como la competencia exclusiva en materia de «bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica» (art. 149.1.13.^a CE). Por otro lado, siempre que el Estado tiene competencia exclusiva en una materia de naturaleza sustantiva, también tiene la competencia de coordinación en esa materia (SSTC 104/1988, FJ 2, y 194/2004, FJ 8), de manera que la competencia exclusiva sobre «Hacienda General» (art. 149.1.14.^a CE) determina que el Estado tenga también la competencia de coordinación en dicho ámbito. Pero es que, además, aunque, conforme al art. 156.1 CE, las CC. AA. gozan de autonomía financiera para el desarrollo y ejecución de sus competencias, «tal autonomía financiera no se configura en la Constitución en términos absolutos, sino que se ve sometida a limitaciones derivadas de los principios, que el mismo art. 156.1 de la CE proclama, de «coordinación con la Hacienda estatal y de solidaridad entre todos los españoles»» (STC 179/1987, FJ 2), «coordinación de las Haciendas de las Comunidades Autónomas con la Hacienda estatal» (STC 14/1986, FJ 11) que, como en seguida explicaremos, en virtud del art. 157.3 CE, corresponde ejercer en esta materia al Estado, y mediante una ley orgánica concreta, que en la actualidad, como es sabido, es la LOFCA, norma que es a la que corresponde la «fijación del marco y los límites en que esa autonomía ha de actuar» (STC 179/1987, FJ 2; *vid.*, asimismo, la STC 13/2007, FJ 7).

Además de los motivos citados, la STC 13/2007 ha subrayado en su FJ 7 que «al Estado le corresponde la coordinación en materia de financiación de las Comunidades Autónomas, fundamentalmente, por tres razones» (que han sido reiteradas con poste-

rioridad, entre otras, en las SSTC 101/2013, de 23 de abril, FJ 3; y 101/2016, de 25 de mayo, FJ 9):

a) «En primer lugar porque, aun cuando las Comunidades Autónomas en virtud de su autonomía sean titulares de determinadas competencias financieras, en indudable conexión con la potestad originaria del Estado para establecer tributos (art. 133.1 CE) y con la competencia exclusiva de este en materia de «hacienda general», conforme establece el art. 149.1.14 CE (STC 181/1988, de 13 de octubre, FJ 3), **el art. 157.3 CE atribuye al Estado la «fijación del marco y los límites en que esa autonomía ha de actuar»** (STC 179/1987, de 12 de noviembre, FJ 2) **mediante una Ley Orgánica a la que confiere una función específica y constitucionalmente definida [la LOFCA]**». Y es que «[c]on el art. 157.3 CE, que prevé la posibilidad de que una Ley Orgánica regule las competencias financieras de las Comunidades Autónomas, no se pretendió sino habilitar la intervención unilateral del Estado en este ámbito competencial a fin de alcanzar un mínimo grado de homogeneidad en el sistema de financiación autonómico, orillando así la dificultad que habría supuesto que dicho sistema quedase exclusivamente al albur de lo que se decidiese en el procedimiento de elaboración de cada uno de los Estatutos de Autonomía» (STC 68/1996, de 4 de abril, FJ 9)».

b) «En segundo lugar porque **el reparto de los ingresos del Estado es una cuestión que afecta a todos los entes territoriales y, en particular, a todas las Comunidades Autónomas**, y los recursos de que dispone aquel, no solo son finitos, sino que deben servir para la consecución de la suficiencia y, en última instancia, la autonomía financiera de todos los entes territoriales, lo que exige necesariamente la intervención del Estado para adoptar las medidas necesarias y suficientes a efectos de asegurar la integración de las diversas partes del sistema en un conjunto unitario (SSTC 11/1984, de 2 de febrero, FJ 4, y 144/1985, de 25 de octubre, FJ 4)».

c) «Y, en tercer lugar, porque **el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas es el vehículo a través del cual se articula el principio de solidaridad interterritorial**, razón por la cual no solo le corresponde al Estado garantizar, de conformidad con el art. 138 CE, «la realización efectiva del principio de solidaridad consagrado en el art. 2 de la Constitución, velando por el establecimiento de un equilibrio económico, adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español» [en este sentido, SSTC 96/1990, de 24 de mayo, FJ 7; 237/1992, de 15 de diciembre, FJ 6, y 331/1993, de 12 de noviembre, FJ 2.c)], sino que, de acuerdo con la previsión del art. 2.1.c) LOFCA, las Comunidades Autónomas vienen obligadas a coordinar el ejercicio de su actividad financiera con la hacienda del Estado de acuerdo al principio de «solidaridad entre las diversas nacionalidades y regiones» [art. 2.1.c) LOFCA]».

Por consiguiente, queda claro que, en materia de financiación autonómica, el Estado tiene competencia para coordinar. Pero, en la medida en que: a) las CC. AA. gozan de autonomía financiera (art. 156.1 CE); b) que esa autonomía financiera implica la existencia de una Hacienda propia con sus propios recursos; c) que tales recursos aparecen garantizados en el art. 157.1 CE, y d) que conforme al art. 157.3 CE, la obtención y utilización de dichos recursos constituyen «competencias financieras» de las CC. AA., es igualmente claro que **en materia de financiación autonómica necesariamente deben establecerse fórmulas cooperativas para que las CC. AA. puedan participar** —si lo desean— **en la toma de decisiones** en una materia sobre la que, indudablemente, tienen competencias. Así lo ha puesto de manifiesto la STC 13/2007 al señalar que, en la medida en que «el establecimiento y el desarrollo del sistema de financiación de las Comunidades Autónomas son factores que inciden decisivamente sobre la articulación del ámbito competencial (material y financiero) correspondiente al Estado y a las Comunidades Autónomas, es claro que al referirnos a ellos nos

situamos, no solo en el ámbito de la coordinación, sino también en el de la cooperación» (FJ 7; y, en la misma línea, SSTC 123/2012, de 5 de junio, FJ 7; y 101/2013, de 23 de abril, FJ 3).

Concluyendo: es evidente que en el ámbito de la financiación autonómica el Estado tiene la potestad de **coordinar**, pero a las CC. AA. hay que darles necesariamente la posibilidad de **cooperar** en una materia sobre la que indudablemente tienen competencias. El problema consiste en **determinar cuál puede ser el alcance y límites de la coordinación** y cuáles son las **exigencias y los límites de la cooperación**.

IV. ALCANCE Y LÍMITES DE LA COORDINACIÓN: LA PREVALENCIA DE LA LOFCA SOBRE LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA EN MATERIA DE FINANCIACIÓN AUTONÓMICA

Que la **posibilidad del Estado de imponer fórmulas de coordinación en materia de financiación autonómica es muy amplia** es algo que se infiere, no solo de que el alcance que tiene la autonomía financiera de las CC. AA. en la vertiente del ingreso es muy limitado (SSTC 135/1992, FJ 3, y 179/2006, de 13 de junio, FJ 3), sino también de todas las competencias exclusivas que el Estado tiene en esta materia y que llevan aparejada, implícita o explícitamente, amplias facultades de coordinación (arts. 133.1, 149.1.1.^a, 149.1.13.^a y 149.1.14.^a CE) —especialmente la competencia del art. 149.1.14.^a CE («Hacienda General») —, de la referencia a la coordinación como límite material explícito a la autonomía financiera de las CC. AA. que hace el art. 156.1 CE, y, en fin, del apoderamiento igualmente explícito para coordinar en materia de financiación autonómica que el art. 157.3 CE otorga al Estado. Como ha señalado el Tribunal Constitucional, «la indudable conexión existente entre los arts. 133.1, 149.1.14 y 157.3 CE determina que el Estado sea competente para

regular no solo sus propios tributos, sino también el marco general de todo el sistema tributario y la delimitación de las competencias financieras de las Comunidades Autónomas respecto de las del propio Estado» (SSTC 192/2000, FJ 6, y 72/2003, de 10 de abril, FJ 5).

En definitiva, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el Estado tiene amplias facultades para coordinar en materia de financiación autonómica. En particular, **el Estado puede fijar unilateralmente los caracteres esenciales o grandes rasgos del sistema de financiación autonómica**. Así lo puso de manifiesto la STC 13/2007, al señalar que existe una «potestad exclusiva del Estado para configurar el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas que considere más idóneo» (FJ 9). En este sentido, teniendo en cuenta la enumeración establecida en el art. 157.1 CE, parece claro que el Estado puede configurar una Hacienda Autonómica de transferencia (*vid.* las SSTC 68/1996, de 4 de abril, FJ 11, y 192/2000, FJ 7) o una Hacienda Autonómica en la que prime el principio de corresponsabilidad (STC 289/2000, de 30 de noviembre, FJ 3); y dentro de este segundo tipo de Hacienda podría dar más importancia a los tributos propios, a los recargos sobre impuestos del Estado, o, en fin, a los tributos cedidos total o parcialmente.

Que el Estado es el competente para decidir unilateralmente el sistema de financiación autonómica es algo que ya había puesto de manifiesto de manera diáfana la STC 192/2000, que, tras señalar que «el propio art. 157.3 CE reenvía a una Ley Orgánica a fin de que sea esta quien establezca los rasgos generales de los mecanismos de financiación autonómica», subrayaba: «Es decir, la Constitución no predetermina cuál haya de ser el sistema de financiación autonómica, sino que atribuye esa función a una Ley Orgánica, que cumple de este modo una función delimitadora de las competencias financieras estatales y autonómicas previstas en el art. 157 CE» (FJ 4), de manera que «el Estado, dentro de los márgenes

nes que la Constitución le otorga y respetando los principios y las competencias financieras autonómicas en ella establecidas (singularmente en el art. 157 CE), está constitucionalmente habilitado para establecer uno u otro sistema de financiación autonómica, y así se ha puesto de manifiesto en las sucesivas reformas de la LOFCA [...]. Se trata pues de un modelo normativo cuyo vértice (la LOFCA) se integra en el bloque de la constitucionalidad y que puede variar en función de decisiones políticas del legislador (orgánico y ordinario) estatal» (FJ 10; posteriormente, se ha reiterado esta misma doctrina en la STC 204/2011, de 15 de diciembre, FJ 7).

En suma, no parece que pueda ponerse en duda que, conforme a todos los preceptos constitucionales antes citados, **corresponde al Estado decidir qué sistema de financiación de las CC. AA. adoptar de entre los muchos que autoriza el art. 157.1 CE**. Y esta es una decisión que debe concretarse, fundamentalmente, en la Ley a la que alude el art. 157.3 CE, ley que ocupa «el vértice» dentro del conjunto de normas que regulan la materia. Lo que acabamos de señalar se infiere claramente de las afirmaciones que hemos transcrito de la STC 192/2000; pero hay otras que se pronuncian más claramente sobre este particular.

Así, la STC 179/1987 señalaba que la ley prevista en el **art. 157.3 CE** «aparece pues como punto de referencia para determinar la extensión y límites de la autonomía financiera de las CC. AA. y las facultades que al respecto se reservan a los órganos centrales del Estado para el cumplimiento de los fines y el ejercicio de las competencias que la Constitución les atribuye» (FJ 2); y que si «la Constitución prevé instrumentos específicos para la coordinación de las Haciendas estatal y autonómica, el respeto a los mandatos constitucionales exige que tales instrumentos se contengan expresamente en la ley orgánica a que se refiere el art. 156 de la CE, siendo pues al legislador estatal a quien le corresponde ponderar la extensión de la intervención del

Estado [...]» (FJ 3) (en sentido parecido, la STC 183/1988, de 13 de octubre, FJ 3). Y, en la misma línea, la STC 68/1996 dejó claro que con el art. 157.3 CE «no se pretendió sino habilitar la intervención unilateral del Estado en este ámbito competencial a fin de alcanzar un mínimo grado de homogeneidad en el sistema de financiación autonómico, orillando así la dificultad que habría supuesto que dicho sistema quedase exclusivamente al albur de lo que se decidiese en el procedimiento de elaboración de cada uno de los Estatutos de Autonomía. Su función no es, por tanto, como es obvio, la de establecer una reserva de Ley Orgánica en cuya virtud cualquier aspecto atinente al nutrido grupo de recursos autonómicos enumerados en el art. 157.1 CE requiriese ineludiblemente una norma de tal rango, sino sencillamente permitir que una Ley Orgánica —la actual LOFCA— pudiese insertarse en el bloque de la constitucionalidad delimitador del concreto alcance de las competencias autonómicas en materia financiera» (FJ 9).

Así pues, **es la ley orgánica a que alude el art. 157.3 CE la que tiene que establecer los elementos esenciales del sistema de financiación de las CC. AA.**, de modo que, en este punto concreto, creemos que **puede afirmarse que la LOFCA está** —cuanto menos— **en una posición de prevalencia respecto de los Estatutos de Autonomía**; conclusión esta que viene reforzada con pronunciamientos como las SSTC 76/1983 [FJ 4.a)] y 56/1990, de 29 de marzo (FJ 16), en las que el Tribunal Constitucional dejó claro que cuando la Constitución atribuye a una Ley concreta del Estado la tarea de precisar el alcance de las competencias de las CC. AA. en una materia, esa Ley estatal está por encima de los Estatutos de Autonomía. Empleamos el término «prevalencia» porque, a diferencia de los arts. 149.1.29.^a y 152.1, párr. 2.º, ambos de la CE, el art. 157.3 CE solo señala que el ejercicio de las competencias financieras enumeradas en el ap. 1 del precepto, las normas para resolver los conflictos que pudieran surgir y las posibles formas de colaboración financiera entre las CC. AA. y el Estado

«podrá» regularse mediante ley orgánica; de donde, a nuestro juicio, se infiere que —aunque, desde luego, no parece lo más conveniente— el Estado podría decidir no regular dichas materias, en cuyo caso resultarían aplicables automáticamente las normas sobre financiación contenidas en los Estatutos de Autonomía.

En suma, existiendo esa ley orgánica a la que alude el art. 157.3 CE, aunque nada impide que los Estatutos de Autonomía regulen determinados aspectos relativos a su financiación —naturalmente, dentro del marco y los límites previstos, entre otros, en los arts. 138, 149.1.13.^a, 149.1.14.^a, 156 y 157.1 CE—, dicha ley orgánica prevalece sobre los Estatutos en esta materia, resultando estos aplicables únicamente en aquello no regulado unilateralmente por el Estado. Naturalmente, **las decisiones que tome el Estado en materia de financiación autonómica**, en virtud de sus títulos competenciales y del principio de coordinación, **no pueden ser de tal calibre que dejen sin margen alguno de decisión a las CC. AA.** (en este sentido, SSTC 192/2000, FJ 4, y 168/2004, de 6 de octubre, FJ 3). Pero lo cierto es que, si el Estado lo desea, el margen de intervención de las CC. AA. en el ámbito de la financiación autonómica, en función de la materia de que se trate, puede ser muy pequeño; así se desprende, a nuestro juicio, de la jurisprudencia que ha dictado el Tribunal Constitucional en relación con los impuestos propios [art. 157.1.b) CE] (SSTC 289/2000 y 179/2006), los tributos cedidos [art. 157.1.a) CE] (SSTC 192/2000, FF. JJ. 6 y 8; 16/2003, de 30 de enero, FJ 11, y 72/2003, FJ 5), las participaciones de las CC. AA. en los ingresos del Estado, el Fondo de Compensación Interterritorial y las asignaciones de nivelación [art. 157.1.a), c) y d) de la CE] (por todas, STC 13/2007, FF. JJ. 5, 6 y 11), los recargos sobre tributos estatales [art. 157.1.a) CE] (consúltese la STC 150/1990, de 4 de octubre, FJ 4) y las operaciones de crédito [art. 157.1.e) CE] (véanse las SSTC 11/1984, de 2 de febrero; 179/1987; 135/1992, y 87/1993, de 11 de marzo).

En resumen, en virtud de los arts. 133.1, 138, 149.1.11.^a, 149.1.13.^a, 149.1.14.^a, 156.1 y 157.3 CE, es evidente que en materia de financiación de las CC. AA. es el Estado el que más tiene que decir, y lo que diga pueda imponerlo en virtud del principio de coordinación.

V. LAS EXIGENCIAS Y LOS LÍMITES DE LA COOPERACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DE FINANCIACIÓN AUTONÓMICA

Sentado lo anterior, sin embargo, es preciso subrayar que, como hemos apuntado antes, en todas estas materias, en la medida en que: a) estamos ante recursos propios de las CC. AA. (art. 157.1 CE), b) están en juego sus competencias financieras (art. 157.3 CE), y c) está implicada su suficiencia y, en última instancia, su autonomía financiera, es evidente que el Estado tiene que establecer fórmulas para que dichos entes territoriales puedan participar, cooperar, en la toma de decisiones.

Conforme ha señalado el Tribunal Constitucional, el principio de cooperación «por lo general, no prejuzga cuál deba ser la concreta técnica a través de cuya mediación dicha coparticipación se articule» (SSTC 68/1996, FJ 10; 118/1998, de 4 de junio, FJ 12, y 194/2004, FJ 9); de manera que pueden «elegirse, en cada caso, las técnicas que resulten más adecuadas: el mutuo intercambio de información, la emisión de informes previos en los ámbitos de la propia competencia, la creación de órganos de composición mixta, etc.» (SSTC 40/1998, FJ 30, y 204/2002, FJ 30). Ahora bien, aunque «ha de reconocerse un cierto margen de maniobra en la determinación de los específicos mecanismos cooperativos que tienden a garantizar la concertación de ambos niveles de gobierno», «tal margen de libertad de configuración no puede, empero, concebirse como un ámbito totalmente inmune al control jurisdiccional», sino que «la, en principio, amplia esfera de libertad aludida puede eventualmente comprimirse en fun-

ción de la relevancia del ámbito de la política autonómica concernido en cada caso» (STC 68/1996, FJ 10; en parecidos términos, SSTC 118/1998 y 194/2004, FJ 9). Razón por la cual, precisamente, en la STC 68/1996, el Tribunal Constitucional exigió que el Estado estableciera una fórmula donde las Comunidades Autónomas pudieran cooperar en la determinación de los criterios de reparto de las subvenciones de manera más intensa que con el mero trámite de audiencia a las mismas, una fórmula de cooperación «en que las posiciones del Estado y de las Comunidades Autónomas —decía el Tribunal— resulten más equilibradas» (FJ 11).

Así pues, como hemos señalado, es evidente que a la hora de escoger las fórmulas de cooperación entre el Estado y las CC. AA., aunque existe «un margen de discrecionalidad» (SSTC 118/1998, FJ 12, y 194/2004, FJ 9), hay límites que deben respetarse. Y, a este respecto, con el fin de poner un poco de orden en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (que, como en tantas otras materias, ha dictado una doctrina del caso concreto), queremos hacer tres afirmaciones que consideramos ilustrativas.

En primer lugar, creemos que puede afirmarse que **las fórmulas de colaboración entre el Estado y las CC. AA. pueden tener tres intensidades diferentes**, de manera que podríamos distinguir entre: a) una colaboración de **intensidad mínima**, que es la que existe cuando se exige **previa audiencia o consulta** a la Comunidad Autónoma (*v. gr.*, disposición adicional tercera de la CE, y arts. 46.3 y 4 del EACan); b) una colaboración de **intensidad media**, que es la que se da cuando se exige la **negociación**, esto es, un diálogo en busca de un acuerdo (es el caso del art. 13 LOFCA, según la STC 13/2007, FJ 8); y c) una colaboración de **intensidad máxima**, que concurre cuando las normas reclaman un **acuerdo o consenso** entre el Estado y la Comunidad Autónoma [así lo hacen el art. 13.3 LOFCA (en su redacción por Ley Orgánica 7/2001), la disposición adicional segunda, aps. 1 y 2, de la Ley

Orgánica 6/1981, por la que se aprobó el anterior Estatuto de Autonomía de Andalucía; y la disposición transitoria primera, aps. 1 y 2, de la LOFCA, en su versión original].

En segundo lugar, estimamos que dicha colaboración entre el Estado y las CC. AA., cuando es de **intensidad media o máxima**, puede producirse, en esencia, o bien en una **Conferencia Sectorial** (esto es, una Comisión multilateral integrada por miembros del Gobierno central y por representantes de los Consejos de Gobiernos de todas las CC. AA.: véanse las SSTC 76/1983, FJ 13, y 194/2004, FJ 9), o en una **Comisión Bilateral de Cooperación** (es decir, una **Comisión Mixta** compuesta por miembros del Gobierno central y representantes de una sola Comunidad Autónoma).

En tercer lugar, en fin, estamos convencidos de que **la intensidad que deba tener la colaboración de las CC. AA. con el Estado y el órgano en que esta debe producirse depende, en esencia, de tres factores**. En primer término, claramente, como ha señalado el Tribunal Constitucional, de la **relevancia del ámbito de la política autonómica concernido en cada caso** (SSTC 68/1996, FJ 10), lo que podríamos calificar como un **límite por abajo**. En segundo término, como se desprende de la STC 250/1988, de 20 de diciembre (FJ 4), **del alcance de las propias competencias y, en general, atribuciones del Estado** —lo que podríamos denominar un **límite por arriba**—, **a las que**, conforme a reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, **no puede renunciar**, en tanto que son indisponibles [entre muchas otras, SSTC 163/1994, de 26 de mayo, FJ 3; 133/1997, de 16 de julio, FJ 6; 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 4.a), y 331/2005, de 15 de diciembre, FJ 10.b)]; en particular, es evidente que el alcance de la cooperación de las CC. AA. en estas materias tiene como límites muy claros los arts. 2, 133, 138, 139.1 y 156. Y, finalmente, estamos convencidos de que la elección entre una u otra fórmula cooperativa depende también de si en la materia de que se trate están

directamente implicados intereses de una sola o de todas las CC. AA., de manera que pueda existir colisión de intereses entre dos o más CC. AA. o un interés de carácter supracomunitario. En este sentido, en relación con la participación en los ingresos del Estado de las CC. AA., la STC 13/2007 subrayó que «dado que en la determinación de la participación de cada Comunidad Autónoma en los ingresos del Estado están en juego la suficiencia de todas las Comunidades Autónomas, su autonomía financiera y la solidaridad entre todas ellas (y, en último término, la suficiencia financiera del Estado y la de todo el sector público), es evidente la necesidad de que en este ámbito se adopte la decisión correspondiente de forma coordinada entre el Estado y las Comunidades Autónomas en el seno de un órgano en el que estén representados todas estas y aquel. Y, en la actualidad, de acuerdo con el art. 3.1 LOFCA, es al Consejo de Política Fiscal y Financiera, [...], a quien corresponde la coordinación «entre la actividad financiera de las Comunidades Autónomas y de la Hacienda del Estado» (art. 3.1 LOFCA). [...] Por tanto la intervención de la Comisión Mixta reclamada por el Parlamento de Andalucía no puede ignorar o soslayar el señalado marco de coordinación y cooperación interterritorial pues [...] este marco ha de ser necesariamente respetado para subvenir a los principios establecidos en el art. 156.1 CE» (FJ 8). Aunque, naturalmente, la circunstancia de que, en aquellos casos en los que está en juego la autonomía

financiera y suficiencia de todas las CC. AA., y la solidaridad entre todas ellas, la cooperación de dichos entes con el Estado deba tener lugar **preceptivamente** en el marco de una conferencia sectorial, no significa que las llamadas Comisiones Mixtas tengan vetada cualquier tipo de actuación en este ámbito (STC 13/2007, FJ 8, *in fine*; y, posteriormente, en la misma línea, SSTC 31/2010, de 28 de junio, FJ 130; y 76/2014, de 8 de mayo, FJ 4).

En cambio, por ejemplo, dado que, conforme al art. 13.2 LOFCA, el llamado Fondo de Suficiencia Global cubre la diferencia entre las necesidades de gasto de cada Comunidad Autónoma y la suma de su capacidad tributaria y la transferencia del Fondo de Garantía de Servicios Públicos Fundamentales, es constitucionalmente viable que el valor inicial de dicho Fondo de cada Comunidad Autónoma se fije mediante acuerdo de una Comisión Mixta. Ahora bien, aunque no existe inconveniente alguno en que en esta materia la LOFCA o los Estatutos de Autonomía establezcan la necesidad de que el Estado y las CC. AA. lleguen a un acuerdo, como ha señalado el Tribunal Constitucional (SSTC 40/1998, FJ 30, y 13/2007, FJ 9), cuando, pese a que ambas partes han actuado con lealtad constitucional, no consiguen llegar a un acuerdo, si la materia reclama necesariamente una decisión, esta corresponde tomarla en última instancia al Estado, en virtud de las competencias exclusivas que tiene en materia de financiación autonómica.

BIBLIOGRAFÍA

AJA FERNÁNDEZ, E., *Estados Autonómicos. Federalismos y Hechos diferenciales*, Alianza Editorial, Madrid, 1999.

ARIAS ABELLÁN, M. D., «La ordenación jurídica de los recursos financieros en el Estatuto de Autonomía de Cataluña», *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, núm. 6, 2008.

ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, J. y ZORNOZA PÉREZ, J. (Dirs.), *La distribución del poder financiero en España. Libro homenaje al profesor Juan Ramallo Massanet*, Marcial Pons, Madrid, 2014.

CALVO ORTEGA, R., *Crisis de la Financiación Autonómica*, Aranzadi, Navarra, 2015.

ESCRIBANO LÓPEZ, F., «La Reforma de la financiación autonómica en el marco de los nuevos Estatutos», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 62, 2006.

FERREIRO LAPATZA, J. J., «El sistema de financiación autonómica de Cataluña: Estatuto y Constitución», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 32, 2006.

GARCÍA MORILLO, J. y PÉREZ TREMPES, P., *Constitución y Financiación Autonómica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

GARCÍA NOVOA, C., «El sistema de financiación en la reforma del Estatuto Catalán ¿es compatible con el orden constitucional?», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 32, 2006.

GARCÍA RUIZ, J. L. y GIRÓN REGUERA, E., «La financiación autonómica: ¿competencia constitucional o estatutaria?», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 75, 2005.

GIRÓN REGUERA, E., «La incidencia de la reforma de los Estatutos de Autonomía en la financiación autonómica», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 80, 2007.

- *El sistema de fuentes normativas de la financiación autonómica andaluza*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2006.
- *La financiación autonómica en el sistema constitucional español*, Servicio de Publicaciones de la Universidad, Cádiz, 2003.

LÓPEZ MARTÍNEZ, J. y PÉREZ LARA, J. M. (Dir.), *La reforma de la financiación territorial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

MEDINA GUERRERO, M., *La Hacienda de la Comunidad Autónoma Andaluza, El Estatuto de Andalucía I. Las competencias*, Ariel, Barcelona, 1990, págs. 99-103.

- «Financiación autonómica y control de constitucionalidad (algunas reflexiones sobre la STC 13/2007)», *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 6, 2008.
- «Las Haciendas Autonómica y Local en la STC 31/2010», *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 12, 2011.

MERINO JARA, I. (Dir.), *La revisión del Régimen Común de Financiación Autonómica*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2012.

PAGÉS I GALTÉS, J., *Financiación autonómica, local y sectorial en el nuevo Estatuto de Cataluña*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

- «Las Haciendas Locales en el nuevo Estatuto de Cataluña», *Revista Tributos Locales*, núm. 63, 2006.
- «La financiación autonómica en la Sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto catalán de 2006», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. extra 1, 2010.

PÉREZ ROYO, F. y MEDINA GUERRERO, M., «Estudio sobre las disposiciones fiscales en la reforma del Estatuto de Cataluña», en AA. VV., *Estudios sobre la reforma del Estatuto*, Institut d'Estudis Autonòmics, Generalitat de Catalunya, 2004.

Artículo 158

1. *En los Presupuestos Generales del Estado podrá establecerse una asignación a las Comunidades Autónomas en función del volumen de los servicios y actividades estatales que hayan asumido y de la garantía de un nivel mínimo en la prestación de los servicios públicos fundamentales en todo el territorio español.*

2. *Con el fin de corregir desequilibrios económicos interterritoriales y hacer efectivo el principio de solidaridad, se constituirá un Fondo de Compensación con destino a gastos de inversión, cuyos recursos serán distribuidos por las Cortes Generales entre las Comunidades Autónomas y provincias, en su caso.*

Sumario: I. Las asignaciones de nivelación. II. El Fondo de Compensación Interterritorial.

JUAN IGNACIO MORENO FERNÁNDEZ
LETRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. LAS ASIGNACIONES DE NIVELACIÓN

El art. 157.1 CE prevé como uno de los recursos que eventualmente coadyuvan a la financiación de las Comunidades Autónomas el de *otras asignaciones con cargo a los Presupuestos Generales del Estado* [letra c)], asignaciones entre las cuales se encuentran aquellas a la que hace referencia el art. 158.1 del texto constitucional y que **se destinan a garantizar un nivel mínimo en la prestación de los servicios públicos fundamentales** en todo el territorio español. Por su parte, el art. 15.2 de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA), en su redacción previa a la modificación operada por la Ley Orgánica 3/2009, de 18 de diciembre, condicionaba la aplicación de aquellas asignacio-

nes a que las Comunidades Autónomas que hubieran de recibirlas *no llegara[n] a cubrir* un nivel mínimo de la prestación del conjunto de los servicios públicos fundamentales que hubieran asumido con la utilización de los recursos financieros regulados en los arts. 11 y 13 LOFCA (esto es, de los recursos derivados de la cesión de tributos del Estado y de la participación en los ingresos del Estado a través del *Fondo de suficiencia*, respectivamente). Sin embargo, tras la modificación operada por aquella Ley Orgánica 3/2009, la garantía de ese nivel mínimo se lleva a cabo a través del *Fondo de Garantía de Servicios Públicos Fundamentales*, que se dota conjuntamente mediante una participación de las Comunidades Autónomas (con un porcentaje de sus tributos cedidos) y otra del Estado, y se dirige a asegurar que cada Comunidad Autónoma reciba los mismos recursos por habitante (ajus-

tados en función de sus necesidades diferenciales) para financiar los servicios públicos fundamentales.

Como tiene dicho el Tribunal Constitucional, «la participación en los ingresos del Estado es **una más entre las diversas fuentes de financiación** que se prevén para las Comunidades Autónomas, junto con, además, para algunas de ellas, las asignaciones de nivelación, llamadas a garantizar un nivel mínimo en la prestación de los servicios públicos fundamentales [arts. 158.1 CE y 4.2.a) LOFCA], las transferencias del Fondo de Compensación Interterritorial, destinadas a la cobertura de los gastos de inversión [arts. 158.2 CE y 4.2.b) LOFCA], y las transferencias de la Unión Europea por los fondos estructurales y el de cohesión» (SSTC 13/2007, de 18 de enero, FJ 5; y 58/2007, de 12 de marzo, FJ 4). Pues bien, aunque las *asignaciones de nivelación de los servicios públicos fundamentales* se configuran por las normas que integran el bloque de la constitucionalidad como una fuente más de financiación de las Comunidades Autónomas dirigidas a dotarlas de la necesaria suficiencia financiera que les permita ejercer la autonomía financiera constitucionalmente consagrada, sin embargo lo hacen como un **instrumento de carácter extraordinario** que únicamente procede activar «en aquellos supuestos en los que los restantes recursos o instrumentos dirigidos a la financiación de las Comunidades Autónomas (en particular, el rendimiento de los tributos propios, de los tributos cedidos y de la participación en los tributos del Estado) sean insuficientes para garantizar la consecución de un nivel mínimo en la prestación de aquellos servicios públicos que tengan la consideración de fundamentales» [SSSTC 13/2007, de 18 de enero, FJ 11; 58/2007, de 12 de marzo, FJ 5; y 217/2013, de 19 de diciembre, FJ 6.b)].

Basta con acudir a la Exposición de Motivos que acompañaba al primer Proyecto de Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas (BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 66-I, 11 de julio de

1979) para comprobar cómo la idea básica que presidía esta norma era la de que la financiación del coste de los servicios transferidos se efectuase fundamentalmente mediante el grupo de recursos constituido por los ingresos de Derecho privado, las aportaciones del Estado en forma de transferencias o como tributos estatales cuya recaudación se cede, así como por los recursos que procedían de la propia capacidad impositiva de la Comunidad. Ahora bien, además de las anteriores fuentes de financiación comunes para todas las Comunidades Autónomas, la ley recogía otras dos que **no tenían carácter general ni habitual** y, entre las que se encontraba, *una fuente de financiación excepcional que, además, debía ser especificada en cada caso en el Presupuesto anual del Estado y en el de la respectiva Comunidad Autónoma y que consistía en determinadas y excepcionales asignaciones del Presupuesto del Estado a favor de una Comunidad cuyos anteriores recursos financieros, plenamente utilizados, no le permitiese suministrar el nivel mínimo de servicios garantizado en todo el territorio nacional* (ap. II: Recursos financieros).

El Acuerdo del Consejo de Política Fiscal y Financiera 1/1986, de 7 de noviembre, por el que se aprobaba el método para la aplicación del sistema de financiación de las Comunidades Autónomas en el período 1987-1991, señalaba que [d]urante el período transitorio, la participación en los ingresos del Estado ha[bía] garantizado el coste efectivo de los servicios transferidos, por lo cual las insuficiencias puestas de manifiesto se ha[bían] compensado por la Hacienda estatal. No obstante, añadía que, dado que la participación en los ingresos del Estado, fijada en función de variables socioeconómicas, no refleja[ba] el cumplimiento de dicha garantía, debía asumirse como tarea inmediata el estudio y análisis de los servicios públicos fundamen-

tales, la determinación de su nivel medio de prestación y su relación con los recursos que el sistema proporciona a cada Comunidad para la prestación de los mismos (ap. 6). Por esta razón, aunque con fecha de 10 de noviembre de 1987 se creó un grupo de trabajo —dentro del Consejo de Política Fiscal y Financiera—, nunca llegaría a adoptar ningún acuerdo de consenso, pues una buena parte de las Comunidades Autónomas pretendían calificar como *esenciales* todos los servicios públicos transferidos (se trataba de Andalucía, Aragón, Baleares, Canarias, Castilla y León, y Extremadura).

En el siguiente *Acuerdo del Consejo de Política Fiscal y Financiera 1/1992, de 20 de enero, sobre el sistema de financiación autonómica en el período 1992-1996*, se acordó que el Grupo de Trabajo creado en la sesión celebrada el día 7 de noviembre de 1986 debía emitir, antes del día 30 de junio de 1992, un informe sobre la aplicación del art. 15 de la LOFCA en el que se ha[ría] referencia a la definición de los servicios fundamentales y a los procedimientos técnicos que perm[iti]esen identificar sus costes reales en cada territorio, así como a las posibles prioridades en cuanto a la aplicación del mecanismo de nivelación, de tal manera que [c]oncluido ese informe, previo acuerdo del Consejo de Política Fiscal y Financiera, se aplica[rían] los mecanismos financieros previstos en dicho art. 15, el 1 de enero de 1993 (ap. IV.1). No obstante lo pretendido, el grupo de trabajo volvió a fracasar. Sí concluyó considerando como «**esenciales**», sin embargo, los servicios de educación y sanidad.

Ese fracaso sería reconocido expresamente por el siguiente *Acuerdo del*

Consejo de Política Fiscal y Financiera 1/1996, de 23 de septiembre, por el que se aprueba el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas para el quinquenio 1997-2001, al señalar que el Grupo de Trabajo no logró diseñar unas reglas para la aplicación del art. 15 de la LOFCA, con lo que este problema se revalidó como la cuestión reiteradamente pendiente cuya falta de solución impedía el cierre del sistema, razón por la cual, acordó en su momento encomendar la elaboración de un estudio comprensivo de las medidas para aplicar el art. 15 de la LOFCA, que se presentó en marzo de 1995 y en el que, ante la preponderancia de los recursos derivados de las transferencias, se proponía un aumento de la corresponsabilidad fiscal de las Comunidades Autónomas para limitar las transferencias a la función de nivelación interna del sistema (ap. II del Acuerdo Primero). No obstante, una vez más el Consejo de Política Fiscal y Financiera acordó la creación de un Grupo de Trabajo, que deberá elaborar y elevar a la aprobación del Consejo, dentro del año 1997, una propuesta de instrumentación jurídica, financiera y presupuestaria de las asignaciones de nivelación de los servicios públicos fundamentales, a las que se refiere el art. 15 de la LOFCA (Acuerdo Sexto).

A continuación, el *Acuerdo del Consejo de Política Fiscal y Financiera 2/2001, de 27 de julio, por el que se aprueba el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común* (el denominado **sistema definitivo**), previó como recursos fuera del sistema de financiación tanto las asignaciones de nivelación como el Fondo de Compensación Interterritorial, proponiendo que aquellas se orien[tasen] sobre dos servi-

cios sobre los que hay consenso en cuanto a su carácter de servicios públicos fundamentales en todo el territorio español, a saber, la educación y la sanidad. Así, [c]uando se produ[jese] una desviación de más de 3 puntos respecto de la medida nacional, se abri[ría] una negociación entre la Administración General del Estado y la de la respectiva Comunidad Autónoma, en la cual se analiza[rían] las causas y posibles soluciones, de forma que, examinada en su conjunto la financiación de la Comunidad, se conclu[yese] en la procedencia o no de que esta partici[pase] en dichas asignaciones de nivelación. Se valorar[rían] de forma especial los incrementos de costo que en la prestación de los citados servicios públicos su[pusiese] la extensión del territorio (ap. 5.1).

Finalmente, uno de los principales rasgos del *Acuerdo del Consejo de Política Fiscal y Financiera 6/2009, de 15 de julio, para la reforma del sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y ciudades con Estatuto de Autonomía*, ha sido el de instrumentar la garantía de nivelación a través de un **Fondo de Garantía de Servicios Públicos Fundamentales**, con el fin de asegurar que cada Comunidad Autónoma recibe los mismos recursos por habitante para financiar los servicios públicos fundamentales esenciales del Estado de Bienestar (ap. II del Preámbulo de la Ley 22/2009) y que se distribuye entre las Comunidades en función de su población ajustada por los indicadores de necesidad (población de padrón, superficie, dispersión, insularidad, población protegida por el sistema sanitario estratificada por grupos de edad, población mayor de 65 años y población de 0 a 16 años) (art. 9 Ley 22/2009).

Pues bien, **solo dos normas estatutarias** tuvieron reconocido originariamente y de forma expresa un eventual acceso a este medio de financiación, como sucedió con las disposiciones adicionales segunda de las Leyes Orgánicas 6/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para Andalucía, y 1/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de Extremadura. En la actualidad aunque, a excepción de Navarra, las restantes normas estatutarias prevén de forma genérica como una fuente más de entre las posibles para la financiación de la Comunidad Autónoma, la de *otras asignaciones con cargo a los Presupuestos Generales del Estado*, solo algunas hacen referencia textual a las *asignaciones de nivelación*, como sucede con el art. 176.2.d) de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, con el art. 104.6 de la Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón, con el art. 55.1 de la Ley Orgánica 10/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Canarias, y, en fin, con el art. 206.3 de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña. Ahora bien, hay que señalar que **la falta de previsión estatutaria del mecanismo de nivelación no impide su asignación** a una Comunidad Autónoma siempre que se halle ante una insuficiencia de nivel en la prestación de servicios públicos fundamentales que no sea sanada por los instrumentos de financiación ordinarios.

A diferencia del mecanismo de financiación previsto en el art. 158.2 CE), que exige la constitución de un Fondo de Compensación (*se constituirá*, dispone el citado precepto) con destino a gastos de inversión para corregir desequilibrios económicos interterritoriales, el mecanismo previsto en el art. 158.1 CE funciona de manera **excepcional y subsidiaria a la financiación ordinaria**, de modo que solo es obligado dotarlo presupuestariamente cuando las fuentes de financiación ordinarias se muestren insuficientes para garantizar un nivel mínimo en la prestación de

servicios en una determinada parte del territorio nacional [SSTC 13/2007, de 18 de enero, FJ 11; 58/2007, de 12 de abril, FJ 5; 217/2013, de 19 de diciembre, FJ 6.b); y 96/2016, de 12 de mayo, FJ 4.a)]. No se trata, pues, **ni de un recurso ordinario**, sino antes al contrario, «de carácter extraordinario» [SSTC 13/2007, de 18 de enero, FJ 11; 58/2007, de 14 de marzo, FJ 5; y 96/2016, de 12 de mayo, FJ 4.a)], **ni de un de recurso de obligatoria dotación anual**, esto es, de un recurso «que el Estado deba consignar obligatoriamente en los Presupuestos Generales de cada ejercicio económico» [SSTC 13/2007, de 18 de enero, FJ 11; 58/2007, de 14 de marzo, FJ 5; 100/2013, de 23 de abril, FJ 4; 101/2013, de 23 de abril, FJ 11; y 217/2013, de 19 de diciembre, FJ 6.b)]. Es al Estado a quien corresponde, «atendiendo a la totalidad de los instrumentos para la financiación de las Comunidades Autónomas, a las necesidades de cada una de estas y a las posibilidades reales del sistema financiero del Estado, decidir si procede dotar y en qué cuantía las asignaciones de nivelación, en virtud de la competencia exclusiva que sobre la materia le atribuye el art. 149.1.14.^a CE (Hacienda general)» (SSTC 13/2007, de 18 de enero, FJ 11; 58/2007, de 14 de marzo, FJ 5; 31/2010, de 28 de junio, FJ 138; 100/2013, de 23 de abril, FJ 4; y 101/2013, de 23 de abril, FJ 11).

En consecuencia, siendo claro que tanto los mecanismos niveladores previstos en el art. 15.2 LOFCA como los previstos en todas las normas estatutarias responden «a la exigencia concretada en el art. 158.1 CE, al tener idéntica naturaleza y finalidad: la de garantizar un nivel mínimo en la prestación de los servicios públicos fundamentales en todo el territorio español» [SSTC 13/2007, de 18 de enero, FJ 11; 58/2007, de 12 de marzo, FJ 5; y 217/2013, de 19 de diciembre, FJ 6.a)], es igual de claro que **no existe** una obligación por parte del Estado de dotarlas anualmente, ni, por tanto, **un derecho a su percepción por parte de las Comunidades Autónomas** que tienen expresamente prevista como posible esa fuente excepcional de financiación. No hay que olvidar que «no existe un derecho de las Comuni-

dades Autónomas constitucionalmente consagrado a recibir una determinada financiación, sino un derecho a que la suma global de los recursos existentes de conformidad con el sistema aplicable en cada momento se reparta entre ellas respetando los principios de solidaridad y coordinación. Por este motivo, habida cuenta de que la cifra de la financiación no es ilimitada y de que su distribución debe efectuarse de conformidad con los intereses generales y en función de los de todos los entes territoriales afectados, no puede pretender cada Comunidad Autónoma para la determinación del porcentaje de participación que sobre aquellos ingresos le pueda corresponder, la aplicación de aquel criterio o variable que sea más favorable en cada momento a sus intereses» [SSTC 13/2007, de 18 de enero, FJ 5; 58/2007, de 14 de marzo, FJ 3; 237/2007, de 8 de noviembre, FJ 4; 238/2007, de 21 de noviembre, FJ 4; 32/2012, de 15 de marzo, FJ 7; 123/2012, de 5 de junio, FJ 7; 133/2012, de 19 de junio, FJ 4; y 96/2016, de 12 de mayo, FJ 6.a)].

II. EL FONDO DE COMPENSACIÓN INTERTERRITORIAL

El art. 157.1 CE prevé, como uno de los recursos para la financiación de las Comunidades Autónomas, las *[t]ransferencias de un fondo de compensación interterritorial* [letra c)], transferencias respecto de las cuales el art. 158.2 CE añade que *[c]on el fin de corregir desequilibrios económicos interterritoriales y hacer efectivo el principio de solidaridad se constituirá un Fondo de Compensación con destino a gastos de inversión, cuyos recursos serán distribuidos por las Cortes Generales entre las Comunidades Autónomas y provincias, en su caso* (de acuerdo con el procedimiento previsto en el art. 74.2 CE, que se inicia en el Senado y cuya decisión debe adoptarse por mayoría de cada una de las Cámaras).

En desarrollo del Texto Constitucional, la LOFCA establece como otro de los recursos que, en su caso, pueden obtener las Comunidades

Autónomas, [l]as transferencias de los Fondos de Compensación Interterritorial, cuyos recursos tienen el carácter de **carga general del Estado** a los efectos previstos en los arts. 2, 138 y 158 de la Constitución [art. 4.2.b)]. Y añade posteriormente: [d]e conformidad con el principio de solidaridad interterritorial a que se refiere el ap. 2 del art. 158 de la Constitución, en los Presupuestos Generales del Estado se dotará anualmente un Fondo de Compensación, cuyos recursos tienen el carácter de carga general del Estado, tal y como se determina en el art. 4.2.b) de esta Ley (art. 16.1 LOFCA). Este Fondo se destinará principalmente a financiar proyectos de carácter local, comarcal, provincial o regional de infraestructuras, obras públicas, regadíos, ordenación del territorio, vivienda y equipamiento colectivo, mejora del hábitat rural, transportes y comunicaciones y, en general, aquellas inversiones que coadyuven a disminuir las diferencias de renta y riqueza en el territorio español (art. 16.6 LOFCA). Su distribución se hará por las Cortes Generales, de conformidad a lo establecido en el art. 74.2 de la Constitución, entre Comunidades Autónomas y Ciudades con Estatuto de Autonomía (art. 16.1 LOFCA).

La **primera norma legal** que se dictó en desarrollo de la LOFCA fue la Ley 7/1984, de 31 de marzo, del Fondo de Compensación Interterritorial (pues con anterioridad el Fondo de Compensación se regulaba directamente por los Presupuestos Generales del Estado en función de los criterios adoptados por el Acuerdo del Consejo de Política Fiscal y Financiera de 16 de septiembre de 1981), que atribuía la condición de **beneficiarias del Fondo a todas las Comunidades Autónomas** (art. 4.1) y fijaba una dotación no inferior al 30 por 100 de la inversión pública (art. 2.2), esto es, del conjunto de gastos destinados a inversiones reales que figuren en los presupuestos generales del Estado, excluidos los gastos destinados a con-

servación, mejora y sustitución del capital afecto a la prestación de los servicios públicos correspondientes a las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas (art. 3.1).

Posteriormente, sería la Ley 29/1990, de 26 de diciembre (modificada por la Ley 31/1994, de 24 de noviembre, exclusivamente en lo referente al órgano encargado del control parlamentario de los proyectos financiados con cargo al Fondo), la que, asumiendo las previsiones del Acuerdo 1/1986, del Consejo de Política Fiscal y Financiera, dejó de considerar el citado Fondo como un mecanismo de financiación básica para configurarlo **como un instrumento de desarrollo regional**, en coherencia con la política comunitaria y, concretamente, de la puesta en práctica de criterios de selectividad en las acciones de desarrollo regional. Para ello, limitó las Comunidades perceptoras a aquellas que tuviesen la condición de regiones beneficiarias de los «Fondos Estructurales de Objetivo I» (excluyendo, por tanto, a los territorios con mayor renta) y adoptó un sistema de distribución próximo al del «Fondo de Desarrollo Regional». Así, fijaba como beneficiarias para los ejercicios 1990 y 1991 —y habilitaba a la Ley de Presupuestos Generales del Estado a determinar las Comunidades beneficiarias para los ejercicios siguientes— a las Comunidades Autónomas de **Galicia, Andalucía, Canarias, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Extremadura, Murcia, Comunidad Valenciana y Asturias** (disposición transitoria tercera).

A continuación, la Ley 22/2001, de 27 de diciembre, reguladora de los Fondos de Compensación Interterritorial, fruto del Acuerdo del Consejo de Política Fiscal y Financiera 2/2001, de 27 de

julio, distinguió dos Fondos de Compensación Interterritorial: el «**Fondo de Compensación**» y el «**Fondo Complementario**». El primero, en aplicación del art. 158.2 CE, que se destinaría a gastos de inversión, y el segundo, que se dirigiría a financiar la puesta en marcha o el funcionamiento de inversiones (hasta un máximo de dos años), es decir, los gastos corrientes asociados a la inversión (art. 6). Además, **se daba entrada en el Fondo a las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla** [a razón de un 0,75 por 100 de la base de cálculo más un 0,035 por 100 del valor añadido bruto al coste de los factores (art. 4.2)], mediante el incremento del mismo en la cuantía correspondiente a estas últimas Ciudades. La suma de todas estas partidas eleva la cuantía mínima del Fondo de Compensación desde el día 1 de enero de 2002 al 31,24 por 100 de la inversión pública aprobada por los Presupuestos Generales del Estado. La dotación anual del «Fondo de Compensación» consistiría en una cantidad que *no podrá ser inferior al 22,5 por 100 de la base de cálculo de la inversión pública que haya sido aprobada en los Presupuestos Generales del Estado del ejercicio* [art. 16.3.a) LOFCA], que se distribuirá entre las Comunidades Autónomas receptoras conforme al criterio de [l]a inversa de la renta por habitante, [l]a tasa de población emigrada en los últimos diez años, [e]l porcentaje de desempleo sobre la población activa, [l]a superficie territorial, [e]l hecho insular; en relación con la lejanía del territorio peninsular y [o]tros criterios que se estimen pertinentes (art. 16.4 LOFCA). A la anterior dotación se le añade, además, un 1,5 por 100 de la cantidad anterior y el importe que se asigne legalmente en función de la variable «Ciudad con Estatuto de Autonomía» [art. 16.3.b) LOFCA] (es decir, el 0,33 por 100 de la

inversión pública, según la STC 101/2013, de 23 de abril, FJ 6), y otro 4,02 por 100 de la cantidad determinada en primer lugar y *el importe que se asigne por la variable de «región ultraperiférica»* [art. 16.3.c)] (esto es, el 0,90 por 100 de la inversión estatal, según la STC 101/2013, de 23 de abril, FJ 6). Por su parte, el «Fondo Complementario» *se dotará anualmente en los Presupuestos Generales del Estado, cuyos recursos tendrán asimismo el carácter de carga general del Estado* (art. 16.2 LOFCA) *y se destinará a gastos de inversión, sin perjuicio de que también pueda destinarse a financiar gastos de funcionamiento asociados a las inversiones financiadas con cargo al Fondo de Compensación o a este Fondo* (art. 16.5 LOFCA). La dotación es de *una cantidad equivalente al 33,33 por 100 de su respectivo Fondo de Compensación* (art. 16.5 LOFCA).

Finalmente, la Ley 23/2009, de 18 de diciembre, de modificación de la Ley 22/2001, de 27 de diciembre, consecuencia del Acuerdo del Consejo de Política Fiscal y Financiera 6/2009, de 15 de julio, fijó **la variable de «región ultraperiférica»** en el 1 por 100 de la cantidad resultante de aplicar el 22,5 por 100 a la base de cálculo.

Al igual que sucedía con las «asignaciones de nivelación», el Fondo de Compensación Interterritorial es **otra fuente** más de financiación de las Comunidades Autónomas que se configura como un instrumento **de carácter extraordinario** que responde al principio de solidaridad interterritorial y que se dirige a corregir los desequilibrios regionales en materia de inversiones (SSTC 238/2007, de 21 de noviembre, FJ 3; 183/1988, de 13 de octubre, FJ 5; y 101/2013, de 23 de abril, FJ 6). Se trata, pues, también, de un mecanismo de nivelación regional. Ahora bien, a diferencia de las «asignaciones de nivelación» cuya dotación anual no era obligatoria para el Estado, el FCI **debe necesariamente**

dotarse todos los ejercicios en los Presupuestos Generales del Estado, aunque no para todas las Comunidades Autónomas, sino únicamente para aquellas que estén necesitadas de esa nivelación (en la actualidad, son las Comunidades Autónomas de Andalucía, Asturias, Canarias, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Extremadura, Galicia, Murcia y Comunidad Valenciana). Y ello porque es a las Cortes Generales a quien corresponde «adoptar la decisión sobre la distribución entre las Comunidades Autónomas —y Provincias, en su caso— de los recursos del Fondo de Compensación Interterritorial (art. 158.2 CE)» (STC 238/2007, de 21 de noviembre, FJ 4). En efecto, si el mecanismo de nivelación previsto en el art. 15 LOFCA tenía como finalidad garantizar un nivel mínimo en la prestación de los servicios públicos fundamentales en todo el territorio nacional, el regulado en el art. 16 LOFCA **tiende a garantizar unas inversiones (infraestructuras) mínimas en todo el territorio nacional**, razón por la cual, aunque haya que dotarlo necesariamente todos los años, solo se hará a favor de aquellas Comunidades Autónomas —o Provincias— cuyo desequilibrio económico sea necesario corregir.

Para el Tribunal Constitucional, de la normativa reguladoras del FCI se deducen **tres exigencias** insoslayables: «**que se dote** el correspondiente Fondo o Fondos (arts. 158.2 CE, 4.2 y 16.1 LOFCA 1996 y 2001, y 56.7 EAAnd); que la dotación tenga **carácter «anual»** (arts. 16.1 LOFCA 1996 y 2001); y que dicha dotación sea **como «mínimo»** para las Comunidades Autónomas equivalente **al 30 por 100 de la inversión pública** prevista en los Presupuestos Generales del Estado de cada ejercicio (art. 16.1 LOFCA 1996), mínimo al que hay añadir, desde el día 1 de enero de 2002, de un lado, un 0,3375 por 100 para las Ciudades con Estatuto de Autonomía [o, lo que es lo mismo, el 1,5 por 100 del Fondo de Compensación: art. 16.3.b) LOFCA 2001] y, de otro, un 0,9045 por 100 para las regiones ultraperiféricas [o, lo que es igual, el 4,02 por 100 del Fondo de Compensación: art. 16.3.c) LOFCA 2001], destinándose el 22,5 por 100 de aquella base de cálculo al Fondo de Compensación

[art. 16.3.a) LOFCA 2001] y el 7,5 por 100 restante al Fondo Complementario (o, lo que es lo mismo, el 33,33 por 100 del Fondo de Compensación: art. 16.5 LOFCA 2001)» (STC 238/2007, de 21 de noviembre, FJ 4; y también STC 101/2013, de 23 de abril, FJ 6). Eso sí, es importante tener presente que la normativa reguladora de los fondos de compensación interterritorial que sostiene la demanda tan solo exige «que los dos fondos, de compensación y complementario, **no sean inferiores al 30 por 100 de la inversión del Estado»** [SSTC 101/2013, de 23 de abril, FJ 6; 175/2013, de 10 de octubre, FJ 2.a); y 184/2014, de 6 de noviembre, FJ 3].

Es «la Ley de Presupuestos Generales del Estado la que tiene atribuida la función de fijar el porcentaje que, aplicado sobre la base del Fondo, determina su cuantía» (STC 238/2007, de 21 de noviembre, FJ 4; y también STC 101/2013, de 23 de abril, FJ 6), siendo al Estado, a través de sus Presupuestos Generales, a quien corresponde en exclusiva (en virtud de la competencia que sobre la materia le atribuye el art. 149.1.14 CE), tanto «acordar la dotación anual del correspondiente fondo» como decidir «la cuantía que sobre el mínimo exigido puede llegar a alcanzar el fondo de compensación interterritorial en cada ejercicio» (STC 238/2007, de 21 de noviembre, FJ 4). Eso sí, el destino de los fondos a los distintos proyectos de inversión «se efectuará de común acuerdo entre la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y Ciudades con Estatuto de Autonomía, en el seno del Comité de Inversiones Públicas» (art. 7.1 de la Ley 22/2001), siendo, una vez más, la Ley de Presupuestos Generales del Estado de cada ejercicio económico a quien corresponde la determinación expresa «de los proyectos de inversión y, en su caso, gastos de funcionamiento asociados, que se financien con cargo a los Fondos» (art. 7.2 de la Ley 22/2001).

Hasta la fecha, el Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre dos aspectos del FCI: los criterios de distribución y la forma de cálculo de la base del fon-

do, apreciando en ambos supuestos la conformidad de ambos con las exigencias derivadas de las normas que integran el bloque de la constitucionalidad (en este caso, la Constitución y la LOFCA). En efecto, en relación con los **criterios de distribución** o variables que establece el art. 16 LOFCA para el reparto del FCI, es doctrina del Tribunal Constitucional la de que corresponde a las Cortes Generales «la ponderación de los distintos índices o criterios se establecerá por ley y será revisable cada cinco años» (art. 16.1 LOFCA, *in fine*), lo que supone atribuirle «la fijación, tanto del porcentaje del Fondo a distribuir según cada criterio, como la definición operacionalizada de los índices representativos de cada uno de ellos, de acuerdo con la finalidad del Fondo» (SSTC 183/1988, de 13 de octubre, FJ 3; y 13/2007, de 18 de enero, FJ 5). Así, el Tribunal destaca «[e]l amplio margen de apreciación» que tiene el legislador en este campo, el cual «viene además reconocido por la LOFCA por cuanto le permite, no solamente fijar, como se ha dicho, la importancia relativa de cada uno de los criterios expresamente suministrados por la LOFCA, sino también introducir los criterios adicionales que se estimen procedentes [art. 16.1.1.f)]» (STC 183/1988, de 13 de octubre, FJ 3). Más concretamente y respecto de los criterios de reparto del FCI, señala el Tribunal que «es a las Cortes Generales a quienes corresponde la determinación del peso respectivo de cada criterio de distribución del FCI» (SSTC 183/1988, de 13 de octubre, FJ 4; y 13/2007, de 18 de enero, FJ 5). Por tanto, la apreciación de la mayor o menor conveniencia técnica de emplear unos u otros criterios o variables no solo corresponde en exclusiva al legislador, sino que «la decisión adoptada por este de acuerdo con criterios de oportunidad queda dentro del margen de actuación que le concede la LOFCA» (SSTC 183/1988, de 13 de octubre, FJ 4; y 13/2007, de 18 de enero, FJ 5).

Respecto de **la base de cálculo** que, conforme al art. 16.3.a) LOFCA, se concreta en la cifra de la inversión pública aprobada en los Presupuestos Generales del Estado, produciéndose todos los ejercicios un desfase entre la cifra de

la inversión pública que se toma como base de cálculo del FCI de cara a su integración en el proyecto de PGE y la cifra definitiva de esa inversión consagrada por los PGE, ha señalado el Tribunal Constitucional que «siendo cierto que las especialidades procedimentales para la aprobación de los presupuestos generales del Estado, así como para la determinación y destino de la cuantía del Fondo de Compensación Interterritorial, provocan un cierto desajuste entre la cifra de la inversión pública que se toma como base de cálculo del citado Fondo y la cifra de la inversión pública que finalmente es autorizada por la Ley de Presupuestos Generales del Estado, también lo es que dicho desajuste carecerá de trascendencia constitucional en tanto en cuanto la autorización de las Cortes Generales al Gobierno, consagrada en la cuantía de la dotación al Fondo de Compensación Interterritorial prevista en el instrumento presupuestario, no sea inferior al 30 por 100 de la cifra de la inversión pública aprobada definitivamente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado». A juicio del Tribunal Constitucional, entonces, lo único relevante desde un punto de vista constitucional «no es tanto que la dotación al Fondo se calcule sobre la cifra de la inversión pública estimada o sobre la finalmente autorizada, sino que la dotación autorizada sea igual o superior al límite mínimo exigido por las normas que integran el bloque de la constitucionalidad (art. 16.1 LOFCA), calculado sobre la cifra de la inversión pública «aprobada en los Presupuestos Generales del Estado del ejercicio» [art. 16.3.a) LOFCA], razón por la cual «una dotación calculada sobre la inversión pública estimada que supere el 30 por 100 de la inversión pública finalmente autorizada será perfectamente ajustada al orden constitucional» y, sin embargo, «una dotación al Fondo igual o superior al 30 por 100 de la inversión pública estimada que no llegase finalmente a alcanzar el 30 por 100 de la inversión pública autorizada sería contraria a las normas que integran el bloque de la constitucionalidad» (STC 238/2007, de 21 de noviembre, FJ 4).

Y así, concluye el Alto Tribunal que «la anterior conclusión no se ve desmerecida por el

hecho de que el legislador pudiera considerar oportuno habilitar la realización de un posterior ajuste en la cuantía del citado Fondo, de conformidad con los datos definitivos de cada ejercicio, como sucede, por ejemplo, con la liquidación definitiva del fondo de suficiencia de las Comunidades Autónomas (art. 15.2 de la Ley 21/2001, de 27 de diciembre), pues, como ya hemos tenido ocasión de señalar precisamente con relación a la aplicación de las diferentes variables del fondo de compensación interterritorial en los términos previstos por la Ley 7/1984, de 31 de marzo, «la apreciación de la mayor o menor conveniencia técnica de emplear unos datos u otros» —en el supuesto que ahora nos ocupa, de efectuarse o no un posterior ajuste de conformidad con los datos de inversión reales— corresponde en exclusiva al legislador de acuerdo con criterios de oportunidad «dentro del margen de actuación que le concede la LOFCA» (STC 183/1988, de 13 de octubre, FJ 4). Se trata, pues, de «una decisión eminentemente política que corresponde en exclusiva tomar a las Cortes Generales de acuerdo con el principio de solidaridad y en función de las posibilidades reales del país en su conjunto» (STC 13/2007, de 18 de enero, FJ 5), no sien-

do función de este Tribunal interferir en ese margen de apreciación del legislador, ni examinar la oportunidad de la medida legal, para decidir si es la más adecuada o la mejor de las posibles (en términos similares, SSTC 67/1989, de 18 de abril, FJ 1; 269/1994, de 3 de octubre, FJ 5; 33/2000, de 3 de febrero, FJ 4, y 13/2007, de 18 de febrero, FJ 4), sobre todo cuando «no existe un derecho de las Comunidades Autónomas constitucionalmente consagrado a recibir una determinada financiación, sino un derecho a que la suma global de los recursos existentes de conformidad con el sistema aplicable en cada momento se reparta entre ellas respetando los principios de solidaridad y coordinación», razón por la cual «no puede pretender cada Comunidad Autónoma para la determinación del porcentaje de participación que sobre aquellos ingresos le pueda corresponder la aplicación de aquel criterio o variable que sea más favorable en cada momento a sus intereses» [SSTC 13/2007, de 18 de enero, FJ 5; 58/2007, de 14 de marzo, FJ 3; 237/2007, de 8 de noviembre, FJ 4; 238/2007, de 21 de noviembre, FJ 4; 32/2012, de 15 de marzo, FJ 7; 123/2012, de 5 de junio, FJ 7; 133/2012, de 19 de junio, FJ 4; y 96/2016, de 12 de mayo, FJ 6.a)].

BIBLIOGRAFÍA

Apartado I:

CASTELLS, A., SORRIBAS, P. y VILALTA, M., *Las subvenciones de nivelación en la financiación de las Comunidades Autónomas: análisis de la situación actual y propuestas de reforma*, Universitat de Barcelona-IEF, Barcelona, 2005.

GARCÍA VILLAREJO, A., GAYUBO PÉREZ, P. y SALINAS SÁNCHEZ, J., *La nivelación de los servicios públicos en el modelo de financiación autonómica*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1999.

GRAU RUIZ, M. A., «STC 58/2007, de 14 de marzo: constitucionalidad de la determinación de la participación en los ingresos del Estado y las asignaciones de nivelación de servicios públicos fundamentales en la Ley de Presupuestos para 1999», *Crónica Tributaria*, núm. 156, 2015.

OLANO FERNÁNDEZ, C., «La nivelación de los servicios públicos fundamentales», *Palau 14*, núm. 3, 1987.

Apartado II:

ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C., «El Fondo de compensación interterritorial como dotación sometida al régimen del presupuesto público», en *Organización territorial del Estado (Comunidades Autónomas)*, vol. I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1984.

ÁLVAREZ GARCÍA, S., «Financiación autonómica y solidaridad interregional. La relación entre los fondos europeos y el fondo de compensación interterritorial», *Papeles de Economía Española*, núm. 108, 2006.

BIASCAS FERRER, J. A., *El fondo de compensación interterritorial: memoria de un cambio*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1992.

CASTELLS OLIVERES, A., «Unas notas sobre la reforma del Fondo de Compensación Interterritorial», *Hacienda Pública Española*, núm. 117, 1991.

DE URIARTE ZULUETA, M. M., «El fondo de compensación interterritorial», en *Organización territorial del Estado (Comunidades Autónomas)*, vol. I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1984.

FALCÓN Y TELLA, R., «El Fondo de Compensación Interterritorial», *Palau 14*, núm. 11, 1990.

- *La compensación financiera interterritorial y otras técnicas aplicativas del principio constitucional de solidaridad*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1986.
- «Leyes de Presupuestos, Fondo de Compensación y Comunidades Autónomas», *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 52, 1986.

FERNÁNDEZ LLERA, R., «Solidaridad, inversión pública y fondos de compensación interterritorial», *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 53, 2008.

GALARRAGA ALDANONDO, X., «El fondo de compensación interterritorial y la financiación de los servicios transferidos a las Comunidades Autónomas: equidad y algunas cuestiones pendientes», en *XV Jornadas de Estudio: El sistema económico en la Constitución española*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1994.

HERNÁNDEZ MARTÍN, V., «El principio de solidaridad y el Fondo de Compensación Interterritorial», en *Organización territorial del Estado (Comunidades Autónomas)*, vol. II, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1984.

LAGO PEÑAS, S., *Fondo de compensación interterritorial: análisis y propuestas de reforma*, Instituto de Administración Pública, Madrid, 2015.

LÓPEZ NIETO, A. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F., «Sobre el significado económico del fondo de compensación interterritorial», *Hacienda Pública Española*, núm. 84, 1983.

LOZANO SERRANO, C., «Consideración jurídica del Fondo de Compensación Interterritorial», en *Organización territorial del Estado (Comunidades Autónomas)*, vol. III, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1984.

LUCAS DURÁN, M., «Los fondos de compensación interterritorial en el nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas», en *La revisión del régimen común de financiación autonómica*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2011.

TOMÁS CARPI, J. A., «Las desigualdades regionales en España y el Fondo de Compensación Interregional», en *La Financiación de las autonomías*, Consellería de Economía y Hacienda, Valencia, 1979.

UTRILLA DE LA HOZ, A., «Los Fondos de Compensación Interterritorial como instrumento de política regional: efectividad relativa y necesaria de reforma», *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 81, 2015.

VIDAL PRADO, C., *El fondo de compensación interterritorial como instrumento de solidaridad*, Comares, Granada, 2001.

TÍTULO IX

DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL [ARTS. 159 A 165]

DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

PEDRO CRUZ VILLALÓN

CATEDRÁTICO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

PRESIDENTE EMÉRITO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La interpretación sistemática de la norma constitucional dista de ser la favorita de las reglas de la hermenéutica constitucional. Cualquiera de las otras, incluido el método comparado, tiene mayor predicamento. A su vez, dentro de la interpretación que busca el auxilio en el sistema, es solo ocasional al sistema propiamente dicho de la Constitución. Quizá el caso más prominente sea el de la reconducción de los derechos fundamentales en el sentido del art. 81 CE, la reserva de ley orgánica, a los «derechos fundamentales y libertades públicas» que el constituyente llevó al enunciado de la Sección 2.^a del Capítulo I de la Constitución, en definitiva a los declarados en los arts. 15 a 29 de la misma.

Tampoco es irrelevante, por más que resulte inútil rastrear su huella en la jurisdicción constitucional, el que el Título II se llame «De la Corona», rompiendo, quizá con acierto, con la tradición del enunciado «Del Rey» en las anteriores Constituciones monárquicas. Desde luego, puede discutirse el valor interpretativo de las opciones del constituyente en lo que a la estructura de la Constitución y a la de cada uno de los Títulos se refiere. En lo que sí cabría el acuerdo es en que estas opciones ayudan a entender la Constitución o, si se prefiere, a conocer la Constitución que tenemos, con independencia de que llegue o no la ocasión de, a partir de estos datos, dar una respuesta a un determinado litigio constitucional. Por dar todavía otro ejemplo, el dualismo semántico «reforma/visión» de la Constitu-

ción podría acaso encontrar una clave interpretativa en la circunstancia de que el Título X opte exclusivamente por el primero de los términos en lo que a su enunciado se refiere.

Sirva lo anterior para intentar justificar el intento que, en términos muy sencillos, a continuación se aborda respecto de la opción del constituyente de 1978 de dedicar un Título propio al Tribunal Constitucional. ¿Cómo aborda el Título IX la regulación de este órgano constitucional, en comparación con la de otros? ¿Cuál es, por ejemplo, el grado de detalle en el que lo hace? ¿En qué relación se encuentra con otros Títulos, en particular el VI y el X? ¿Qué enseñanzas, en definitiva, cabe extraer de todo esto, para un mejor conocimiento de nuestra Constitución?

Como reza su cabecera («Del Tribunal Constitucional»), el Título IX de la Constitución, con sus siete artículos (arts. 159 a 165), está dedicado a un órgano constitucional, el «Tribunal Constitucional», incluyendo, aun de la forma incompleta que se verá, su función correspondiente, la jurisdicción constitucional. Desde la perspectiva de sus antecedentes históricos, su precedente inmediato, y único, es el también Título IX, aunque en esa ocasión último, de la Constitución de la República Española de 9 de diciembre de 1931 («Garantías y reforma de la Constitución»), dedicado pues de forma conjunta al entonces «Tribunal de Garantías Constitucionales» y a la reforma de la Constitución, con un muy lejano prece-

dente, a su vez, lejano en la forma y en el fondo, en el Título X de la Constitución de Cádiz («De la observancia de la Constitución y del modo de hacer *variaciones* en ella»). Con la excepción del art. 125, el único dedicado a la reforma constitucional, la sistemática del resto de aquel Título IX de 1931 es ampliamente seguida por el Título IX de la Constitución vigente. Si en 1931 la jurisdicción constitucional compartía título, en esta ocasión, rompiendo la tradición que se indica, logra uno propio, el penúltimo del texto de 1978, lo que ya implica un reforzamiento de la posición de este órgano y de su función en el conjunto de la arquitectura constitucional.

La primera cuestión a valorar desde el enfoque sistemático que aquí importa es esta decisión adoptada por el constituyente de dedicar un título específico a lo que, desde otra perspectiva, no es en el fondo sino un tribunal de justicia, *otro* más, desgajándolo —así podría sostenerse— del título dedicado al resto de los tribunales, en concreto a los jueces y tribunales integrantes del «Poder Judicial», así definitivamente consagrado en la cabecera del actual Título VI de la Constitución. En este sentido importa particularmente tener en cuenta cómo el lenguaje del Título IX es inequívoco respecto de la naturaleza jurisdiccional de las funciones encomendadas a este órgano llamado también «tribunal». Si bien puede llamar la atención la reiteración con la que la Constitución habla de «miembros» del Tribunal Constitucional, evitando, sin que se sepa por qué, el término «magistrados» (que solo llegará con la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), el resto del Título IX utiliza indefectiblemente categorías propias de la función jurisdiccional: «jurisdicción» en primer lugar (art. 161 CE), «sentencias» [arts. 161.1.a), 164], «legitimados» (art. 162), «fallo» (art. 164), «cosa juzgada» (art. 164), «jurisprudencia» (...), «votos particulares» (art. 164), «recursos» (arts. 162, 164 CE), «procedimiento» (art. 165), «acciones» (art. 165), incluyendo una remisión a «las incompatibilidades propias de los miembros del poder judicial» (art. 159.4).

Esta opción por un título *autónomo*, distinto del VI, sería mucho más obvia si se tratara de un órgano como, por ejemplo, el Consejo Constitucional de la Constitución francesa de 1958, que no pone empeño alguno en presentarlo como un tribunal de justicia (Título VII de esa Constitución, precediendo al dedicado a «la autoridad judicial»). Pero en el caso del Tribunal Constitucional español de 1978, cabe perfectamente preguntarse por qué no se dio un paso más, siguiendo, por ejemplo y como se hizo en tantos otros extremos, el modelo de la Ley Fundamental de Alemania, donde el Tribunal Constitucional Federal ocupa cuatro artículos dentro de un Título dedicado genéricamente a la función «Jurisdicción». Bien es verdad que, en este caso, tampoco la función o procedimiento de reforma de la Ley Fundamental dispone de título propio, y sí únicamente de un artículo, el muy conocido art. 79, dentro del dedicado a la función «Legislación federal», dejando ahora de lado al ya tan peculiar art. 146, dedicado a la previsión de una «Constitución», aprobada por todo el pueblo alemán, que sustituya a la «Ley Fundamental».

Por su parte, la Ley Constitucional Federal de la República de Austria combina la inserción de la reforma de la Constitución (art. 44) dentro del Título dedicado a la Legislación Federal con el tratamiento relativamente autónomo del Tribunal Constitucional formando un Capítulo (C) dentro del Título dedicado a las garantías de la Constitución y de la Administración, al mismo nivel que los capítulos dedicados al Tribunal Administrativo (B) y a los Tribunales Administrativos de los *Länder*. Más próximo al precedente español de 1931 se revela la Constitución de la República italiana de 1947, la cual se cierra con un Título VI relativo a las «Garantías Constitucionales», dividido en dos Secciones, dedicadas respectivamente al Tribunal Constitucional y a la reforma de la Constitución.

Todo lo cual da pie a una consideración de sistema de algún mayor alcance: la suma en Alemania de la inserción de la justicia constitu-

cional dentro de la «Jurisdicción» junto con la de la reforma de la Constitución dentro de la «Legislación federal», contrastada con la opción española de dos Títulos finales referidos a cada una de estas materias, nos daría acaso comprensiones distintas de la norma constitucional. Dicho muy sencillamente, la primera de esas opciones parece reforzar la normalidad de la integración de la Constitución en el conjunto del ordenamiento jurídico nacional; la segunda, por el contrario, parece reforzar la singularidad de la Constitución dentro del mismo. En esto se puede apreciar una continuidad con el lenguaje del art. 9.1 CE cuando declara la sujeción de los ciudadanos y de los poderes públicos «a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico», apuntando a la conveniencia de distinguir el lugar singular de aquella en el conjunto de este último.

También hay que decir que, en términos dogmáticos, el cierre de la Constitución de 1978 con los referidos dos títulos sigue manteniendo, aunque debilitada, la vigencia de la comprensión de la jurisdicción constitucional como una subespecie, al lado de la otra, de la reforma constitucional, dentro de una especie de «garantías de la Constitución», formando así un binomio bastante caro a los constitucionalistas españoles: la jurisdicción constitucional sigue, de algún modo, *formando pareja* con la reforma de la Constitución en tanto que las dos garantías de la Constitución normativa. Esto, sin ser falso, tiene algo de mecanicista en la comprensión de la Constitución, como si todavía estuviera necesitada de subrayar su normatividad.

A la vez, este acercamiento *espacial* con la garantía de la reforma de la Constitución se traduce en un alejamiento del mismo carácter respecto del «Poder Judicial» (Título VI). Nada de esto puede llevar a sostener que el Tribunal Constitucional no sea «poder judicial», pero sí es suficiente para generar un obstáculo en esta línea de razonamiento.

El Título IX hace bien el llamarse por el órgano (Tribunal Constitucional), antes que por la

función, «Jurisdicción Constitucional». Y es que dicho Título IX no agota ni con mucho el tratamiento de sus funciones. Conviene, pues, ocuparse inmediatamente de los preceptos «exteriores» al Título IX, en particular del art. 123.1 CE. En efecto, a lo largo de la Constitución y fuera de dicho Título cabe encontrar estas otras funciones de jurisdicción constitucional, por orden de aparición: a) el art. 53.1, en forma de una remisión al art. 161.1.a), lo que es tanto como decir una remisión al control de constitucionalidad de las leyes en lo que hace a las de desarrollo de los derechos y libertades del Capítulo II del Título I de la Constitución; b) el art. 53.2, donde los derechos declarados en los arts. 14 a 30 son dotados de protección jurisdiccional singular, en particular por medio del recurso individual de amparo ante el Tribunal Constitucional, por más que de forma relativizada (el conocido «en su caso»); c) el art. 95.2, donde se prevé una posible Declaración previa del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad de los tratados internacionales; d) el art. 123.1, donde se describe la respectiva posición de los dos altos Tribunales, Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo, recurriendo a una fórmula singular (la «materia de garantías constitucionales»); e) el art. 153.a), donde se extiende el «monopolio de rechazo» del Tribunal Constitucional a las leyes autonómicas; y f) la Disposición Transitoria Novena, esta ya de carácter orgánico, con una previsión singular para el primer proceso de renovación del Tribunal, destinado conocidamente a poner en pie el sistema de su renovación de la composición del órgano por terceras partes cada tres años.

El simple repaso de estos preceptos relativos a la jurisdicción constitucional «exteriores» al Título IX confirma que el título que nos ocupa ha tenido a la vista antes al órgano que no a la función, o a las funciones. Con independencia de la «cláusula abierta» respecto de la adición de funciones de la jurisdicción constitucional por la vía de leyes orgánicas, el dibujo completo de las funciones atribuidas *ex Constitutione* requiere la lectura completa

de la Constitución. Ello vale en particular para el art. 95.2 CE, en cuanto introduce la única previsión de control *a priori* por parte de la propia Constitución, y el 123.1 CE, en cuanto nos ofrece la única descripción, por vaga que esta sea y como en seguida se verá, de la función «jurisdicción constitucional».

Conviene, en efecto, detenerse en el art. 123.1 CE por dos poderosas razones. Primero, porque ofrece el solo intento del constituyente por ofrecer una definición abstracta de la función de la jurisdicción constitucional. Segundo, porque esta definición debe regir la respectiva posición de Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo. En efecto, el Título IX, a diferencia de otros (Título II, art. 56.1; Título III, art. 66.1, sin olvidar el Título VI, en cuyo art. 117 la función del Poder Judicial no puede ser descrita en términos más lacónicos: «la justicia»), arranca directamente con la composición del Tribunal Constitucional, como si no se requiriese la identificación de su función en términos abstractos. Es solo en el tercero de sus artículos cuando se aborda, por vía de listado, lo que cabría calificar como el contenido constitucionalmente garantizado de sus distintas competencias, pero siempre como un agregado y de forma no exhaustiva. Es de esta forma como al Título VI (art. 123.1), en forma de elipsis y de modo indirecto, le corresponde proporcionar una fórmula descriptiva de la jurisdicción constitucional: en los términos sabidos, «Tribunal Supremo... es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales», en cuya materia hay que entender que el supremo es otro, cuya identificación *nominatim* la Constitución no ha considerado precisa: sería mínimo el esfuerzo de interpretación, de orden histórico, requerido para esclarecer qué entiende la Constitución por «garantías constitucionales».

La experiencia de las cuatro décadas de vigencia de la Constitución ha puesto suficientemente de manifiesto que ni esta fórmula ni cualquier otra que hubiera utilizado el consti-

tuyente habría sido suficiente para pacificar las relaciones, no indefectiblemente jerárquicas, entre dos tribunales situados en la cúspide judicial. La excepción a la superioridad del Tribunal Supremo en nuestro Estado de Derecho se describe en términos funcionales, que puede concederse sin dificultad que remiten a la competencia constitucionalmente atribuida al Tribunal Constitucional, ya sea por la Constitución [arts. 53.2, 95.2, 153.a), 161.1.a), b) y c), y 2 y 163] o por ley orgánica, empezando por la propia del Tribunal. Por su parte, el «procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad» del art. 53.2 es una garantía constitucional, pero no sería una garantía constitucional en el sentido del art. 123.1. Si el Tribunal Constitucional recibiera por vía del art. 161.1.d) competencia en «materias» *prima facie* no reconducibles a la noción de «garantías constitucionales», se plantearía sin duda un arduo problema que solo él podría resolver. La STC 215/2016, respecto de la Ley orgánica 15/2015, acompañada de votos particulares, ha puesto en evidencia que este no es simplemente un problema teórico.

En todo caso, el problema que inmediatamente suscita esta opción es que deja en el aire quién tiene la última palabra a la hora de determinar qué son y qué no son «garantías constitucionales», dicho más simplemente, en qué momento el Tribunal Supremo deja de ser superior en todos los órdenes. Desde luego, el art. 1 LOTC dice desde 1979 que el Tribunal Constitucional es el «intérprete supremo de la Constitución», pero han tenido que transcurrir casi tres décadas y demasiadas, por lamentables, escaramuzas para que la LOTC dotase al Tribunal Constitucional de las herramientas necesarias para hacerlo señor de su propio ámbito competencial (nuevo art. 4 LOTC, con arreglo a la Ley Orgánica 6/2007).

Comentario aparte merece la radicación de la cuestión de inconstitucionalidad, desde el primer momento del proceso constituyente (BOC de 5 de enero de 1978), en el Título IX que nos ocupa (art. 163), y no en el Título VI.

¿Por qué el precepto que determina el modo de proceder de los jueces y tribunales ante la eventualidad de una aplicación de una ley, en su criterio, inconstitucional no forma parte del Título VI, y sí del IX? De hecho, su equivalente en 1931 figuraba en el Título de la Constitución republicana dedicado a «Justicia» (art. 100). Y, en la misma línea, ¿por qué, sin embargo, el control previo de constitucionalidad de los tratados internacionales se ha situado en el Capítulo III («De los tratados internacionales») del Título II («De las Cortes Generales»)? Hay que tener en cuenta, por fin, que el control incidental no se describe como una competencia o una «materia» de las del art. 161, manteniéndose en su descripción, como era inevitable, una perspectiva esencialmente judicial. Por lo demás, en el caso de la Ley Fundamental de Bonn, el control concreto de inconstitucionalidad (art. 100), como toda la jurisdicción constitucional, está mezclada con el resto de la jurisdicción federal. El art. 140 de la Constitución austriaca regula sin embargo la materia dentro del Capítulo dedicado al Tribunal Constitucional. Hay que tener en cuenta el carácter restringido que tuvo, y aún tiene, el control concreto en Austria, desde la perspectiva de los órganos que pueden solicitarlo.

En definitiva, el precepto constitucional dedicado a la cuestión de inconstitucionalidad se antoja de algún modo «desplazado», situado en este Título IX. Sin intención de exagerar, cabe apuntar que la apropiación del incidente de inconstitucionalidad por el Título IX es expresiva de una concepción fuertemente «disciplinada» de la conducta del Juez ante la ley dudosamente constitucional. Como también está en línea con la comprensión formal (ley parlamentaria) del sometimiento del juez «al imperio de la ley» tal como aparece en el art. 117.1 CE, dándole un sentido distinto al que esta expresión tiene, en particular, en el Preámbulo de la Constitución. Y a una lógica en definitiva no muy diferente responde la exclusividad («solo») con la que se proclama el sometimiento del Tribunal Constitucional a la Constitución y a su Ley Orgánica

(art. 1 LOTC), como si no estuviera vinculado por el resto del ordenamiento jurídico, todo ello con absoluta independencia de la competencia para apreciar la inconstitucionalidad de una ley.

Acaso pudiera entenderse que el alejamiento del Título VI y la consiguiente ubicación en el Título IX de la obligación de los jueces de plantear la cuestión de inconstitucionalidad («monopolio de rechazo») tiende a subordinar el control de la legitimidad constitucional de la ley parlamentaria al dato de la existencia de un Tribunal Constitucional. Por suerte, la celeridad en términos comparativos de la aprobación de la Ley orgánica reguladora del Tribunal Constitucional, ya en 1979, y de la constitución del Tribunal Constitucional, ya en 1980, restó importancia a la cuestión: la disposición transitoria 2.^a de la LOTC despejó relativamente el problema del control abstracto, pero no el del control concreto, es decir, el del modo como habrían de proceder los jueces ordinarios ante la ley, acaso inconstitucional, aplicable al supuesto litigioso en cuestión.

Otro elemento a atender es lo que podríamos llamar la parte constitucionalizada en la regulación del Tribunal Constitucional y su jurisdicción correspondiente. El Título IX y preceptos complementarios ofrecen un reparto equilibrado entre la tarea de la Constitución y la de la Ley orgánica (o Leyes orgánicas) a la hora de llevar a cabo la normación de la jurisdicción constitucional. Puede llamar la atención el que la Constitución se ocupe de cuestiones de relativo detalle como la publicación de las sentencias del Tribunal Constitucional, o que le dedique todo un artículo a la designación de su Presidente (aunque solo con la Ley orgánica asuma este el voto de calidad), y sin embargo remita a la Ley orgánica una genérica ampliación de las competencias del Tribunal más allá de las constitucionalmente garantizadas. Pero su composición, sus competencias nucleares y los efectos de sus resoluciones pueden considerarse suficientemente abordadas en el nivel constitucional. Cabe

hablar así de una constitucionalización equilibrada, a la que la figura de la «ley orgánica» contribuye de manera apreciable. De este modo, desde una perspectiva comparada, el Título IX se aleja de dos extremos: de la «sobreconstitucionalización» italiana, donde el art. 137 de la Constitución prevé una «ley constitucional» para el desarrollo de la parte orgánica de la jurisdicción constitucional, y de la «infraconstitucionalización» alemana, donde, más allá de los cuatro preceptos contenidos en el Título IX («Jurisdicción»), se produce una remisión a la legislación federal, o incluso a la de los *Länder* (art. 99), legislación en todo caso «ordinaria».

No obstante lo anterior, hay que decir que la apertura del art. 161.1.d) CE ha permitido discutiblemente ampliar a los Estatutos de Autonomía y demás leyes orgánicas el control previo a supuestos distintos del art. 95.2 CE, como también, en una perspectiva distinta, puede considerarse discutible la supresión de esta ampliación seis años más tarde (LO 4/1985), ampliación aquella por cierto de nuevo restablecida pero limitadamente a los Estatutos de Autonomía 20 años después (LO 12/2015). En sentido inverso, ¿por qué no se configuró la llamada «ilegalización» de partidos políticos (LO 6/2002) como un supuesto de ampliación de la competencia del Tribunal Constitucional a otras materias? Si en los años de elaboración de la Constitución y de la LOTC se hubiera pedido un ejemplo de posible «materia» a la que extender la competencia del Tribunal Constitucional, el primer ejemplo que acaso se hubiera ofrecido hubiera sido este de la prohibición de partidos políticos. En lugar de eso, el legislador de 2002 optó por una discutible competencia del Tribunal Supremo, *exterior* a los cinco órdenes jurisdiccionales hasta ahora conocidos, en una inusual formación orgánica. Desde luego, la Ley en cuestión no ha podido impedir el que el Tribunal Constitucional conociera de la materia en último lugar, vía recurso de amparo, pero sí ha impedido el que se pronunciara en primer lugar, lo que acaso fuera más importante.

Por fin, correspondería ocuparse de lo que podría calificarse como la «relación especial» del Título IX, y de la jurisdicción constitucional en general, con el Título X, la función de reforma de la Constitución. En términos generales hay que señalar cómo el Título IX se proyecta desigualmente sobre los distintos Títulos de la Constitución. Bien es verdad que la normatividad de la Constitución en su proyección sobre la ley parlamentaria es una constante en el texto constitucional, pero la jurisdicción constitucional encuentra en los Títulos I y VIII sus «clientes» por excelencia: los derechos fundamentales y la distribución territorial de competencias. No en balde aquí se proyectan junto a los procesos de declaración de inconstitucionalidad, en un caso el recurso de amparo y en otro los conflictos de competencia. Comparados con estos dos Títulos, el resto de la Constitución proporciona parámetros mucho más ocasionales para el control de constitucionalidad. En el otro extremo se sitúan, por muy diversas razones, los Títulos II y X. De estos es el relativo a la Reforma de la Constitución el que por fin debe ocuparnos.

La «relación especial» que une a los Títulos IX y X resulta en primer lugar de su ya aludida integración en la categoría «garantías de la Constitución». Son otras, sin embargo, las cuestiones relativas al Título X que merecen ahora un comentario: el control de la reforma de la Constitución y la capacidad de resistencia de la jurisdicción constitucional ante el poder de revisión constitucional. Ambas son cuestiones un tanto teóricas, dada la desgraciada *desuetudo* que afecta al Título X, con consecuencias para la posición última de la jurisdicción constitucional, cuestión en la que no es el momento de entrar. Pero, aunque teóricas, son cuestiones básicas y en esa medida ineludibles.

Todo apunta a que el legislador de 1979 no quiso incluir a la singular norma que ha dado en llamarse «Reforma» de la Constitución (así en los dos únicos supuestos: «Reforma del art. 13.2 de la Constitución Española», de 27 de

julio de 1992, y «Reforma del art. 135 de la Constitución Española», de 27 de septiembre de 2011) entre las susceptibles de una declaración de inconstitucionalidad: el art. 27.2 LOTC, tanto en su sistemática como en su contenido, así lo dispondría *a contrario sensu*. ¿Sería entonces una «materia» susceptible de sumarse al acervo competencial del Tribunal Constitucional por medio de Ley orgánica, pero en este momento excluido del mismo? Parece de antemano una afirmación arriesgada. Por otra parte, y en sentido inverso, ¿estaba en la mano de dicho legislador orgánico el entender, aunque solo fuera por defecto, que la reforma de la Constitución no es «ley» en el sentido del art. 161.1.a) de la Constitución? ¿No hubiera sido más coherente que la LOTC abordase las necesarias peculiaridades del control de esta «ley» de reforma constitucional, que no el haberlo silenciado? Porque parámetro de control desde luego lo hay, y en abundancia, como todavía habrá ocasión de contemplar. Para empezar, la interpretación de la frontera entre los dos tipos de reforma del Título X no es siempre sencilla: basta prestar atención a la reforma de un precepto, el 13.2, regido en principio por el tipo más sencillo, que sin embargo se proyecta expresamente sobre el art. 23, regido por el tipo más agravado. Por otra parte, ¿acaso se pensó que, dado el carácter del poder de revisión como «contrapoder» frente al poder de control de normas, este último no debería estar en situación de neutralizar a aquel? En todo caso, no parece que el Tribunal Constitucional, que ya se muestra extremadamente cauteloso a la hora de controlar la LOTC (STC 49/2008, FJ 4), se vaya a sentir particularmente inclinado a controlar la reforma de la Constitución.

Queda la cuestión del procedimiento idóneo para reformar la jurisdicción constitucional, se entiende la parte «constitucionalizada» de su régimen jurídico. Se da la circunstancia de que el Tribunal Constitucional no está en el Título Preliminar, ni en la Sección 1.^a del Capítulo II del Título I, ni en el Título II de la Constitución. Una reforma, pues, que alterase algún elemento de su composición o funcionamiento debería tener lugar por el procedimiento del art. 167 CE. En cambio, una reforma que pura y simplemente suprimiese la jurisdicción constitucional (Título IX y preceptos complementarios) difícilmente admitiría este tratamiento. Por más que, en tal supuesto, no se viera «afectado» (DTC 1/1992) ninguno de los extremos singularmente enumerados en el art. 168 CE, parece claro que la abolición del Tribunal Constitucional supondría una «revisión total» en el sentido de dicho artículo, cayendo dentro de su ámbito de aplicación. Y es que la jurisdicción constitucional concentrada está tan íntimamente ligada a la identidad de la Constitución de 1978 que, desprovista del Tribunal Constitucional, parecería otra.

Dicho todo lo anterior, es claro que la Constitución permite con relativa facilidad su reforma puntual en lo que a este Título respecta, como también la de los restantes preceptos dispersos a lo largo de su texto referidos al órgano y a las funciones de la justicia constitucional. No es materia de estas páginas entrar en el detalle de esta materia. Cabe, sin embargo, apuntar una reflexión conclusiva: la tarea pendiente de «europeizar» la Constitución tendrá que encontrar reflejo puntual también en su Título IX.

Artículo 159

1. El Tribunal Constitucional se compone de 12 miembros nombrados por el Rey: de ellos, cuatro a propuesta del Congreso por mayoría de tres quintos de sus miembros; cuatro a propuesta del Senado, con idéntica mayoría: dos a propuesta del Gobierno y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial.

2. Los miembros del Tribunal Constitucional deberán ser nombrados entre Magistrados y Fiscales, Profesores de Universidad, funcionarios públicos y abogados, todos ellos juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional.

3. Los miembros del Tribunal Constitucional serán designados por un período de nueve años y se renovarán por terceras partes cada tres.

4. La condición de miembro del Tribunal Constitucional es incompatible: con todo mandato representativo; con los cargos políticos o administrativos; con el desempeño de funciones directivas en un partido político o en un sindicato y con el empleo al servicio de los mismos; con el ejercicio de las carreras judicial y fiscal; y con cualquier actividad profesional o mercantil.

En lo demás los miembros del Tribunal Constitucional tendrán las incompatibilidades propias de los miembros del poder judicial.

5. Los miembros del Tribunal Constitucional serán independientes e inamovibles en el ejercicio de su mandato.

Sumario: I. Preámbulo. II. La justicia constitucional. 1. Del Juez legal al Juez constitucional. 2. La Constitución Española. 3. El art. 159 de la Constitución crea un verdadero Tribunal: A) Órgano Constitucional. B) Tribunal. 4. Se trata de un órgano jurisdiccional: A) Consecuencias de su carácter de Tribunal. B) La independencia, atributo esencial. C) La independencia en el art. 159 de la Constitución. III. El Tribunal. 1. Los Magistrados. 2. El Tribunal se compone de 12 miembros, nombrados por el Rey: A) Composición. B) Número de Magistrados. C) Órganos proponentes. D) La propuesta. E) El procedimiento de la propuesta. F) Condiciones de los candidatos. G) Las incompatibilidades. H) El período de nueve años de mandato. I) La independencia e inamovilidad. J) Las retribuciones (art. 25 de la LOTC). K) La inmunidad de los Magistrados. L) El Presidente. IV. Nota final.

JOSÉ GABALDÓN LÓPEZ
VICEPRESIDENTE EMÉRITO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. PREÁMBULO

El Tribunal Constitucional español ha cumplido más de veinte años de funcionamiento, desarrollando una tarea doctrinal de interpretación de la Constitución verdaderamente relevante, incluso, según algunos, excesiva en determinados aspectos singulares. Su Ley Orgánica (LO 2/1979, de 3 de octubre), depositaria de una reserva Constitucional expresa y sujeta, hasta hoy, a no excesivas modificaciones, ha cumplido sin duda el papel regulador que le había asignado art. 165 de la Constitución. Pero, la reciente reforma de dicha Ley (Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo), es vehículo de modificaciones importantes, y además se produce en una coyuntura político-institucional de gran amplitud y dificultad que por otra parte está siendo causa de avatares de enorme importancia en el seno mismo de la Institución. Precisamente ahora parece obligado, al comentar el Título IX de la Constitución, esbozar una somera crítica (no da para mayor extensión este comentario) sobre los puntos en los que, según el designio constitucional, radica la propia esencia de un órgano fundamental en el Estado de Derecho.

II. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. Del Juez legal al Juez constitucional

A través de bien conocidas etapas subsiguientes a la Revolución Francesa, se produce finalmente un sistema formal de separación de poderes en el cual la Ley producto de la voluntad general, se configura como «la carta magna de la libertad» (BACHOFF, a quien en buena medida seguimos).

Mas, en la posterior evolución, la ley paulatinamente va dejando de ser la regla general y abstracta del comportamiento humano para irse convirtiendo en un acto de conformación orientado a un fin, planeado a corto plazo y a menudo negociado con grupos de intereses;

un acto de dirección política e incluso un medio para la realización de cambiantes fines políticos, llevando así al Parlamento la lucha por la preeminencia de ellos en perjuicio del interés general o incluso del valor jurídico de esos intereses o fines.

La transformación de la función de la ley por influjo del positivismo legalista llegó a convertirla en un conjunto de puros actos de poder y arbitrio sentando la conocida idea de la «Ley como previa al Derecho» en lugar de «el Derecho como previo a la Ley» (IBARRIES, citado por FORSTHOFF). Se vio además que también había cambiado el órgano legislativo, mostrándose en él constantemente el absolutismo de la mayoría numérica, incluso con la presencia ocasional de grupos extraparlamentarios; el Parlamento se ve así obligado a posponer consideraciones jurídicas fundamentales; la tremenda carga de trabajo que soporta (consecuencia en parte de una actividad legislativa acelerada) reconocida por los grupos parlamentarios, determina que «el grado de justicia de una producción en cadena de leyes no sea siempre alto e incluso a veces enormemente bajo».

Desde la consideración de la Ley como «carta magna de la libertad» «regla general y abstracta del comportamiento humano» y cuya garantía de justicia era su atribución a los representantes de la voluntad del pueblo en el Parlamento, se ha venido a un estado de desconfianza en el que nos preguntamos si sigue siendo garantía de la Libertad y el Derecho o se ha convertido en una amenaza para ellos esa omnipotencia de un legislador apoyado en la simple mayoría numérica incluso configurada *a priori* por un sistema electoral que constituye el Parlamento mediante la simple formación de las candidaturas a la orden del respectivo jefe de Partido.

Porque, como también han señalado otros autores (G. RADBRUCH, E. SCHMIDT) uno de los efectos de la citada evolución junto al cambio en los parlamentos fue el de la conversión del positivismo científico en un positi-

vismo legalista en el cual se hicieron decisivas para la jurisprudencia las leyes establecidas por los órganos legislativos (WIEACKER), al contrario que en los siglos XVIII y XIX cuando no se consideraba ley cualquier expresión formulada por los poderes del Estado sino, según Montesquieu, las «relaciones que siguen necesariamente de la naturaleza de las cosas, en tanto que no pueden considerarse leyes los mandatos del déspota». Durante aquel tiempo histórico no constituía un problema decir que el Juez está vinculado a la ley porque ello era la mejor garantía del acuerdo con el espíritu del Derecho (E. SCHMIDT) atribuido a la responsabilidad del legislador. El mismo Eberard SCHMIDT señala también que al quedar devaluado el concepto de ley, puesto que debía su existencia a consideraciones utilitarias de carácter político que no podían considerarse emanación del Derecho, la ley se consideró como un producto que debía ser suministrado a una velocidad cada vez mayor, como un cúmulo de normas orientado por la conveniencia.

Un panorama así descrito, que inevitablemente clama por el Derecho, la Justicia y la Libertad, fue configurando la necesidad de un control jurídico de las leyes y se pensó que este control «sólo puede el Juez, principalmente porque ha de ser un poder que no esté comprometido y ni siquiera participe en la legislación, ni esté sometido o dependa de sus instrucciones» (BACHOFF), a cuya conclusión llegaba también Schmidt asegurando la no vinculación del Juez a las «leyes que no constituyen Derecho». Para ello, se dijo, «se necesita una instancia especializada en estas cuestiones, con personas de notoria experiencia en el Derecho y la práctica constitucional, un órgano representativo que pueda decidir por sí con suficiente autoridad cuestiones transcendentales, con consecuencias políticas» (BACHOFF). Esa evolución de la ley y del poder legislativo ha venido, pues, a atribuir el control de la ley en relación con la Constitución a una instancia judicial, un órgano que es, ante todo, un Tribunal que, como

todo Juez, tiene por esencial característica la imparcialidad y como garantía de ésta, la independencia. Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, al prologar la importantísima conferencia de Otto BACHOFF, dice que nuestra Constitución de 1978 ha sometido al propio Poder Legislativo a control jurisdiccional por un auténtico Tribunal y hace notar que, entre nosotros, «la transformación del Parlamento en una máquina dominada por el aparato de los partidos y la consiguiente aparición del peligro del absolutismo de la mayoría ha terminado por minar la antigua confianza en el legislador»; asegurando en cuanto al Tribunal que «queda todavía algún hueco susceptible de alojar un riesgo residual a través de la manipulación de las fórmulas de designación de los Jueces constitucionales». Ello podría, añadimos, afectar a la independencia de un Tribunal del que también y en grado eminente debe decirse que la principal condición del Juez, la que le permite ser Juez, es la de la independencia y el mandato de su propio ethos que, según Gustav RADBRUCH, «debe estar orientado por la justicia a toda costa, aun la de la propia vida».

2. La Constitución Española

Para ese control en Derecho del Juez sobre la ley, la Constitución de 1978 configuró un verdadero Tribunal (Título IX, «Del Tribunal Constitucional»). No hay duda de que se trata de un **órgano judicial colegiado, un Tribunal específico al que se atribuye la jurisdicción constitucional**. No parece dudoso que sea un órgano constitucional con jurisdicción para llevar a cabo el control del legislativo y al que, como tal órgano constitucional, se atribuyen también facultades para la resolución de otras cuestiones (los conflictos de competencia, el recurso de amparo, los conflictos entre órganos constitucionales del Estado, la declaración sobre constitucionalidad de los tratados internacionales), actuando en todas siempre como órgano jurisdiccional de control constitucional, es decir, como un verdadero Tribunal cuyas

resoluciones tienen el valor de **cosa juzgada, efectos vinculantes para todos los órganos y autoridades del Estado** (art. 164.1 de la Constitución Española), y en una situación de cooperación supraordenada con todos los órganos judiciales a efectos de la depuración constitucional del ordenamiento (art. 163 de la Constitución Española). STC 76/1981, de 5 de agosto. El Sistema configurado en la Constitución vincula a todos los poderes públicos de acuerdo con el art. 9.1 y constituye un límite para la potestad legislativa de las Cortes Generales.

En consecuencia le son aplicables los caracteres esenciales que definen en general el ejercicio de la jurisdicción, o sea las características de la función judicial; las que durante siglos se han llamado garantías de la Justicia natural (CAPELLETI): así, que el Juez no pueda actuar de oficio sino a instancia de parte (*nemo dat sine actore*), siendo un tercero imparcial (*súper partes*) y según un procedimiento contradictorio que ofrezca una posibilidad adecuada de defensa. Notas que son propias del Tribunal Constitucional español corroborando su naturaleza de Tribunal de Justicia.

Afirmaba esos mismos criterios quien fuera su primer presidente, Manuel GARCÍA PELAYO: «el art. 1.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional define a este no solo como un Tribunal de determinadas características, sino también como uno de los Órganos Constitucionales [...]. “Una primera característica de los órganos constitucionales consiste en que son establecidos y organizados directamente por la Constitución, y que ésta no se le limita a su simple mención ni a la mera enumeración de sus funciones o de alguna competencia aislada sino que determina su composición, los órganos o métodos de designación de sus miembros, un *status* institucional, y su sistema de competencias o, lo que es lo mismo, reciben *ipso iure* de la Constitución todos los atributos fundamentales de su condición y posición de órgano». **El Tribunal Constitucional culmina el**

sistema del Estado de Derecho tal como ha sido ideado y configurado por nuestra Constitución; subraya los «rasgos característicos del Tribunal Constitucional como órgano jurisdiccional»: así, decide en forma de sentencia, con arreglo a unas normas preestablecidas y siguiendo un procedimiento contradictorio, sobre las pretensiones formuladas en términos de Derecho que someten las partes legitimadas para ello por la Constitución Española y la LOTCEs, pues, un verdadero Tribunal, si bien posee unas notas peculiares que le dan un perfil propio. Su función es una función de control por métodos jurisdiccionales. Un poder no activo, pero independiente de los demás poderes. Y un Tribunal independiente, único en su orden y que, en coherencia con su carácter de órgano constitucional, no forma parte de la Administración de Justicia ni está bajo el gobierno del CGPJ. Todas sus competencias son materia constitucional, siendo un Tribunal que juzga siempre sobre la constitucionalidad de los actos de los órganos del Estado (GARCÍA PELAYO, Manuel, *El status del Tribunal Constitucional y El Tribunal Constitucional español*, obras completas, págs. 3001 y ss.).

En el Preámbulo de la Constitución ya se expresa la voluntad de «consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la Ley como expresión de la voluntad popular» de suerte que el imperio de la Ley será también el de la Constitución, normas y principios (como resulta de su art. 9) cuyo control está encomendado al Tribunal Constitucional con «efectos frente a todos» (art. 164 de la Constitución).

STC 48/2003, de 12 de marzo. Los principios democráticos... (se desprenden) del entramado institucional y normativo de la Constitución, de cuyo concreto funcionamiento resulta un sistema de poderes, derechos y equilibrios sobre el que toma cuerpo una variable de modelo democrático que es el que propiamente la Constitución asume al constituir a España en un Estado Social y democrático de Derecho (art. 1 CE) (FJ *in fine*).

3. El art. 159 de la Constitución crea un verdadero Tribunal

No es, por tanto, un órgano administrativo ni un órgano consultivo, ni tampoco un órgano de las Cámaras Legislativas para la perfección del sistema de emanación de las leyes.

La rúbrica del Título IX de la Constitución no ofrece al respecto dudas. La instauración de un Tribunal Constitucional tiene lugar en garantía del art. 1.1 del Texto Constitucional, porque para que España quede constituida como Estado Social y Democrático de Derecho, es pieza fundamental el órgano de control de las leyes capaz de establecer en la práctica el valor del Derecho, de afirmar entre nosotros «el Derecho como previo a la ley y no la ley como previa al Derecho». Como dijo también GARCÍA PELAYO, «el Tribunal Constitucional tiene como función perfeccionar la vigencia del Estado de Derecho en el que se constituye la Nación española en virtud de la decisión fundamental expresada en el Preámbulo y en el art. 1.1 de la Constitución, siendo su garantía jurisdiccional sin la que no hay un verdadero Estado Constitucional de Derecho».

El art. 1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, lo desarrolla diciendo que es «**interprete supremo** de la Constitución, sometido sólo a ella y a la presente ley orgánica»; es **único en su orden** y extiende su **jurisdicción a todo el territorio nacional** (párrafo 2) siendo «**independiente de los demás órganos constitucionales**».

A) Órgano Constitucional

El Texto Constitucional lo establece como órgano constitucional independiente de los otros órganos constitucionales por efecto de su posición en la estructura orgánica del Estado, y también de que sus funciones y competencias se le atribuyen asimismo respecto de otros órganos constitucionales.

Por eso se ha dicho que la configuración del Tribunal Constitucional contenida en su Ley Orgánica es meramente declarativa y en consecuencia su modificación por ley orgánica posterior sólo cabe en cuanto a los caracteres no derivados de su cualidad esencial, la que directamente le atribuye la Constitución de modo expreso: órgano constitucional que ejerce función jurisdiccional y para el cual tanto en cuanto órgano constitucional como en cuanto Tribunal, es esencial la independencia; cualidad que la Constitución atribuye directamente a sus miembros (art. 159.5 CE) precisamente porque es definitoria del órgano. La independencia orgánica le viene atribuida por su mismo carácter de órgano constitucional cuya función de control se extiende a todas las funciones del Estado y su ámbito territorial a todo el territorio español (art. 161.1 CE).

«No queda ninguna parcela de la acción estatal inmune al control del Tribunal Constitucional puesto que su objeto abarca las decisiones de los tres poderes del Estado... La independencia, además en su consagración expresa, se ve constitucionalmente reflejada en la autonomía de que goza para designar a su Presidente y en la duración en el cargo de los Magistrados lo que les permite permanecer ajenos a las decisiones políticas que atraviesan los órganos que intervienen en su normativa» (MEDINA GUERRERO) y por ello determina la atribución de determinadas potestades sin las cuales resultaría difícil evitar situaciones de subordinación o dependencia frente a los demás órganos.

B) Tribunal

El Tribunal Constitucional está llamado a garantizar la efectiva vinculación a la Constitución de todos los poderes públicos (arts. 9.1 y 53.1 de la Constitución Española). Las controversias que se le plantean a menudo presentan carga política pero ello no autoriza a poner en cuestión su condición de verdadero Tribunal ni la naturaleza jurisdic-

cional de la función que desempeña [...]. Sus decisiones se adoptan exclusivamente con base en el Derecho [...] «lo que él ha de juzgar con arreglo a criterios y razones jurídicas son controversias políticas» (Tomás y Valiente en su informe ante la VI Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos).

Su condición de órgano jurisdiccional se encuentra respaldada por otros rasgos: la atribución a sus miembros de la nota de independencia, la imposibilidad de actuar de oficio; el carácter vinculante de sus resoluciones. El propio Tribunal ha ido delimitando su naturaleza. Así, en la «Declaración» de 9 de julio de 1992 (Declaración 132 bis) respecto de los tratados internacionales (y la declaración 1/2004, de 13 diciembre) cuidó de evitar que el control preventivo de constitucionalidad con base en el art. 95.2 de la Constitución Española pudiera confundirse con el efectuado por un órgano consultivo, así dijo: «Este Tribunal no deja de serlo para transformarse ocasionalmente en cuerpo consultivo [...] lo que de nosotros puede solicitarse es una declaración, no un dictamen: una decisión, no una mera opinión fundada en Derecho». Y en la segunda, insistió en la «naturaleza estrictamente jurisdiccional del procedimiento preventivo contemplado en el art. 95.2 CE».

Aunque su jurisdicción sea de carácter limitado, está llamada a garantizar el «ordenamiento constitucional»; es intérprete y guardián de la Constitución pero no del resto del ordenamiento jurídico (STC 74/1984, de 27 de junio, FJ 4); se circunscribe al examen de la constitucionalidad y no de la legalidad, como dijo en la Sentencia 54/1982, 26 de julio, FJ 7. Que no es «un **Tribunal Superior** en todos los órdenes, sino **únicamente en materia de garantías constitucionales**» (art. 123.1 de la Constitución Española) «en los términos que resultan del art. 101», lo afirma en la Sentencia 213/1994, de 29 de noviembre, FJ 3. Que el ser intérprete supremo de la Constitución no significa que sea el único, pues todos los Poderes deben actuar conforme a ella, lo dijo en

la Sentencia 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 3; y que al legislador le está prohibido dictar normas meramente interpretativas lo aseguró en la STC 76/1983, de 5 de agosto, FF. JJ. 4 y 7.

La distinción con la Jurisdicción ordinaria radica en que el Tribunal Supremo es el superior en todos los órdenes, salvo en cuanto a las garantías constitucionales (art. 123.1 de la Constitución Española) y el juego de sus relaciones en cuanto a los derechos fundamentales se rige por el principio de subsidiariedad. Pero **la doctrina formada por el Tribunal Constitucional en procedimientos de inconstitucionalidad tiene eficacia vinculante para los Tribunales ordinarios a quienes obliga, no solo el fallo, sino también la *ratio decidendi* o los fundamentos**; cuestión ésta debatida especialmente en cuanto al concreto alcance de los arts. 38.1 y 40.2 de la Ley Orgánica del Tribunal y el art. 5.1 de la LOPJ, que extiende la vinculatoriedad a todos los procesos, de los cuales deriva el deber de acatar la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 319/1993, de 2 de octubre FJ 2).

4. Se trata de un órgano jurisdiccional

Carácter que ya deriva expresamente de la rúbrica del Título IX de la Constitución. De acuerdo con él ejerce la jurisdicción constitucional y actúa como órgano jurisdiccional en todas las competencias que le son propias. En cuanto Tribunal, le es aplicable lo que el mismo ha dicho en su Sentencia 108/1986, de 26 de julio: «El Poder Judicial consiste en la potestad de ejercer la Jurisdicción y su independencia se predica de todos y cada uno de los Jueces en cuanto ejercen su función».

A) Consecuencias de su carácter de Tribunal

Sus funciones le están directamente atribuidas por el texto constitucional. En consecuencia, como explica el art. 1.1 de su Ley

Orgánica, **es intérprete supremo de la Constitución, sometido sólo a ella y a su propia ley orgánica**. Actúa ejerciendo poder jurisdiccional en todas las competencias que le están atribuidas, extendiendo su jurisdicción a todo el territorio nacional (art. 1.2 de su Ley Orgánica). Su poder decisorio tiene fuerza de cosa juzgada y **«plenos efectos frente a todos»** (art. 164), si bien sólo en materia de garantías constitucionales (art. 123.2). De la dualidad de órdenes jurisdiccionales (constitucional y ordinario) han derivado en ocasiones cuestiones de jurisdicción con el Tribunal Supremo no previsibles, que resultan de imposible resolución en los términos ordinarios para estos conflictos por tratarse de dos órganos supremos en ambos órdenes. (Sobre el tema vid. Fernández Sagado, 2003, 105 y ss.). Entre las Sentencias polémicas cabe recordar las SSTC 115/200, de 5 de mayo —«*Preysler I*; 186/2001, de 17 de septiembre (*Preysler II*)— y la 29/2008, de 20 de febrero, acerca de la prescripción en el ámbito penal. La Sentencia 9/1981, de 31 de marzo, dijo que **«El Tribunal Constitucional no forma parte del Poder Judicial y está al margen de la organización de los Tribunales de Justicia como la propia Constitución pone de manifiesto al regular en títulos diferentes unos y otros órganos constitucionales»**.

La cooperación en el control constitucional con la jurisdicción ordinaria tiene lugar mediante la consideración del Juez ordinario también como Juez constitucional, obligado a examinar en esta perspectiva las leyes que aplica y recabando en su caso la decisión del Tribunal Constitucional mediante la cuestión de inconstitucionalidad (art. 163 de la Constitución). (STC 113/1995, de 6 de julio) «Se prevé en ella (art. 53.2 CE) para su protección un doble mecanismo jurisdiccional escalonado, principal y general [...], que se atribuya a los Tribunales ordinarios y extraordinarios y subsidiario otro, que corresponde al Tribunal Constitucional». El precepto se refiere, pues, a dos jurisdicciones diferentes; «la del Poder Judicial que de for-

ma exclusiva y excluyente tiene la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en todo tipo de procesos (Título VI CE) y es, por tanto, la común u ordinaria, y la del Tribunal Constitucional (Título IX CE) cuyo ámbito de actuación o de jurisdicción se limita a las garantías constitucionales». S 17/1981, de 1 de junio. «La depuración continua del ordenamiento [...] es resultado de una colaboración necesaria entre los órganos del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional».

«La supremacía de (la Constitución) obliga también a los Jueces y Tribunales a examinar [...] la posible inconstitucionalidad de las leyes en las que en cada caso concreto hayan de apoyar sus fallos.»

Los Magistrados del Tribunal Constitucional son independientes e inamovibles (art. 159.5 de la Constitución) y no podrán ser perseguidos por las opiniones expresadas en el ejercicio de sus funciones (inviolabilidad atribuida por el art. 22 de la Ley Orgánica).

Su **competencia** se extiende (en todo el territorio nacional) no sólo a la atribuida en el art. 161 de la Constitución: (procesos de inconstitucionalidad, tanto el recurso como la cuestión; el recurso de amparo por violación de los derechos reconocidos en el art. 53.2 de la Constitución; los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de estas entre sí); sino además a la revisión previa de los tratados internacionales atribuida en el art. 95 y las ampliaciones configuradas en la Ley Orgánica (art. 2), es decir, los conflictos entre órganos constitucionales del Estado y los conflictos en defensa de la autonomía local.

La Ley Orgánica aplicó la facultad de ampliación de las materias atribuidas a la competencia del Tribunal que otorga el art. 161, párrafo 1, d, y a su vez formula en el art. 1.1 la explicación de su superioridad («está sometido sólo a la Constitución y a la presente ley orgánica») y, singularmente, de su independencia de

los demás órganos constitucionales. En la reforma acometida por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, trata también de reforzar su supremacía.

Es, sin embargo, la nota de su independencia lo que nos interesa en este trabajo, porque, llamado este órgano a ser Juez, tiene la independencia que para los Jueces es nota esencial y en los dos aspectos que la integran: la independencia orgánica, que protege a la jurisdicción de las interferencias de otros poderes y la independencia de cada Juez en la doble vertiente de protección jurídica de su libertad personal y decisoria.

En el Tribunal Constitucional, la independencia como órgano constitucional viene formulada en el art. 1 párrafo 1 de la Ley Orgánica «es independiente de los demás órganos constitucionales». Una modificación de este precepto de ley o su desconocimiento por Ley Orgánica posterior serían contrarios a la Constitución.

La reserva a una ley específica —dijo el Tribunal Constitucional (STC 92/2003, de 19 mayo)— es para «los recursos judiciales ordinarios, únicos sobre los que puede pronunciarse la Ley Orgánica del Poder Judicial, dada la reserva a una ley específica de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que para los constitucionales de contiene en el artículo 165 de la Constitución».

La independencia subjetiva resulta como elemento propio del ejercicio de la función jurisdiccional (independencia respecto de las partes) y de la que proclama el art. 159 párrafo 5 de la Constitución Española «los miembros del Tribunal Constitucional serán independientes e inamovibles en el ejercicio de su mandato». Así, la independencia del Tribunal depende de la de los Magistrados y la Constitución esboza su estatuto enumerando los requisitos y exigencias personales, profesionales y de nombramiento en función de aquella condición esencial. La Ley Orgánica se limita a instrumentar dichas condiciones. El art. 21

establece la fórmula del juramento o promesa que el Presidente y los Magistrados habrán de prestar antes de asumir su cargo: «juro (o prometo) guardar y hacer guardar fielmente y en todo tiempo la Constitución Española, lealtad a la Corona y cumplir mis deberes como Magistrado Constitucional». Una fórmula que, acaso, pudo haberse configurado de modo más solemne dado el grado de compromiso asumido por los Magistrados y el máximo nivel institucional del órgano y la función, pero que resulta expresiva como compromiso moral y legal asumido públicamente.

En resumen, se trata de una jurisdicción creada para conocer de lo contencioso constitucional, situada fuera del aparato jurisdiccional ordinario e independiente, tanto de aquél como de los poderes públicos (L. FAVOREAU) a consecuencia de su carácter de Tribunal, órgano jurisdiccional supremo en materia de garantías constitucionales.

Puede, en resumen, decirse que:

- El poder jurisdiccional es atributo y carácter esencial del Tribunal (STC citada 113/1995, 6 de julio).
- En consecuencia, le está atribuida supremacía como Poder decisorio en materia de garantías constitucionales (art. 164 de la Constitución Española).
- Sus sentencias tienen valor de cosa juzgada; son firmes (no hay recurso alguno contra ellas) y producen efectos frente a todos.
- En la relación con otros Tribunales su supremacía se limita a dicha materia.
- La colaboración con otras jurisdicciones establece que el Juez ordinario sea también Juez constitucional (art. 163).
- Tiene carácter de órgano constitucional pero como Tribunal y como tal actúa en todas sus funciones constitucionales.

— Puede decirse, en resumen, que el Tribunal Constitucional se establece como órgano único de una jurisdicción especial a la que se ha atribuido la función específica del juicio de constitucionalidad sobre las disposiciones y actos de los diversos órganos del Estado. (Marc Carrillo). Lo ha resumido el propio Tribunal (STC 150/1985, de 5 noviembre).

B) *La independencia, atributo esencial*

Si no fuera independiente no merecería la denominación de Tribunal.

La propia Constitución atribuye directamente independencia e inamovilidad a sus miembros y regula directamente los puntos que se consideraron fundamentales para la independencia orgánica y el funcionamiento independiente del Tribunal: su composición por doce miembros, el nombramiento de los mismos y lo relativo a su selección y órganos proponentes, requisitos y condiciones, origen y cualificación, duración del mandato y su renovación, incompatibilidades y nombramiento del Presidente.

Además de ello establece también la jurisdicción y competencia, la legitimación (limitada) para interponer el recurso de inconstitucionalidad y los requisitos para la cuestión y, por último, la remisión a una Ley Orgánica de la regulación de su funcionamiento, el estatuto de los miembros, el procedimiento (o procedimientos) y las condiciones para el ejercicio de acciones. La STC 61/2003, de 19 febrero, afirma: «Los Magistrados del Tribunal Constitucional ejercerán su función de acuerdo con el principio de imparcialidad a cuyo aseguramiento obedecen precisamente las causas de recusación y de actuación».

«Las causas [...] han de ser interpretadas y aplicadas sin perder de vista las consideraciones constitucionales sobre la imparcialidad que debe presidir la actuación de los órganos jurisdiccionales» (ATC 64/1984, de 2 de febrero).

El art. 159 en particular (y en lo necesario, los que en el Título le siguen) debe ser contemplado especialmente desde el punto de vista de la configuración de los elementos que garantizan la independencia del Tribunal, requisito esencial para su consideración de Juez constitucional y directamente constitucionalizado. Perspectiva que debe presidir cualquier consideración sobre la Ley Orgánica de desarrollo, que la CE «dada la reserva a una ley específica, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que para los (recursos) constitucionales se contiene en el art. 165 de la Constitución» STC 92/2003, de 19 mayo, única a la que está sometido el Tribunal además de a la Constitución (art. 165 de ésta y 1.1 de aquélla).

C) *La independencia en el art. 159 de la Constitución*

Pregunta obligada en este punto es la de si está suficientemente preservada la independencia del Tribunal en este precepto de la Constitución y en la Ley Orgánica del Tribunal, dadas las graves consecuencias que produciría la desvirtuación de aquél carácter.

Una breve ojeada al Derecho comparado pone de manifiesto, en primer término, que la independencia del Tribunal ha primado en su organización así como la importancia que en nuestro sistema se ha otorgado a esta cuestión.

La elocuente remisión a los Jueces (a la función de Juez) tiene especial aplicación al Juez Constitucional, investido de la especial función de juzgar a la ley por lo que corresponde asumir con todas sus consecuencias esa gran responsabilidad; pero también el legislador (y por supuesto el político) habrá de compartir la convicción de la sumisión de la ley al juicio en Derecho de un Juez a quien la Constitución se lo atribuye como propio del Estado de Derecho y de un principio derivado directamente de la Constitución. **Que en el fondo las cuestiones sometidas al Tribunal Consti-**

tucional tengan un fundamento y efecto político no significa que sea el Tribunal menos independiente, sino al contrario, que deba exigir mayores garantías para la independencia de sus Magistrados de aquellos otros poderes a quienes corresponde elegirlos, con la mirada puesta en el predominio del Derecho y no en la prevalencia del Poder.

El Tribunal Constitucional juzga la ley desde el punto de vista del Derecho, no es una prolongación de las Cámaras con su misma composición, no se trata por ello de que la opinión de doce hombres prevalezca sobre la de 350, sino de que el Derecho debe prevalecer sobre la ley: esto significa Estado de Derecho.

Con los Tribunales Constitucionales del modelo europeo tiene el nuestro características comunes que parten de la afirmación de Kelsen de que la Justicia Constitucional se confía a un Tribunal Constitucional independiente de cualquier otra autoridad estatal y de que la condición de esta independencia es la existencia en la propia Constitución de un estatuto del Tribunal estableciendo su organización, funcionamiento y atribuciones, así como la garantía de independencia para sus miembros. También se ajusta al modelo europeo en el sistema de designación de sus miembros por autoridades políticas y no sólo entre Magistrados de carrera sino también entre profesores y otros juristas; la atribución de esa facultad en parte a las cámaras parlamentarias responde a su vez a la opinión del mismo Kelsen de que es «preferible aceptar, más que una influencia oculta y, por lo mismo incontrolable, de los partidos políticos, su participación legítima en la formación del Tribunal». Y es aquí, en vista de que los riesgos para la independencia existen, donde tratan de ser al menos paliados, sobre todo en vista de situaciones posibles en la práctica y que en el actual panorama español parecen tremendamente reales, casi como un peligro inmediato, donde cabe recordar la afirmación de HAURIU sobre la necesidad de controlar los parlamentos porque la legislación, movida por las pasiones

electorales, se ha convertido en una peligrosa amenaza para las libertades.

Precaución que ya se contempla como una necesidad imperiosa porque los regímenes parlamentarios han evolucionado hacia un sistema en el que se ejerce sin límites un poder compuesto por la numérica mayoría parlamentaria soldada a un Gobierno estable y monolítico; no habrá de ese modo separación de poderes debido al monolitismo del bloque mayoría-gobierno. Frente al bloque mayoritario, la oposición necesita ser protegida y la propia mayoría precisa de un contrapeso, pues de lo contrario ya no habrá régimen parlamentario. También, pues, a la omnipotencia de un poder mayoritario estable y homogéneo puede atribuirse la necesidad de una justicia constitucional, afirmación cada vez más actual. Como señala BURMEISTER, la evolución hacia un régimen mayoritario desemboca de hecho en la atribución de inmunidad a las acciones del Gobierno en la medida en que toman la forma de proyectos de leyes, votados sin pestañear por una mayoría parlamentaria a sus órdenes (L. FAVOREU, *Los Tribunales Constitucionales*, Ariel, pág. 26).

III. EL TRIBUNAL

1. Los Magistrados

Desde el punto de vista elegido, de otorgar en este estudio principal referencia a la independencia, la de los miembros del Tribunal, «independientes e inamovibles en el ejercicio de su mandato» (art. 159.5 de la Constitución) debe estimarse como precepto básico, puesto que, determinada la independencia orgánica por su carácter de órgano constitucional y la eficacia jurisdiccional de sus decisiones, la independencia en el funcionamiento depende, estrictamente, de la independencia real de sus miembros. También en relación con esta cuestión podría preguntarse: ¿es verdaderamente posible una real y absoluta independencia?, ¿lo es, o ha sido de hecho, en el Tribunal español?

No vamos a analizar todos los motivos que pueden existir para esa pregunta pero, dado que el Tribunal cuenta con casi treinta años de funcionamiento, un buen ejercicio podría consistir en la averiguación de si, hoy, ahora y cara al futuro, existen hechos u opiniones de los que extraer criterios de mejora respecto de un régimen esencial para cualquier Tribunal, pero en lo que nos atañe, para nuestro Tribunal Constitucional. Intentaremos esbozar algunos.

2. El Tribunal se compone de 12 miembros, nombrados por el Rey

A diferencia de aquellos países donde el Jefe del Estado interviene en la elección, el Rey en nuestro sistema se limita a emitir el nombramiento formal y recibir el juramento.

El número de doce en general no es excesivamente criticado. Para muchos, supone un número equilibrado si tenemos en cuenta el Derecho comparado europeo aunque quizás se sitúe ligeramente por debajo de la media (ESPÍN TEMPLADO, en *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*).

Las críticas se han centrado más bien en el número par y en la atribución de voto de calidad al Presidente en su caso. Modificar lo primero exigiría una reforma constitucional que parece desproporcionada solamente para este fin. Las ventajas e inconvenientes de la eventual ampliación del número se contemplan generalmente en relación con la organización del o los colegios jurisdiccionales (Pleno, Salas y Secciones) y sus respectivas competencias. Sólo la enorme carga que ha supuesto y supone el recurso de amparo podría sugerir un incremento de miembros, pero no parece que ello diera solución a este problema.

A) Composición

La Constitución trató, en el art. 159, de lograr una **composición equilibrada** en varios as-

pectos, advirtiéndose incluso un intento de mejorar el régimen de los otros Tribunales europeos.

Proponen paritariamente a los Magistrados el Congreso y el Senado (4 miembros cada uno) y los otros cuatro se atribuyen, asimismo por mitad al **Gobierno dos y al Consejo General del Poder Judicial otros dos**. Con el designio de que la elección se mantenga en términos de equilibrio entre los partidos políticos, la propuesta debe lograr en cada Cámara una mayoría singularmente reforzada: tres quintos de sus miembros. No establece la Constitución requisito alguno para el nombramiento por el Gobierno y el Consejo del Poder Judicial. Tampoco, en cuanto al **origen profesional, en esto totalmente flexible; solo se exige**, en general, que se nombren entre Magistrados y Fiscales, Profesores de Universidad, funcionarios públicos y Abogados, con los requisitos comunes de ser juristas de **reconocida competencia y tener más de quince años de ejercicio profesional**. Ninguna modulación establece la Ley Orgánica en cuanto al cumplimiento de esos requisitos. En cuanto a las condiciones personales no concreta más y ni siquiera establece proporción alguna entre las diversas especialidades de juristas (todos tienen que serlo, a diferencia de lo que ocurre en algunos otros Tribunales europeos) pero ni siquiera profundiza en la reconocida competencia o el tiempo de ejercicio siempre que se dé el mínimo de 15 años.

Algunas observaciones pueden hoy hacerse a esas normas con las que la Constitución pretendió evidentemente preservar la independencia de los Magistrados y, con ella, la del Tribunal. Salía al paso de una politización de los Magistrados nombrados a propuesta de las Cámaras, en vista de lo que había ocurrido en otros Tribunales, es decir, que «la designación de los Jueces fuese el resultado de acuerdos o compromisos políticos entre los diversos partidos» (L. FAVOREU) o, como el mismo autor dice respecto del Tribunal Federal Alemán, que «pese a todas estas precauciones,

destinadas a limitar la influencia de los partidos, el reparto de plazas se efectúa, en realidad, tras un acuerdo entre los dos grandes partidos y los Jueces tienen una filiación política marcada».

En el caso de España, una observación desapasionada, probablemente agregaría algunas modificaciones en la elección, sin necesidad de reformar la Constitución, para mejorar los resultados en cuanto a las condiciones pensadas para los miembros del Tribunal.

B) Número de Magistrados

El número par y la consecuencia de que el voto del Presidente tenga fuerza dirimente, es lo que ha suscitado otro tipo de críticas. De todos modos el número impar de miembros no determinaría por sí una mayoría en todo caso, ni el número par excluiría la eventual formación y deliberación en número impar del pleno y las salas. Sobre la cuestión acerca del valor decisorio del voto del Presidente en caso de empate se ha sugerido la posibilidad de otros modos de decidir los empates; algunos críticos advierten que el voto de calidad refuerza el poder de decisión del Presidente acrecentando los que ya le son propios en la dirección del debate; y también se ha dicho que es contrario a la igualdad de los Magistrados, señalándose que ha sido poco utilizado después de que alguna sentencia memorable (caso Rumasa) provocara en los medios de comunicación un notable revuelo y que los Presidentes habrían por ello mostrado cierto retraimiento en la utilización de este poder. Hay también quien lo asociaría con otras facultades en pro del fortalecimiento de la «autoritas» en torno a la presidencia (GARCÍA ROCA). En resumen, no parece según algunos que el voto dirimente despierte especial preocupación (Germán VALENCIA). Pero una circunstancia bien reciente lo ha vuelto a la rabiosa actualidad en vista de la situación creada por ciertas recusaciones en cadena de Magistrados, determinantes de modificaciones en la composición del Pleno ante quien

penden cuestiones de tan relevante importancia como los recursos frente al Estatuto de Cataluña. Como la cuestión se entrelaza con la relativa a la propuesta y origen de los Magistrados y las circunstancias del mandato y renovación del Presidente, allí nos ocuparemos de ella.

C) Órganos proponentes

La Constitución parece haber sido consciente, al regular la composición del Tribunal, de algunos problemas que ya se habían señalado o manifestado en otros, y es evidente que intentó poner remedios para que la prescripción expresa de independencia se acerque cuanto pueda a la realidad, pese a que autores como Wilhelm Karl GECK hayan escrito cosas muy preocupantes respecto de la elección en el Tribunal de Alemania. Dice éste, entre otras cosas, que «la mayor parte de los Magistrados constitucionales federales no son propuestos y elegidos sin que antes se les haya tomado en cuenta su vinculación política o su concepción básica conocida o presunta». «De una voluntad fuerte y despiadada de las fuerzas políticas de ganar influencia sobre el Tribunal y al mismo tiempo de impedirlo a los demás». O también: «las esperanzas que ponen los partidos políticos sobre el comportamiento de los candidatos en procesos de significación política juegan un papel fundamental en la elección de los Magistrados federales. A la larga esto tiene que afectar a la autoridad y prestigio del Tribunal». (GECK, 1988).

El Tribunal se ha pronunciado en ocasiones, al decidir incidentes de recusación (ATC 226/1988, de 16 de febrero). Que dos de los Magistrados del Tribunal Constitucional han de ser designados por el Gobierno es mandato de la Constitución y tal mandato ha de aplicarse con referencia a las causas de recusación que por ello son, con referencia a ese solo dato, de imposible aplicación.

«Las posibles afinidades ideológicas [...] la LO de este Tribunal, que nada tiene

que ver con la LOPJ y la LEC, no impide que los Magistrados de este Tribunal puedan pertenecer a partidos cargos de carácter directivo, pues una posible afinidad ideológica no es en ningún caso factor que mengue la imparcialidad para juzgar los asuntos que [...] debe decidir.»

D) La propuesta

Entre nosotros el **mayor riesgo de politización de los miembros proviene también de su propuesta por las Cámaras**: cuatro por el Congreso y cuatro por el Senado. Número idéntico en cada una, pero que no corrige el predominio de los sectores políticos en una y otra. Se elijen en ambas por mayoría de **tres quintos** «de sus miembros», mayoría cualificada pensada para **incrementar las garantías y la posibilidad de consenso y disminuir la de nombramientos excesivamente partidarios**.

En la práctica ha predominado un modo de hacer que ha dejado la impronta del origen en los nombramientos; así, se ha transmitido a la opinión pública la imagen de una división de los miembros del Tribunal según el origen de su propuesta; y esa percepción, en cada ocasión en que se plantea una resolución de interés político, sobre todo si es de trascendencia político-partidaria, es anticipada por la opinión insistiendo en los criterios y hasta en los resultados finales. Es posible que ello no obedezca sólo a la propuesta en sí sino al modo de debatirla y al origen conocido y divulgado en sesiones interminables de ofertas y cambios de nombres, propuestas y actos suficientemente aireados [...] (FERNÁNDEZ SEGADO ha seguido pacientemente el desarrollo de esta actividad de los partidos en «El procedimiento de elecciones de los Magistrados Constitucionales», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*).

El resultado es una especie de publicación y anticipo de los criterios y sobre todo del voto

que se espera de cada Magistrado, de suerte que todo el mundo crea conocer lo que cada uno y cada «grupo» de Magistrados va a hacer, y sobre ello se articula el debate público, un debate destructivo para la confianza de la sociedad. ¿Nos hemos percatado de que esto puede determinar la ruina del Tribunal Constitucional? Así ocurriría si «resolver cuestiones políticas con argumentos jurídicos» (es decir, el imperio del Derecho sobre la ley y, aún más, sobre las posturas políticas) hubiera perdido su valor y, finalmente, la sociedad creyera conocer que en el Tribunal continúa el mismo debate de la cuestión política, cuya solución será determinada por el predominio de una postura sobre otra en función del número de votos; y aún más grave sería si así lo llegaran a entender los Magistrados, ofreciendo, no el debate y resolución en Derecho, sino la configuración de los derechos según las mayorías, es decir una traslación de la mayoría parlamentaria como si de un mini-parlamento se tratase. Situación que no se ajusta a la de un Tribunal Constitucional independiente.

Ese riesgo aún se acrecienta cuando coincide la mayoría parlamentaria con el Gobierno y los dos Magistrados que este propone, ya que el peso específico del partido gobernante puede ser muy elevado. Si agregamos que el otro proponente, el Consejo General del Poder Judicial, ha experimentado una deriva en su composición a partir de la modificación en la Ley Orgánica de 1985, atribuyendo la facultad de propuesta de los 20 vocales que lo componen a ambas Cámaras por mitad (LOPJ 6/1985, de 1 de julio, arts. 112 y 113 y LO 16/1994, de 8 de noviembre), en el Consejo se produce una composición reflejo de la que está en las Cámaras, lo cual posibilita, a su vez, que la hegemonía resultante se traslade a los dos Magistrados que propone. Por otra parte, la conocida situación de enfrentamiento interno que vive el Consejo (a consecuencia de aquel cambio), suele ser trasladada por la opinión (al menos, la publicada) al Tribunal Constitucional, con la consiguiente percepción de predecibilidad de las posturas de cada Magistrado.

E) *El procedimiento de la propuesta*

Señala FERNÁNDEZ SEGADO (trabajo citado) que la Ley Orgánica 2/1979, de 3 octubre, no contiene, en el capítulo dedicado a los Magistrados, referencia alguna al procedimiento de elección de los candidatos, sin duda porque el art. 165 silencia esta cuestión y queda así remitida a un régimen disperso.

En vista solamente de la norma general (mayoría de tres quintos) y de la dispersión procedimental, lo más frecuente será (señala ESPÍN TEMPLADO) que resulte necesario un acuerdo que puede adoptar diversas formas y obedecerá muchas veces a contingencias del momento, llegando a un consenso previo o posterior sobre los nombres, o mediante el llamado sistema de «cuotas», utilizado frecuentemente en la práctica y muy criticado por una parte de la doctrina (RUBIO LORENTE).

Ya hemos dicho que esta fórmula hace trascender a la opinión pública las propuestas iniciales de cada partido y los elegidos suelen quedar identificados con el riesgo de que la opinión les considere politizados. En todo caso, (asegura ESPÍN) ha sido criticable el escaso tacto que los partidos mayoritarios han demostrado en los contactos previos a sus propuestas. Seguramente debería intentarse un procedimiento ajeno al debate político.

La atribución de los nombramientos a los tres órganos constitucionales, que en general no difiere de otros ordenamientos y que, como antes decimos intenta un equilibrio «en origen», no suscita en teoría demasiadas críticas y recelos. No cabe modificarlo sin reformar la Constitución, ni es fácil (aunque siempre posible) hallar un sistema ajeno a la base política de los órganos constitucionales. Se pensó que la presencia de todos los sectores políticos podría contribuir a la independencia, o al menos a su apariencia y a la posibilidad de resolver objetivamente los asuntos. En la realidad, de plantearse una reforma constitucional, debería ser objeto de atención preferente para su reforma un sistema que ha venido di-

vulgando una etiqueta de cada Magistrado; el procedimiento no exige reforma constitucional y debería, en primer término, potenciar la prudencia política en los encargados por cada partido de esta función a partir de la idea de que la elección por los políticos no significa la elección de hombres de cada política; que la búsqueda deberá ser de candidatos menos conocidos por su fidelidad que por sus cualidades profesionales y personales, por sus criterios jurídicos más que por los políticos; variar el modo de proponer y negociar; cuidar la imagen transmitida a los medios de comunicación [...]. Y, por supuesto, no proponer a personas que estén formando parte de la Cámara u otros órganos políticos, ni de cargos relevantes de partido, etcétera.

En cuanto al modo, parece que un distanciamiento amplio del momento de la renovación añadiría mucho al sosiego y contribuiría eficazmente a la puntualidad; los retrasos (cada vez más notables) contribuyen en gran medida a la situación que se trata de evitar. La formación de listas previas suficientemente prestigiadas y la decisión de comisiones constituidas al efecto (asimismo previas al procedimiento), como en otros ordenamientos existen (Alemania Federal) ayudarían, de prepararse con suficiente rigor y discreción, a privar al Tribunal de una apariencia que incita a pedir a cada Magistrado la postura exigible según su encuadramiento. La comparecencia ante las Cámaras no creemos que sea de utilidad en este aspecto y, más bien al contrario, de las interpelaciones puede deducirse una postura personal del candidato. Esta práctica tiene otro sentido en el Tribunal norteamericano.

La reforma introducida en la propuesta por el Senado (art. 16.1.2 LO 6/2007, de 24 de mayo), que viene a condicionar su propio sistema de propuesta, no lo mejora, sino que probablemente va a empeorarlo, introduciendo nuevas divergencias y dilaciones políticas previas al tener que articular los deseos de cada comunidad autónoma, y, a su vez podría significar una modificación de las competen-

cias propias de dicha cámara, con impredecibles efectos en cuanto a la constitucionalidad del precepto.

F) *Condiciones de los candidatos*

Como en otros Tribunales europeos, el requisito de la profesión comprende, sin distinción, Profesores, Magistrados, Funcionarios y Abogados; pero se limita a ellos y no queda abierta como en algún otro (Francia). A todos se exige, como condición general, que sean «juristas de reconocida competencia», concepto indeterminado que, tanto respecto de este precepto como del 122.3 (Consejo del Poder Judicial), suscitó controversia por su posible amplitud y por la insuficiencia de la locución «reconocida competencia» en lugar de otra más exigente para el nivel de prestigio en relación con el del órgano que han de integrar, como por muchos se señaló. Más eficaz parecería, además de una suficiente mención a la excelencia, exigir también el nivel máximo existente en las condiciones de cada una de aquellas profesiones; así, los grados y excelencia profesional (*v. gr.*, Magistrado del Tribunal Supremo, Catedrático, Abogados con más de ciertos años de ejercicio [...]). En todo caso el mínimo de quince años de ejercicio es corto y resulta necesariamente ampliable, no sólo por lo que habitualmente supone llegar a la cima profesional, sino desde el punto de vista de la propia edad de los Magistrados. Es razonable pensar que a un Tribunal del nivel y responsabilidad de éste se le contemple como un Tribunal de ancianos y, sobre todo, una actividad final. Esto, a su vez, permite otro ángulo de crítica; la garantía de sosiego en el ejercicio de la independencia se complementaría, sin duda, si el servicio de este Tribunal cimero permitiese a cada uno contemplarlo como un término y no como una importante plataforma para logros futuros, sin duda legítimos pero que nada deberían agregar a lo que significa aquél. Claro está que para ello el servicio en el Tribunal debiera garantizar también un equivalente «status social» definitivo. Desgraciadamente no es así

sino al contrario; el acceso a una pensión de clases pasivas, si además se reduce (como ocurre) en virtud del límite arbitrario de la ley de presupuestos de cada año, no otorga, ciertamente, ni siquiera un retiro mínimamente satisfactorio, sino el abandono a la situación paradigmática del olvido del Estado a sus servidores.

G) *Las incompatibilidades*

Deberían quedar establecidas de modo absoluto sustrayendo a los Magistrados de cualquier ocupación y no sólo respecto de las actividades mencionadas en el art. 159.4 de la Constitución Española y 19 de la Ley. La situación de excedencia especial debiera adoptar una expresión más genérica puesto que la denominación y efectos de esa situación pueden sufrir modificaciones en el estatuto de la función pública.

H) *El período de nueve años de mandato*

En rigor, esa prescripción crea un derecho *ex constitutione* para el candidato nombrado. Y no parece que se oponga terminantemente a la renovación del Tribunal por terceras partes. Pese a ello se viene aplicando el criterio del nombramiento sólo por el tiempo que faltó al predecesor para cubrir su mandato.

Ocurre, por otra parte, que en el caso (así se planteó en la realidad) de Magistrado propuesto por menos de tres años (art. 16.4 LOTC), el debate sobre su prórroga tendrá lugar mientras ejerce en el Tribunal, con lo cual su situación personal puede hacerse compleja y, por supuesto, de gran incomodidad personal.

La solución contraria, que sólo transitoriamente afectaría al ritmo de renovación, tendría la ventaja de ir introduciendo nombramientos personales, menos sometidos a situaciones de grupo.

Esta reflexión abre el camino para una **posible reforma** ya apuntada por algunos como mejor garantía de la independencia personal de cada Magistrado. Hay quien sostiene que **el carácter vitalicio** tiene la virtud de sustraer definitivamente al Magistrado de toda posibilidad de influencia. Garantiza además, desde este mismo aspecto, toda la referida problemática personal del cese. Los partidarios sostienen que también cumpliría mejor con la prescripción de imparcialidad exigida por la Constitución. ¿Exigiría la reforma de la Constitución? Quizá es imaginable un sistema en etapas sucesivas que fuera introduciendo nombramientos vitalicios hasta completar el número. No olvidemos que la demora en la renovación (cada vez más dilatada) permitiría acaso facilitar consensos entre las propuestas en cada caso sobre la base de su independencia.

I) *La independencia e inamovilidad*

Ésta es instrumento de aquélla. La condición de órgano constitucional único y un sistema de permanencia constitucionalizado están para garantizar la segunda. La Ley ratifica el sistema al atribuir al propio Tribunal el «estatus» de los Magistrados, salvo en cuestiones penales. Ciertamente, éste podría ser modificado por otra Ley Orgánica, lo cual constituye un riesgo para la inamovilidad.

J) *Las retribuciones (art. 25 de la LOTC)*

He aquí una cuestión en la que la finalidad constitucional de real independencia orgánica del Tribunal ha cedido ante el ordenamiento económico del Estado que atribuyendo al Tribunal facultades para formular su propio presupuesto, paradójicamente no las ha utilizado para completar el estatuto de los Magistrados con unas previsiones retributivas distintas, sino para acomodarlas en cierto modo con las de la función pública, olvidando así la posibilidad de un sistema propio que preservara la independencia de aquellos;

poniéndola al margen de una serie de acomodos administrativos a las posibles variaciones presupuestarias.

La cuestión no ha sido objeto de un tratamiento suficiente desde el punto de vista de la independencia durante el mandato y después del mismo. Sólo el art. 25 de la LO se ocupa de ello y con una finalidad limitada y claramente insuficiente. Pero, evidentemente, ninguna atención se ha prestado a la situación de los Magistrados en edad de retiro como debiera ser si efectivamente el Tribunal se concibe como un final marcado por la capacidad y la experiencia.

K) *La inmunidad de los Magistrados*

El art. 22 de la Ley Orgánica, al reiterar la prescripción constitucional de independencia de los Magistrados, prescribe la obligación —y sin duda el derecho— de ejercer la función de acuerdo con los principios de imparcialidad y dignidad inherentes a la misma y enumera las garantías así: serán inamovibles y no podrán ser destituidos ni suspendidos sino por algunas de las causas que establece la propia ley (el siguiente art. 23 se refiere a los motivos por los que pueden ser cesados), a lo cual agrega la inviolabilidad por las expresiones en el ejercicio de sus funciones. Por algunos (ESPÍN) se ha manifestado extrañeza por que no se haya contemplado la inmunidad, que sí lo está para los Jueces y Magistrados en el art. 398 de la LOPJ. La reforma de la Ley Orgánica ha tratado de mejorar este punto.

L) *El Presidente*

Se nombra también por el Rey, entre los Magistrados (art. 160 CE) y por un período de tres años. Plenamente constitucionalizada su duración, es el propio Tribunal en pleno quien lo propone. El vicepresidente (Ley Orgánica art. 9.4) es elegido por el Tribunal en pleno entre sus miembros, también por un período

de tres años. El sistema no se ha criticado desde el punto de vista de la independencia. Sin embargo, su renovación cada tres años, pese a ser un precepto taxativo, ha provocado una de las cuestiones más llamativas con las que el Tribunal se ha enfrentado.

IV. NOTA FINAL

Estas modestas reflexiones se han centrado en la independencia del Tribunal Constitucional español. La opinión pública, ya preocupada por ciertas imágenes de un Tribunal «partido por gala en dos» respecto de ciertos acontecimientos recientes, recibió como una injerencia del legislativo la LO 6/2007, de 24 de mayo, prevista para otros fines más amplios por incluir un artículo acerca de la continuidad del mandato de la Presidenta, por su efecto de voto de calidad en la formación de la mayoría del Pleno, precisamente cuando había que decidir sobre asuntos de enorme trascendencia política. Dio lugar, incluso, a un recurso de inconstitucional contra dicho artículo y a una serie de recusaciones.

Nos pareció que tal coyuntura demanda una especial atención a la situación del Tribunal, en particular a su independencia; una atención que la sociedad le viene prestando preocupada por un órgano cuya existencia y real independencia es absolutamente necesaria

en un Estado Constitucional de Derecho, precisamente para el control jurídico del legislativo.

A todos nos afecta esa preocupación y el deseo de salvar el prestigio del Tribunal, a todos, pero especialmente a aquellos a quienes la Constitución encomienda la nada fácil tarea de la elección de sus miembros y luego, la de mantenerse alejados de la vida y decisiones de aquél.

No deseamos que puedan ser aplicables entre nosotros críticas semejantes a las que citábamos, entresacadas de las de Karl GECK sobre la actuación de los partidos políticos en la elección de los Magistrados del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, porque, como también señala el mismo autor, «la legitimidad de la jurisprudencia constitucional se asienta en la convicción de que ella es algo distinto esencialmente de la continuación de la política por otros medios [...] y es a la larga extremadamente peligroso para el prestigio e influencia de un Tribunal Constitucional que sea tomado como un órgano político más del Estado».

¿Seguiremos creyendo, como es imprescindible, en su necesaria independencia? Que la respeten de verdad los protagonistas del poder político ya es otra cuestión. Pero les es exigible.

BIBLIOGRAFÍA

BACHOFF, O., *Jueces y Constitución*, Cuadernos Civitas, 1.ª ed., 1985.

FAVOREAU, L., *Los Tribunales Constitucionales*, Ariel, 1.ª ed., 1994.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Revolución Francesa y Administración Contemporánea*: Cuadernos Taurus, 113-1972.

— *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, Civitas, 4.ª ed. ampliada, 1998.

GARCÍA PELAYO, M., *Obras completas III: El Tribunal Constitucional como órgano constitucional. El Tribunal Constitucional Español*.

GARRIDO FALLA, F., «Art. 159 de la Constitución», en la obra *Comentarios a la Constitución*, 2.^a ed.

MONTERO AROCA, J., *Independencia y responsabilidad del Juez*, Cuadernos Civitas, 1.^a ed., 1980.

RADBRUCH, A., SCHMIDT, E., WELZEL, H., *Derecho injusto y derecho nulo*, Aguilar (iniciación jurídica), 1971.

RUBIO LLORENTE, F. y ARAGÓN REYES, M., «La Jurisdicción Constitucional en la Constitución de 1978» en *La Constitución española de 1978*, Civitas.

RUBIO LLORENTE, F., *La forma del Poder*, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

SAIZ DE ROBLES, F. C., «La parlamentarización del Consejo General del Poder Judicial» en *La Constitución Española*, UCM.

SCHWARTZ, B., *Los diez mejores Jueces de la historia norteamericana*, Cuadernos Civitas, 1980.

SIMON, D., *La independencia del Juez*, ed. Ariel, 1.^a ed., 1985.

OBRAS COLECTIVAS:

- *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, Tribunal Constitucional y Boletín Oficial del Estado.*
- *La Jurisdicción Constitucional en España. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 1979-1994.* Tribunal Constitucional Centro de Estudios Constitucionales.
- «El Tribunal Constitucional», *Revista Teoría y realidad Constitucional*, Número Monográfico, UNED, Centro de Estudios Ramón Areces.

ACTUALIZACIÓN DEL COMENTARIO AL ART. 159 CE

Sumario: I. Introducción. II. «Cuatro a propuesta del Senado». III. Del control de legalidad y constitucionalidad de las decisiones de autoorganización del Tribunal Constitucional. V. La pertenencia a partidos políticos o sindicatos de los Magistrados del Tribunal Constitucional.

ENRIQUE GABALDÓN CODESIDO

RÉFÉRENDAIRE. TRIBUNAL GENERAL DE LA UNIÓN EUROPEA

I. INTRODUCCIÓN

Durante el tiempo transcurrido desde la publicación de la hasta ahora primera y única edición de los presentes comentarios, el art. 159 de la Constitución no ha sido modificado por el constituyente y solo ha sido mencionado en cuatro nuevas resoluciones del Tribunal Constitucional. Sin embargo, los cambios producidos en el contenido normativo del artículo sí que han sido significativos, como se intuía y apuntaba ya en la primera redacción de este comentario, cuando estaban pendientes algunos de los recursos que han dado lugar a las resoluciones a las que nos referiremos inmediatamente.

II. «CUATRO A PROPUESTA DEL SENADO»

De entre estas resoluciones, por su importancia y trascendencia, destaca la Sentencia 49/2008, de 9 de abril, del Peno del Tribunal Constitucional, resolviendo recurso de inconstitucionalidad interpuesto por diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso, contra la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, dando nueva redacción a los arts. 16.1 y 16.3.

En esencia y por lo que aquí interesa, los recurrentes entendían que la reforma del art. 16.1 LOTC vulnera el art. 159.1 CE, que atribuye al Senado la designación de cuatro Magistrados del Tribunal Constitucional, sin que esta potestad pudiera ser sustituida por las propuestas de las Asambleas Autonómicas, como introduce la Ley impugnada.

En la Sentencia, el Tribunal Constitucional confronta el art. 159.1 CE, que literalmente dispone: *1. El Tribunal Constitucional se compone de 12 miembros nombrados por el Rey: de ellos, cuatro a propuesta del Congreso por mayoría de tres quintos de sus miembros; cuatro a propuesta del Senado, con idéntica mayoría: dos a propuesta del Gobierno y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial, con el impugnado art. 16.1 LOTC: Los Magistrados propuestos por el Senado serán elegidos entre los candidatos presentados por las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas en los términos que determine el Reglamento de la Cámara.* Sorprendentemente, el Tribunal Constitucional concluye que el primer precepto no ha quedado modificado por el segundo.

Pese a esta conclusión del Tribunal Constitucional, es patente que la previa capacidad de elección autónoma del Senado ha quedado reducida por la ineludible intervención de las

Asambleas Autonómicas. Al mantener el Tribunal Constitucional la validez de la reforma impugnada se ha modificado *de facto* la Constitución en su art. 159.1.

Además, en el intento de motivar este fallo el Tribunal Constitucional incurre en contradicciones. Así, la Sentencia afirma que el uso de la palabra «entre» no impide que el Senado pueda seleccionar otros candidatos que no estén, como dice la norma impugnada, «entre los candidatos presentados por las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas»; «De lo expuesto cabe deducir, entre otros extremos, que el tenor literal del art. 16.1 de la LOTC permite que el Reglamento del Senado pueda, entre otras fórmulas, prever, incluso, mecanismos que hagan posible que sea la propia Cámara la que proponga candidatos a Magistrados del Tribunal Constitucional en el supuesto excepcional de que el sistema de elección de dichos Magistrados previsto con carácter general no culmine con esta elección, garantizando así que la Cámara Alta cumpla con su obligación constitucional» (FJ 14).

El prestigio y autoridad del Tribunal Constitucional no habría resultado tan dañado si se hubiera recurrido a una argumentación algo más lógica, que el caso presente exigía aún más, ya que un singular proceso de abstenciones y recusaciones redujo a ocho el número de magistrados que intervinieron en la deliberación, de los cuales cinco aprobaron la ponencia y los otros tres redactaron votos particulares con similar sentido y motivos.

Sobre la misma cuestión el Pleno del Tribunal Constitucional dictó la Sentencia 101/2008, de 24 de julio. En este caso se trataba del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por Senadores del Grupo Parlamentario Popular en el Senado contra el nuevo ap. 7 del art. 184 del Reglamento del Senado, que establece el procedimiento para la participación de las Asambleas Autonómicas en la elección de los Magistrados del Tribunal Constitucional.

En este caso también el Tribunal Constitucional desestima el recurso, negando nuevamente que esta participación de las Asambleas Autonómicas fuera contrario al art. 159.1 CE, además de otros preceptos constitucionales que fueron invocados como vulnerados.

De nuevo el Tribunal Constitucional en su argumentación (FJ 9) no solo niega la evidente limitación de poderes del Senado que emanan directamente de la Constitución, sino que lo vuelve a justificar de forma discutible. En este caso, en su intento de salvar la autonomía de poderes del Senado, el Tribunal Constitucional interpreta el precepto impugnado afirmando, contra el tenor literal no ya de la Constitución sino del mismo precepto del Reglamento del Senado que examina, que cuando no se presenten suficientes candidatos idóneos por las Asambleas Autonómicas, o incluso si el Pleno del Senado así lo estima, el Senado puede elegir de entre otros candidatos no presentados por las Asambleas Autonómicas.

III. EXCLUSIÓN DEL CONTROL DE LEGALIDAD Y CONSTITUCIONALIDAD DE LAS DECISIONES DE AUTOORGANIZACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Con menor transcendencia que las anteriores, debe citarse la Sentencia 47/2011, de 12 de abril, dictada en recurso de amparo en el que se alegaban vulneraciones a derechos fundamentales causadas por las resoluciones de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en las que se desestima la pretensión del demandante de amparo de cese de un Magistrado del Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional deniega el amparo afirmando que la solicitud de cese de un Magistrado del Tribunal Constitucional es uno de los actos que están excluidos tanto de la competencia de la jurisdicción ordinaria como del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, por afectar a las decisiones de autoorganización del Tribunal

Constitucional para el ejercicio de sus funciones constitucionales.

IV. PERTENENCIA DE LOS MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL A PARTIDOS POLÍTICOS O SINDICATOS

Finalmente, el Pleno del Tribunal Constitucional, por Auto 180/2013 de 17 de septiembre, inadmite los incidentes de recusación promovidos por la Generalitat y el Parlamento catalán contra el Presidente del Tribunal Constitucional, invocando las causas de recusación 9.^a (amistad íntima o enemistad manifiesta con cualquiera de las partes) y 10.^a (tener interés directo o indirecto en el pleito o causa) de las previstas en el art. 219 LOPJ, y que son aplicables a los Magistrados constitucionales según el art. 80 LOTC. Los recusantes deducían la concurrencia de estas causas de una serie de hechos, entre los que destaca que el Magistrado y entonces Presidente del Tribunal Constitucional, Sr. Pérez de los Cobos, hubiera estado afiliado al Partido Popular durante un tiempo coincidente al menos en parte con su condición de Magistrado del Tribunal Constitucional.

El Tribunal entiende que la Constitución, y en concreto el art. 159.4, no prohíbe la per-

tenencia de los Magistrados constitucionales a partidos políticos o sindicatos, sino que establece que la condición de miembro del Tribunal Constitucional es incompatible con el desempeño de funciones directivas en un partido político o en un sindicato y con el empleo al servicio de los mismos. En cambio, el Auto aclara que, en el ejercicio de sus funciones, «los miembros del Tribunal Constitucional actúan sometidos a estrictos parámetros jurídicos y con el solo medio de la argumentación jurídica para resolver las controversias que llegan a su conocimiento, incluso las que presentan un perfil o unas consecuencias más netamente políticos, sin más subordinación que a la Constitución» (FJ 3).

En un refrescante ejercicio de realismo el Tribunal Constitucional expresa lo que no es más que una evidencia, además de estar plasmada en la Constitución. Si a este Tribunal deben acceder juristas con una dilatada carrera, no se puede excluir que estos tengan su propia ideología y así lo hayan expresado, entre otras formas, uniéndose a partidos políticos o sindicatos. En otro caso, se estaría reduciendo las posibilidades de acceso a los miembros de las Carreras Judicial y Fiscal, que son los únicos que por estatuto propio no pueden pertenecer a dichas organizaciones.

BIBLIOGRAFÍA

ALZAGA VILLAAMIL, O., *Comentario sistemático a la Constitución española de 1978*, 2.^a ed., Marcial Pons, 2016.

ARAGÓN REYES, M., «La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 85, 2009, págs. 11-43.

CARRILLO, M., *Hacia una nueva jurisdicción constitucional. Estudios sobre la ley 6/2008, de 24 de mayo de reforma de la LOTC*, Tirant lo Blanch Alternativa, 2008.

ESTRADA MARÚN, J. A., *La designación de los magistrados del Tribunal Constitucional en España. Una perspectiva orgánica y empírica*, Aranzadi, 2017.

REQUEJO PAGÉS, J. L., «Doctrina del Tribunal Constitucional durante el segundo cuatrimestre de 2007», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 81, 2007, págs. 221-242.

RODRÍGUEZ-PATRÓN, P., «El Tribunal Constitucional ante la reciente reforma de los artículos 16 de su Ley Orgánica y 184 del Reglamento del Senado», *UNED. Revista de Derecho Político*, núm. 77, enero-abril 2010, págs.107-140.

Artículo 160

El Presidente del Tribunal Constitucional será nombrado entre sus miembros por el Rey, a propuesta del mismo Tribunal en pleno y por un período de tres años.

Sumario: I. Nombramiento. II. Duración del mandato. III. Funciones. 1. Funciones procesales. 2. Funciones representativas y de externalización.

MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO

CONSEJERO PERMANENTE DE ESTADO

PRESIDENTE EMÉRITO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

FRANCISCO PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO

PRESIDENTE EMÉRITO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. NOMBRAMIENTO

Este precepto, que regula la Presidencia del Tribunal Constitucional, es escueto pero significativo: **determina la existencia del órgano y establece su modo de designación y la duración de su mandato.** Esa regulación, como ha advertido el propio Tribunal Constitucional, «no puede ser objeto de ser una interpretación simplificada y aislada» (STC 49/2008, de 9 de abril), pues su contenido y alcance ha de integrarse con el resto del Título IX (STC 215/2016, de 15 de diciembre), que ha consagrado la posición institucional del Tribunal Constitucional como componente fundamental de nuestro sistema constitucional, existente por sí mismo, no vinculado ni subordinado a ningún otro poder del Estado, que le reconoce unas competencias específicas, excluyentes y exclusivas, y que asegura su independencia como tal órgano supremo en su orden, solo sometido a la Constitución y a su Ley Orgánica.

La remisión genérica que el art. 165 CE hace a la Ley Orgánica para regular el funcionamiento del Tribunal Constitucional, el estatuto de sus miembros y las condiciones para el ejercicio de las acciones, incluye también la habilitación para una regulación detallada de la Presidencia Constitucional, que ha de cumplir las exigencias del art. 160 CE, nombramiento real, propuesta por el pleno del Tribunal entre sus miembros y por un período de tres años, pero también lo que el propio Tribunal ha llamado su **modelo organizativo**, «**que se deriva conjuntamente de los arts. 159.3 y 160, y que implica una clara decisión del Constituyente**». Más allá de ese marco constitucional, el art. 165 CE «otorga al legislador orgánico un **margen de manobra para desarrollar el régimen jurídico de la Presidencia** procurando armonizar los diversos bienes jurídicos constitucionales que se proyectan sobre esta figura y sobre el modelo mismo de Tribunal Constitucional» (STC 49/2008). La concreción del modo de

elección y la determinación de las funciones y el estatus del Presidente se han llevado a cabo por la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (en adelante LOTC), en especial por sus arts. 9 y 15 (este último modificado parcialmente por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo).

Que el Tribunal Constitucional sea, al mismo tiempo, un órgano constitucional y un Tribunal de Justicia *sui generis* le otorga una nota peculiar y distintiva dentro de la estructura institucional del Estado y determina su estatus dentro del orden constitucional. Compare la independencia con los órganos judiciales, siendo un órgano distinto e independiente de los de la jurisdicción, y también de cualquier otro órgano constitucional. El diseño originario de modelo de Tribunal Constitucional previo utilizó una organización de tipo jurisdiccional para asegurar su independencia en el sistema político, desde la premisa de que asimilando la función y el estatus de los Magistrados al modelo judicial se aseguraba también la independencia del órgano. La especial tutela de la independencia del Tribunal Constitucional se refleja en su regulación y en el estatus de sus Magistrados, lo que es indispensable para la aceptación y la autoridad de la justicia constitucional, frente al riesgo de su politización, dada la delicadeza y trascendencia política de algunas de las cuestiones sobre las que tiene que decidir.

La designación temporal limitada, sin posibilidad de reelección, del Magistrado, que consagra nuestra Constitución para **garantizar una correspondencia entre las orientaciones del Juez constitucional y las de la sociedad expresada por los órganos constitucionales** y para evitar el anquilosamiento de la jurisprudencia o el corporativismo o conservadurismo judicial es un elemento característico del modelo europeo de justicia constitucional, lo que acentúa la necesidad de sólidas garantías de imparcialidad e independencia del órgano de justicia constitucional también mediante la inamovilidad de sus miembros y el que no pueda ser disuelto y el

reforzamiento de su autonomía, organizativa, como la capacidad para aprobar y modificar su propio Reglamento, de elaborar sus presupuestos y de designar sus funcionarios, el que sus resoluciones vinculen a los demás órganos del Estado y el que no se admite recurso alguno contra ellas. Dentro de estos **elementos de garantía de independencia del órgano de justicia constitucional ha de insertarse la forma de designación de su Presidente, trazada en el art. 160 CE.**

Este precepto determina o da por sentada la existencia de una persona que presida el Tribunal Constitucional, lo que como órgano colegiado es una necesidad para el buen funcionamiento del órgano, también en cuanto órgano jurisdiccional, aunque **la consagración constitucional de la Presidencia le da un particular relieve**, como ocurre con la Presidencia del Tribunal Supremo (que se menciona en el art. 136 CE), y que no aparece consagrada en otros órganos (como el Tribunal de Cuentas o el Consejo de Estado). También las Constituciones próximas hacen referencia expresa y consagran la figura de la presidencia del órgano de justicia constitucional. Sin embargo, **no es una nota común que su designación se haga por y entre los miembros del Tribunal** como dispone el art. 160 CE. Nuestro antecedente histórico más cercano, el art. 122 de la Constitución de 1931, establecía el nombramiento por el Parlamento del Presidente del Tribunal de Garantías Constitucionales. Un nombramiento parlamentario que se prevé también en otras Constituciones actuales, como la Constitución alemana (art. 94 GG), mientras que en otros sistemas el nombramiento corresponde al Presidente de la República, directamente, como ocurre en Francia con el Presidente del Conseil Constitutionnel (art. 56 Constitución francesa), o a propuesta del ejecutivo, como acontece en Austria, con el *Bundesverfassungsgericht Präsident*. El art. 160 CE **parece haberse inspirado en la Constitución italiana**, cuyo art. 135 establece que «La Corte elegge tra i suoi componenti, secondo le norme stabilite dalla legge, il Presidente, che ri-

mane in carica per un triennio, ed è rieleggibile, fermi in ogni caso i termini di scadenza dall'ufficio di giudice». Es también el sistema que sigue el art. 222.4 de la Constitución de Portugal («O Presidente do Tribunal Constitucional é eleito pelos respectivos guises»).

Con la designación por los respectivos Magistrados y la duración limitada de su mandato a tres años el constituyente reforzó la autonomía e independencia del Tribunal Constitucional y hubo entonces un **amplio consenso** sobre esta forma de designación democrática interna de su Presidencia y sobre la duración limitada de su mandato a tres años, cuestión que no ha sido objeto después de serio cuestionamiento.

Desde el primer momento la doctrina ha destacado cómo esta forma colegial de designación es «la manifestación constitucional más clara a favor de la independencia institucional del Tribunal Constitucional» (AGUIAR Y PAJARES, 176). También lo ha reconocido así el propio Tribunal Constitucional cuando se ha pronunciado al respecto, al afirmar que «desde una perspectiva comparada se trata de una regulación constitucional más extensa que la de la mayor parte de países de nuestro entorno, de la que se deriva un **modelo de Presidencia y de Tribunal Constitucional que otorga a su autonomía orgánica un papel ciertamente relevante**, puesto que la Presidencia no solo debe corresponder necesariamente a uno de sus miembros, sino que la única voluntad que concurre en su elección es la del conjunto de Magistrados» (STC 49/2008 y STC 185/2016, de 3 de noviembre).

Formalmente, el **nombramiento lo hace el Rey, pero partiendo de una propuesta vinculante** que refleja el resultado de una elección por el Tribunal en Pleno entre sus miembros en votación secreta (art. 9.1 LOTC), única exigencia formal para la sesión establecida en el precepto (ARANGUREN, 187). A tal efecto el precepto requiere para la elección en primera votación la mayoría absoluta, de no alcanzarse esta prevé una segunda vota-

ción para la que exige la mayoría de votos y, para el supuesto de que en esta segunda votación se haya producido un empate y este se repita en una tercera votación, previene que sea propuesto el candidato de mayor antigüedad en el cargo y en caso de igualdad el de mayor edad (art. 9.2 LOTC).

Como los actos reales requieren en todo caso el refrendo, los nombramientos sucesivos de Presidente del Tribunal Constitucional han sido **refrendados por el Presidente del Gobierno**, pese a que el autor material del acto de designación de la persona fuera el propio Tribunal Constitucional, lo que confirma la jurisprudencia constitucional de que la posibilidad de que el refrendo se refiera a un acto ajeno al refrendante (STC 5/1987), y no cuestiona en absoluto la autonomía e independencia del órgano de justicia constitucional, al no ser posible control alguno sobre esa propuesta. La intervención real y el refrendo son una mera formalización solemne del nombramiento del Presidente, propia de la Monarquía parlamentaria, pero la responsabilidad de la corrección formal de la votación corresponde al Presidente del Tribunal Constitucional en funciones, que es quien eleva la propuesta sin ningún margen de control jurídico o político por parte del Gobierno vinculado por la decisión del Pleno del Tribunal.

El art. 9.4 LOTC prevé la figura del **Vicepresidente del Tribunal Constitucional**, que no se contiene en el texto constitucional, posiblemente porque en el Título IX se habla de un Tribunal Constitucional en Pleno y no se prevé la constitución de Salas ni de Secciones, como ha previsto la LOTC. La creación de dos Salas ya planteaba la necesidad de prever una presidencia para cada una de ellas y esta fue la razón fundamental para la creación de la figura de la Vicepresidencia. La existencia de esta figura ha obligado a su vez a prever su forma de designación, que el mismo art. 9.4 LOTC prevé que se realice de forma similar a la elección de la Presidencia, a la vez que encomienda al Vicepresidente

«sustituir al Presidente en caso de vacante, ausencia u otro motivo legal y presidir la Sala Segunda». Del precepto legal se deduce que fueron ante todo razones prácticas las que llevaron a introducir la figura de la Vicepresidencia del Tribunal Constitucional, tanto para dotar de Presidencia a la Sala Segunda (gozando de hecho de una plena autonomía para ello), lo que es propio de los Tribunales de estructura constitucional compleja, como para prever la suplencia del Presidente, lo que en otros órganos de justicia constitucional de estructura simple se ha solucionado a través de otras vías, como ocurre por ejemplo con el Consejo de Estado (SANTOLAYA, 2001, 177).

La previsión legal es la de la elección del Vicepresidente de forma paralela a la del Presidente y para un período de tres años. Aunque se ha puesto en duda la posibilidad de su reelección, tanto la práctica como el no establecimiento de una regla precisa que lo impida ha llevado a reconocer esa posibilidad (AGUIAR Y PAJARES, 187; RUBIO LLORENTE, «La jurisdicción constitucional en España en la forma del poder», 6). La coincidencia de la elección de Presidente y Vicepresidente ha llevado en la práctica a buscar un equilibrio interno entre los titulares de uno y otro órgano, tratando de acentuar el grado de consenso con el colegio de Magistrados y la autoridad interna de uno y otro (SANTOLAYA, 2001, 230).

II. DURACIÓN DEL MANDATO

La Constitución prevé **la duración del mandato** del Presidente **en tres años**, período que coincide con la renovación parcial trienal del Tribunal. «De este modo se garantiza una **correspondencia constante entre el titular de la Presidencia y la composición del Pleno**» (AGUIAR Y PAJARES, 180), coincidencia que contribuiría a acentuar la vinculación de la Presidencia al resto de los Magistrados, como un *primus inter pares* y al reforzamiento de la colegialidad del órgano de justicia constitucional.

La Constitución establece un período de tres años de duración del mandato, pero no hace referencia alguna a la **posible reelección** del Presidente, a diferencia de su modelo italiano, que expresamente lo prohíbe. El silencio del precepto constitucional podría ser entendido tanto como autorizando ilimitadamente cualquier reelección, como vedándola y ordenando un límite máximo a la duración en el cargo. El legislador orgánico ha llenado esa laguna a través de una fórmula intermedia, que permite la reelección, pero solo por una vez (art. 9.3 LOTC). En la práctica, solo dos Presidentes han sido reelegidos por un nuevo período de tres años, lo que se ha acentuado por la práctica actual de elección del Presidente entre los Magistrados que están en el último período de su mandato.

La persistente anomalía en el retraso de la renovación del Tribunal Constitucional ha hecho que los tres meses previstos en la LOTC para dar tiempo al órgano competente a designar los nuevos Magistrados que sustituyan a los que han agotado su mandato ha generado el **problema de la continuidad de la persona del Presidente más allá de los tres años hasta que se produzca la renovación**, momento hasta el cual los Magistrados que han agotado su mandato mantienen plenamente su función.

La **práctica que se había seguido hasta el momento** para asegurar la voluntad constitucional de correspondencia entre el titular de la Presidencia y la composición del Pleno, era que el Presidente continuase, más allá de los tres años, hasta la toma de posesión del tercio renovado del Tribunal Constitucional. Tras un debate interno con motivo del agotamiento del mandato del entonces Presidente, y el Pleno Gubernativo el 27 de febrero de 1992, llegó a un acuerdo ampliamente mayoritario sobre el asunto de que al no haberse producido la renovación parcial, debían continuar el Presidente y el Vicepresidente en el ejercicio de sus funciones «en aplicación del art. 17.2 LOTC» («continuarán en el ejercicio de sus funciones hasta que hayan tomado posesión

quienes pudieran sucederles»). Esa práctica fue seguida sin polémica hasta la expiración del mandato de la Presidencia en junio del 2007, momento en el que se cuestionó internamente esa solución, aunque sin configurarse una clara alternativa, dadas las dificultades que planteaban otras opciones, lo que ya se tuvo en cuenta en 1992 para adoptar la solución de la prórroga de funciones. El Vicepresidente no podía asumir la Presidencia, pues su mandato también estaba agotado, no tendría sentido designar un nuevo Presidente para tres años por un Pleno que parcialmente también había agotado su mandato, y una Presidencia (y Vicepresidencia) provisional del Magistrado más antiguo o de mayor edad planteaba notables disfunciones también en la función de externalización del Tribunal.

La importante reforma de la LOTC, llevada a cabo por la **Ley Orgánica 6/2007**, de 24 de mayo, que afectó prácticamente a la tercera parte de su articulado, también se ocupó de este tema concreto llenando formalmente una laguna, pero confirmando la práctica precedente. El legislador introdujo un **nuevo inciso en el ap. 3 del art. 16** tras la determinación de la renovación del Tribunal por terceras partes para tres años para indicar que, **a partir de esa renovación, «se producirá la elección del Presidente y del Vicepresidente, de acuerdo con lo previsto en el art. 9»**, añadiendo que si el mandato de tres años no coincidiera con la renovación del Tribunal Constitucional «tal **mandato quedará prorrogado para que finalice en el momento en que dicha renovación se produzca y tomen posesión los nuevos Magistrados**». Esta prórroga, coherente con la prórroga del ejercicio de las funciones de los Magistrados Constitucionales, ha sido considerada una «**medida racionalizadora** de la sistemática de las renovaciones del Tribunal» que deja «normativamente garantizado que serán todos los miembros del Tribunal Constitucional los que elegirán a su Presidente y Vicepresidente, sin que tenga ningún sentido que pudieran participar en la elección aquellos que están abocados a un inminente cese

por agotamiento de su mandato» (BALAGUER, CÁMARA y MEDINA, 2008, 49).

El precepto reformado fue en su día objeto de un **recurso de inconstitucionalidad** formulado también contra otros párrafos del nuevo art. 16 LOTC por estimar los recurrentes que el párr. 2.º del art. 16.1 LOTC suponía una **alteración de la duración del cargo** de Presidente(a) del Tribunal Constitucional que **vulneraría los arts. 159.1 y 160 CE**, pues este art. 160 CE expresa unívocamente que la duración del cargo de Presidente es de tres años, por lo que sería inaceptable una prórroga automática de la Presidencia frente al mandato constitucional, de modo que, ante la falta de coincidencia entre los periodos presidenciales y la renovación parcial del Tribunal, serían los miembros del Tribunal en cada momento quienes deben elegir a un Presidente cada tres años, sin que el legislador pueda sustraer al Pleno dicha competencia. La falta de representatividad solo ocurriría si el elegido no está entre los que han de ser renovados inmediatamente, y es un argumento rechazable al no ser el Tribunal Constitucional una institución de naturaleza político-representativa.

El Tribunal Constitucional, en su **Sentencia 49/2008** consideró que la **finalidad** perseguida por el nuevo párr. 2.º del art. 16.1 LOTC era **constitucionalmente legítima** y que su concreto contenido **no vulneraba ningún mandato constitucional**, y rechazó la impugnación, por entender que la reforma había respetado los límites constitucionales a los que está sometido el legislador orgánico en este ámbito.

Para la Sentencia, el propósito y el alcance de la reforma, «**hacer coincidir la elección de la Presidencia con la renovación parcial del Tribunal**», **obedece a la «lógica constitucional**, puesto que tanto el art. 160 como el 159.3 CE prevén el mismo plazo temporal (tres años) para ambas figuras», ya no se está ante una reelección de Presidente, sino «ante una prórroga automática del mandato presi-

dencial vigente», limitada al tiempo que transcurra hasta la renovación del Tribunal, garantizando así **que la elección de la Presidencia se produzca** tras la renovación parcial del Tribunal y, por tanto, **con participación de los nuevos Magistrados** (FJ 19). Esa finalidad, la coincidencia de la renovación parcial del Tribunal con la elección interna de su Presidencia ni es arbitraria ni tampoco vulnera ningún precepto constitucional, pues **pretende armonizar aspectos del modelo organizativo del Tribunal Constitucional vinculados a su renovación parcial cada tres años**, y permite que la Presidencia continúe ejerciendo con normalidad sus competencias hasta la renovación del Tribunal, reforzando la figura de la Presidencia al garantizar que el Colegio de Magistrados se ha presidido por un miembro del Tribunal elegido por todos sus integrantes (FJ 20).

Para el Tribunal Constitucional la norma no vulnera el art. 160 CE, pues **no prevé un nuevo nombramiento, sino una prórroga del mandato**, sin que la temporalidad del mandato suponga la imposibilidad de su prórroga, como ocurre con los propios Magistrados, rechazando una interpretación simplificada y aislada del precepto constitucional para deducir la inconstitucionalidad de un precepto legal que «persigue una finalidad constitucionalmente legítima y que, al hacerlo, no vulnera ninguno de los preceptos y principios que se proyectan sobre el modelo de Tribunal Constitucional que se deriva de la Constitución». Añade que esa prórroga automática **no sustrae una competencia constitucional del Pleno**, ya que la Constitución no impone la necesidad de una elección cada tres años de la Presidencia, al margen de su renovación, habiendo la norma legal seguido el criterio adoptado por el Tribunal Constitucional en los supuestos más recientes (FJ 21).

El argumento de los votos particulares en contra de la decisión mayoritaria del Tribunal se basó en rechazar como modelo constitucional la coincidencia entre composición del Tribunal y elección presidencial, y, por otro

lado, en considerar que la elección del Presidente estaba atribuida constitucionalmente al Pleno y que era indisponible para el legislador, de suerte que debía ser el Pleno el que en cada caso adoptase la decisión que considerase conveniente. Pero esta solución caso por caso produciría inseguridad e, incluso, arbitrariedad, al dejar a la decisión de cada Colegio de Magistrados la prórroga del mandato, la designación de un nuevo Presidente definitivo o la decisión de un Presidente provisional entre los Magistrados cuyo mandato expira. Fuera de toda polémica sobre los efectos concretos de la reforma, la fórmula de la prórroga es la que parece plantear menos problema (que la elección prematura por un Colegio de Magistrados incompleto o la sustitución provisional o transitoria por Magistrados que, sin nombramiento real, cumplan internamente las funciones de la Presidencia y la Vicepresidencia, sin presencia externa, como ocurre en el Consejo de Estado en caso de Presidencia vacante) y es la más conforme con el modelo constitucional de renovación parcial trienal, que de respetarse por los responsables en cada momento de la renovación, no daría lugar **al mantenimiento prolongado de situaciones de prórrogas de Magistrados, Presidente y Vicepresidente en todo caso indeseables y que han de sufrir los propios afectados**.

III. FUNCIONES

Según la STC 49/2008, del art. 160 CE no se «colige una regulación constitucional exhaustiva de la figura de la Presidencia del Tribunal Constitucional. Sin ir más lejos, no se definen **sus funciones ni sus concretas competencias, ni el modo de ejercerlas, aspectos todos ellos que están desarrollados en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional** y en las normas que la desarrollan» (FJ 18), de modo que la LOTC ha podido completar y precisar aspectos sobre esa Presidencia disponibles para el legislador (STC 185/2016). Por ella, más allá de lo concretado por el art. 160, es la LOTC la que determina las fun-

ciones, la competencia y el estatus de la Presidencia del Tribunal Constitucional, profundizando el diseño constitucional del carácter colegiado del órgano, de la elección entre los Magistrados de su Presidente y del doble papel de este como un Magistrado más (ATC 180/2013, de 17 de septiembre) y como un órgano que preside el Tribunal como órgano jurisdiccional y como organización de apoyo al órgano jurisdiccional.

La LOTC dedica a la Presidencia, además del art. 9 relativo a su elección, el art. 15, conforme al cual «El Presidente del Tribunal Constitucional ejerce la representación del Tribunal, convoca y preside el Tribunal en Pleno y convoca las Salas; adopta las medidas precisas para el funcionamiento del Tribunal, de las Salas y de las Secciones; comunica a las Cámaras, al Gobierno o al Consejo General del Poder Judicial, en cada caso, las vacantes; nombra a los letrados, convoca los concursos para cubrir las plazas de funcionarios y los puestos de personal laboral, y ejerce las potestades administrativas sobre el personal del Tribunal».

El art. 15 es muy sintético, y, aunque no faltan referencias a otros cometidos del Presidente en otros preceptos de la LOTC (arts. 6, 7, 8, 23), la regulación más detallada de las **funciones gubernativas internas de la Presidencia del Tribunal Constitucional** se encuentran en el Reglamento de Organización y Personal del Tribunal Constitucional, aprobado en ejercicio de la competencia reconocida en el art. 22 en relación con el art. 10.g) LOTC por Acuerdo del Pleno de 5 de julio de 1990, y objeto de algunas modificaciones posteriores. Ese Reglamento regula con detalle las funciones y el funcionamiento del **Pleno Gubernativo**, el papel que desempeña en él el Presidente, en convocatoria, orden del día y la dirección de los debates (arts. 3 y ss.), y las **competencias administrativas de la Presidencia** (arts. 14 y 15), la delegación de funciones (art. 16), su sustitución en caso de vacante, ausencia o enfermedad, y el Gabinete Técnico. Sobre el deta-

lle de esta regulación no es propio entrar en un examen como el presente de los elementos que configuran «el estatuto constitucional de la Presidencia», por emplear el término que utiliza el propio Tribunal Constitucional (STC 49 2008).

El art. 15 LOTC hace una descripción de las funciones del Presidente que incluye, junto a la «representación del mismo», funciones puramente judiciales, de convocatoria y presidencia del Tribunal y de las Salas, funciones de dirección de la oficina judicial, en cuanto adopción de las medidas precisas para el funcionamiento del Tribunal, de las Salas y de las Secciones, funciones de comunicación de las vacantes al órgano competente para las propuestas de nuevos miembros, y se refiere luego a potestades administrativas en relación con el personal.

Comentando este precepto, SANTOLAYA (2001, 282 y ss.) ha clasificado las funciones de la Presidencia del Tribunal Constitucional en funciones representativas, funciones procesales y funciones de gobierno y administración. No se han de examinar aquí estas últimas e importantes funciones «gestoras», que especifican los arts. 14 y 15 del Reglamento de Organización como **«suprema autoridad administrativa»** (AGUIAR y PAJARES, 184), se refieren a la gestión administrativa y económica del Tribunal, de su personal, y la configuración de unos servicios de apoyo, como los de biblioteca, documentación, informática, etc., que suponen una estructura particularmente compleja en el Tribunal y que dependen también de su Secretaría General. En todo caso existe un cierto contraste entre el modelo «presidencialista» que diseña el Reglamento de Organización con amplias facultades de la Presidencia, pese a la participación de unos órganos colegiados de rondón muy ocasional, con el modelo colegial a que responde la LOTC, especialmente en lo que se refiere a las funciones procesales del Presidente «considerado a todos los efectos un miembro más del Colegio» (SANTOLAYA, 2001, 290).

1. Funciones procesales

Las funciones procesales vienen previstas expresamente en el art. 15 LOTC: se trata de la **convocatoria, fijación del orden del día y presidencia** del Pleno y, según el texto legal, la fijación del orden del día y la convocatoria de las Salas, aunque, de hecho, sea en la práctica el Vicepresidente el que fije el orden del día y convoque a la Sala Segunda. No está prevista en la Ley la encomienda al Presidente **de la asignación de ponencias** a los Magistrados de cada asunto, que suele realizarse por orden de entrada, aunque la Presidencia tenga un cierto margen en cuanto a esa asignación de asuntos a su propia persona (Resolución sobre normas para designación de magistrados ponentes, Acuerdo del Pleno de 14 de julio de 1980). **Se sustrae la competencia de la Presidencia la distribución de asuntos y el nombramiento de ponentes**, lo que en la mayoría de los sistemas de justicia constitucional se deja a la discreción de la Presidencia, otorgándole una particular influencia que también le permite racionalizar la ordenación y distribución de tareas y una cierta especialización entre los Magistrados, teniendo en cuenta también su procedencia. Esta asignación de ponencia mediante el reparto automático por orden de entrada es una clara manifestación de la tendencia a acentuar el carácter de *primus inter pares* en la persona del Presidente del órgano de justicia constitucional y sigue de cerca el tradicional modelo judicial, mediante un **sistema que es objetivo aunque no necesariamente funcional**, pero que en todo caso descarga a la Presidencia de la delicada tarea del reparto de ponencias, impidiendo con ello toda sospecha sobre la posibilidad de una injerencia en asuntos de trascendencia política o ideológica.

La convocatoria de las Salas es la primera de las funciones procesales que la Ley confiere al Presidente. De hecho, su desempeño comienza con una sesión plenaria, que inicia el período de sesiones, en el que a propuesta suya el Pleno adopta la trascendental decisión de la

adscripción de los Magistrados a las Salas, debiendo publicarse en el *Boletín Oficial del Estado* la composición de las Salas para cada período de sesiones (Acuerdo de 22 de septiembre de 1981). La función presidencial en este caso es de mera propuesta, pues es el Pleno el que decide sobre la cuestión, pero a nadie se le escapa la importancia de la misma.

La función de dirección procesal más relevante de la Presidencia **está en la fijación del orden del día**, que, aunque condicionada por la existencia de asuntos concluidos con ponencias redactadas para su posible discusión, se ha manifestado muy importante en la ordenación de la actividad jurisdiccional de la institución. De la inclusión o no en el orden del día de un determinado asunto depende su deliberación y, por tanto, razones de oportunidad —política y también de política jurisdiccional— pueden exigir que determinados recursos se vean con presteza y otros se pospongan. Es obviamente en el Pleno donde la acumulación de asuntos y su delicadeza, lleva a un mayor margen de discrecionalidad a la Presidencia.

De otra parte, esta prerrogativa ha permitido, en relación con el funcionamiento de las Salas y Secciones del Tribunal, adoptar **medidas de estímulo y dirección** para propiciar una mayor efectividad y eficacia en el órgano de justicia constitucional, de modo que la persona del Presidente puede incidir en el mayor o menor rendimiento del Tribunal, como reflejan las estadísticas.

La LOTC dice poco del papel del Presidente en el **desarrollo de las deliberaciones** que llevan a la votación final de la sentencia en sus fundamentos y fallo. Se ha tratado de aplicar analógicamente lo dispuesto en los arts. 9 y 10 del Reglamento de Organización y Personal del Tribunal Constitucional en cuanto a la posibilidad de considerar concluidas las deliberaciones para someter a votación las sentencias, o de suspender la decisión hasta otra reunión (SANTOLAYA, 2001, 286). Sin necesidad de remitirse a ese Reglamento, que se refiere solo al Pleno Gubernativo, ha de entenderse

que dentro de las facultades de la Presidencia, y, en su caso, de la Vicepresidencia, está este cometido de ordenar las deliberaciones, de orientarlas con vistas a aclarar y acercar posiciones para buscar el mayor consenso posible en el fallo y en la fundamentación de la sentencia, sin perjuicio de que «el Presidente debe ser un Magistrado más a la hora de pronunciarse en las sentencias» (DE VEGA, 1979, 343), así como el no menos importante de dar por concluida la deliberación y someter el asunto a votación.

El art. 90.1 LOTC dispone que las **decisiones se adopten por mayoría** de los miembros del Pleno, Sala o Sección y que, **en caso de empate, decidirá el voto de calidad del Presidente**, previsión que no contiene el art. 160 CE, a diferencia de la Constitución francesa. El voto de calidad del Presidente opera tanto en el Pleno como en la Sala Primera, mientras que en la Sala Segunda viene operando, paralelamente, el voto de calidad del Vicepresidente. Se ha dado a ese voto de calidad una trascendencia externa que no se corresponde con la realidad de la operatividad del voto de calidad que implica que el resultado final de los debates refleje un empate, no logrando el objetivo propio del debate el acercamiento de opiniones y voluntades, que es la tarea fundamental que debe perseguir el Presidente. La existencia del voto de calidad ciertamente **supone un reforzamiento de la posición del Presidente, pero también presupone una autolimitación** en la defensa de sus propias posiciones, en la medida que opera tanto en Pleno como en Sala, a la vez como miembro del colegio y como «mediador» en la búsqueda de soluciones consensuadas, tratando de evitar en lo posible situaciones límites de empate «técnico», que son las que pueden llevar a imponer el criterio del Presidente en virtud de su voto de calidad, por haber fracasado en sus intentos de acercamiento de posiciones.

En el Tribunal Constitucional alemán no opera el voto de calidad, pero la presunción de constitucionalidad de la ley hace que, en caso de empate, si no existe una mayoría a favor

de la inconstitucionalidad de la ley, la Sentencia no puede declararla. Esto ocurre también en la práctica, entre nosotros, cuando el voto de calidad del Presidente opera a favor de la constitucionalidad de la ley, puesto que lo que se constata es que no existe una mayoría del Tribunal favorable a la declaración de constitucionalidad. Sin embargo, y aquí está la excepción, cabe una declaración de inconstitucionalidad sin mayoría, en virtud del voto de calidad del Presidente del Tribunal. La relevancia de algunos casos en los que en el pasado ha operado el voto de calidad, tal es el caso de las SSTC 11/1983 y 53/1985, ha desvirtuado la percepción sobre el alcance de este, pues su muy escasa utilización muestra que en la realidad el voto de calidad de la Presidencia, como el de la Vicepresidencia, ni ha tenido ni tiene la trascendencia que externamente se le concede.

2. Funciones representativas y de externalización

El art. 15 declara que «el Presidente del Tribunal Constitucional ostenta **la representación del mismo**». Se trata de lo que se ha calificado de funciones *ad extra* de externalización o poderes de exteriorización (AGUIAR Y PAJARES, 183), que tienen, en primer lugar un **alcance jurídico** en cuanto condición de representante del órgano a través del cual el Tribunal Constitucional se comunica con los demás órganos constitucionales, judiciales o administrativos, así, como en su caso, con los justiciables, aparte de la actuación personal en los aspectos externos de la gestión administrativa del Tribunal (contratación, nombramiento del personal, etc.). El propio art. 15 LOTC especifica una de estas funciones representativas al referirse a la comunicación de las vacantes al órgano competente para las propuestas de nuevos miembros.

Junto a estas funciones jurídicas de representación orgánica, el carácter de representante del Tribunal adquiere una **dimensión simbólica y de imagen** a través de la cual se exterioriza

riza y se personifica hacia fuera el órgano de justicia constitucional. En consideración a la dignidad de la institución presidencial, se confiere a su titular una posición y rango específicos, cuya manifestación más elocuente es el lugar destacado que al presidente del Tribunal Constitucional se reserva en el orden de precedencias del Estado (art. 10 del Real Decreto 2099/1983, de 4 de agosto, de Ordenamiento General de Precedencias en el Estado).

Ciertamente el Tribunal Constitucional solo «habla» a través de sus resoluciones, las Sentencias, los Autos y las Providencias, y cualquier manifestación o declaración externa de la persona titular de la Presidencia **no «vincula» al Tribunal**. Ni siquiera está previsto un tipo de mensaje oficial similar al del Presidente del Tribunal Supremo en la inauguración del curso judicial, la cual no tiene lugar en el Tribunal Constitucional. Además, la Memoria del Tribunal Constitucional, sustancialmente informativa de la labor del Tribunal pero que expresa opiniones sobre su situación y funcionamiento hacia las «instancias externas» (SANTOLAYA, 2001, 284), al igual que ocurre en otros órganos colegiados no es imputable a la persona del Presidente, aunque sea quien la presente y entregue formalmente al Rey.

Esta representación externa del Tribunal formalmente **no convierte a la Presidencia en su «portavoz»**. Sin embargo, las opiniones

que expresa el Presidente, aunque sean personales, son opiniones «comprometidas» y en los medios de comunicación adquieren una especial trascendencia. Es difícil una Presidencia silente, porque entre las funciones de externalización se encuentra asegurar la presencia del Tribunal, no solo en los **actos protocolarios** (en los que la Presidencia ocupa un puesto relevante con los Presidentes de los demás órganos constitucionales, con los que mantiene contactos permanentes), sino en conferencias, publicaciones, contactos con los medios de comunicación, etc., como **«imagen» exterior del Tribunal**, en función de la personalidad y de la «prudencia» de cada Presidente. En la página web del Tribunal Constitucional se reflejan las numerosas actividades «externas» de la Presidencia.

Esa representación externa como imagen del Tribunal también ha adquirido una **dimensión internacional** en los contactos con otros Tribunales Constitucionales tanto en visitas bilaterales, como en la participación en las Conferencias de Tribunales Constitucionales, como en la Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional, promovida por nuestro Tribunal Constitucional. Además, esa presencia exterior de la Presidencia también se ha desarrollado en viajes oficiales y oficiosos, dando a conocer la labor del Tribunal Constitucional y favoreciendo el fomento de una cultura constitucional y democrática.

BIBLIOGRAFÍA

AGUIAR DE LUQUE, L. y PAJARES MONTOLÍO, E., «El presidente del Tribunal Constitucional: art. 160», en ALZAGA VILLAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Cortes Generales, Madrid, 1996-1999, XII, págs. 173 y ss.

ARANGUREN PÉREZ, I., «Artículo 9» y «Artículo 15», en GONZÁLEZ RIVAS, J. J. (Dir.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, La Ley, Madrid, 2010.

BALAGUER CALLEJÓN, F., CÁMARA VILLAR, G. y MEDINA REY, L. F., *La nueva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid, 2008.

CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F., *Jurisdicción y procesos constitucionales*, Madrid, 2000.

DE VEGA, P., «Comentario al art. 160», en AA. VV., *Constitución española, edición comentada*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979, pág. 343.

FERNÁNDEZ SEGADO, F., «El recurso de amparo como vía de generación conflictual entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, curso 2002-2003, Madrid, 2003, págs. 105 y ss.

GECK, W. K., «Nombramiento y estatus de los Magistrados del Tribunal Constitucional Federal de Alemania», traducción de J. PUENTE EGIDO, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 8, de 22 enero-abril de 1988.

GONZÁLEZ TREVILJANO, P. J., *El Tribunal Constitucional*, Aranzadi, 2000.

SANTOLAYA MACHETTI, P., «Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional», en REQUEJO PAGÉS, J. L. (Coord.), *Tribunal Constitucional-Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 2001, pág. 177.

Artículo 161

1. El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer:

a) Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a esta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada.

b) De recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el art. 53.2 de esta Constitución, en los casos y formas que la ley establezca.

c) De los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de los de estas entre sí.

d) De las demás materias que le atribuyan la Constitución o las leyes orgánicas.

2. El Gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas. La impugnación producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida, pero el Tribunal, en su caso, deberá ratificarla o levantarla en un plazo no superior a cinco meses.

Sumario: I. Posición constitucional del guardián de la Constitución. 1. Características. 2. El nacimiento de la justicia constitucional. 3. El trasplante a Europa. II. El enjuiciamiento de la constitucionalidad de las leyes y disposiciones normativas con la fuerza de la ley y sus modalidades. 1. La impugnación directa. A) El recurso de inconstitucionalidad. B) Gobierno vs. Comunidades Autónomas. C) La metamorfosis de conflictos en impugnación directa. D) La declaración sobre la constitucionalidad de los Tratados internacionales. E) El recurso previo de constitucionalidad. F) El «placet» a los nombramientos. 2. La impugnación indirecta. A) La cuestión de inconstitucionalidad. B) La inconstitucionalidad sobrevenida. C) El autoplanteamiento de la cuestión de constitucionalidad. 3. Efectos. III. El recurso de amparo. 1. Ámbito. A) Objeto. a) Los derechos fundamentales protegidos. b) Las instituciones legislativas. c) El Poder Ejecutivo central y periférico. d) La Administración electoral. e) El Poder Judicial. B) Función subsidiaria. a) La invocación previa del derecho fundamental. b) El agotamiento de la vía judicial. C) La ponderación de los derechos fundamentales en juego. D) Efectos de la interposición del recurso de amparo. IV. Los conflictos positivos de competencia. 1. Los conflictos entre Estado y las Comunidades Autónomas. 2. Los conflictos entre órganos constitucionales de Estado. 3. Conflictos con

el Tribunal de Cuentas. 4. Los conflictos en defensa de la autonomía local. V. Hacer ejecutar sus resoluciones. VI. La defensa de su jurisdicción.

RAFAEL DE MENDIZÁBAL ALLENDE

MAGISTRADO EMÉRITO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
ACADÉMICO NUMERARIO
DE LA REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

I. POSICIÓN CONSTITUCIONAL DEL GUARDIÁN DE LA CONSTITUCIÓN

1. Características

La configuración del ámbito de atribuciones del Tribunal Constitucional, núcleo de este artículo, está diseñada deslavazadamente, con escaso rigor, a través de preceptos dispersos y algunos fuera del texto constitucional, mezclando contenidos sustantivos y procesales como la legitimación o las medidas cautelares. Por lo demás, el precepto es también incompleto desde su propia perspectiva por dejar extramuros algunas de sus competencias. Tal desaliño indumentario es propio y característico de nuestra Constitución, la mejor de cuantas padeció el pueblo español y la única que hemos disfrutado con el periodo más largo de vigencia de todas ellas, salvo la de 1876, duración que ha permitido al pueblo español alcanzar cuotas de libertad, autogobierno y prosperidad ni siquiera soñadas, habiendo sido interiorizada por los ciudadanos y conformado la vida social como nunca lo hiciera otra. Lo dicho pone de manifiesto que las imperfecciones forman parte de la vida y la enfermedad de la salud, como las distracciones de CERVANTES embellecen *El Quijote* y que, a veces, la madurez histórica de un pueblo no necesita de una brillante veste jurídica.

Sin embargo, aquí está el meollo del Título V de la Constitución, porque en la primera de sus atribuciones estriba la razón de ser del

Tribunal Constitucional, su esencia, la que él y solo él puede desempeñar porque para ello ha sido creado. A la vez, el análisis y, sobre todo, la disección de este precepto nos ofrecen una radiografía completa y esclarecedora de su posición en el tinglado de la estructura política de España, así como las características que lo individualizan. En primer lugar, queda claro que es «**único en su clase**», aun cuando no se diga así explícitamente, desde el momento en que ejerce en solitario su jurisdicción sobre todo el territorio español. En consecuencia, no puede haber duplicados en cada Comunidad Autónoma, como sucede con el Tribunal de Cuentas, el Defensor del Pueblo o el Consejo de Estado. Por otra parte, siendo su actividad plenamente jurisdiccional, **no forma parte del Poder Judicial**, según ocurre con el *Bundesverfassungsgericht* alemán, pero sí **es una pieza del sistema**, como reconoce, si bien con renuencia, el art. 4.º de su Ley Orgánica, nuevamente redactado por la 6/2007, cuando hace constar que «agota la vía jurisdiccional» como presupuesto procesal para acudir a otras instancias supranacionales. Tribunal Europeo de Derechos Humanos o Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Sin embargo, su monopolio jurisdiccional coexiste con el Tribunal Supremo de Justicia, maltratado y tratado mal por quienes ha desarrollado en este aspecto a lo largo de estos treinta años la Constitución, a quien se inviste de la supremacía judicial con una función directiva de la jurisprudencia que se conden-

sa en la elaboración de la «doctrina legal» dotada de valor normativo complementario del ordenamiento jurídico (SSTC 72/1993, 206/1993, 120, 134 y 318/1994, 2, 15, 37 y 105/1995 y 1/1997), sin perjuicio de la función de garantía de derechos fundamentales y libertades cuya última palabra se reserva al Tribunal Constitucional (art. 123 CE). En tal articulación de esa su jurisdicción exclusiva con la ordinaria se han producido frecuentes fricciones, por haber sobrepasado aquel su ámbito propio más de una vez. El homólogo germánico había sido criticado ya por la tendencia «a transgredir sus límites», según Helmut SIMON. Aquí se desataría a partir de la STC 7/1994, la «**guerra de los jueces**», cuya cota más alta ha sido el encontronazo que significó la STS de 23 de enero de 2004 cuando la Sala Primera condenó a once magistrados del Constitucional por negligencia en el ejercicio de su función jurisdiccional. El Tribunal Constitucional ha pretendido ejercer de hecho sobre el Supremo una relación de jerarquía y no de competencia, que le llevó fatalmente a extravasar su función de intérprete último de la Constitución para inmiscuirse en el ámbito propio del orden judicial. Por ello los desencuentros entre aquel y este son ya, por su número y frecuencia, un problema endémico. Con el excelente propósito de terciar en esta disputa se promulgaría la Ley Orgánica 6/2007, que bienvenida sea, pero cuyo éxito se me antoja problemático, porque lo conflictivo es el sistema, no esta o la otra institución, sino su coexistencia. La diarquía sobre territorio común, aunque con perspectivas distintas, fomenta las intromisiones, unas veces claras, como el caso de la excarcelación de la Mesa de HB (STC 132/1993), otras dudosas y algunas imaginadas, que han servido de factor desencadenante a las rebeldías.

Del mismo art. 123 CE se deduce el carácter también «**supremo**» como defensor y guardián de la Constitución, que le otorga la Ley Orgánica. En cambio, no parece muy acertada la expresión lapidaria en cuya virtud el Tribunal Constitucional queda **sometido a la**

Constitución y a su propia Ley orgánica, verdad a medias, pues no solo sus servidores o su gestión interna han de acomodarse al ordenamiento jurídico, estando sometidas sus decisiones al escrutinio de los demás órdenes judiciales, sino que también en el ejercicio de sus atribuciones privativas ha de tenerlo muy en cuenta. No se olviden al respecto los **derechos fundamentales de configuración legal**, concepto creado precisamente por la doctrina constitucional. La Constitución ilumina desde lo alto, con sus principios, el ámbito jurídico entero, pero solo puede ser comprendida en su plenitud si se asciende hasta ella por la escala de la legalidad ordinaria y se la sitúa en una estructura que le dé sentido.

El Tribunal Constitucional consecuentemente goza de **autonomía** y de **autarquía** en el sentido propio de ambas palabras, pudiendo dictar Reglamentos sobre su propio funcionamiento y organización, así como sobre el régimen de su personal y servicios, que habrán de ser aprobados por el Pleno y se publicarán en el Boletín Oficial del Estado, autorizados por su Presidente (art. 2.º LOTC). También elabora su presupuesto para ser incluido como una sección independiente en los Generales del Estado (art. 10.3 LOTC). Por otra parte, en el Reglamento de Organización y Personal aprobado el 5 de julio de 1990 se encomienda las funciones de gobierno y administración al Pleno «gubernativo», al Presidente, a la Junta de Gobierno y al Secretario General, creándose una Gerencia, con un Interventor adscrito, un Archivo y un Registro General, un Servicio de Estudios, Biblioteca y Administración así como otro de Doctrina Constitucional e Informática, más una Comisión de Informática Jurídica y una Junta de Compras. La Ley Orgánica 6/2007 ha ratificado que «contra las resoluciones del Secretario General podrá interponerse recurso de alzada ante el Presidente», cuya decisión agotará «la vía administrativa» y será «**susceptible de ulterior recurso contencioso-administrativo**» (art. 99.3 LOTC).

2. El nacimiento de la justicia constitucional

Aunque no falten lejanos e ilustres antecedentes en Grecia o en el Fuero Juzgo, lo cierto es que la justicia constitucional **nace en 1803** con la sentencia que puso fin a la demanda interpuesta por el ciudadano Mr. Marbury contra la actuación del Secretario de Estado Mr. Madison. En ella, al tiempo que el Tribunal reconocía su competencia para conocer de un acto administrativo reglado, no discrecional o político, se negaba a juzgarlo por ser contraria a la Constitución la ley que le encomendaba en única instancia tal función. De ahí le viene el epígrafe de «revisión de las leyes y los actos del Gobierno». Ahora bien, lo cierto es que la reciente Constitución norteamericana no acogía esta función en su art. III, dedicado al poder judicial con seis escuetos párrafos, solución que no nace *ex nihilo*, pero sí inventa o descubre el Tribunal Supremo. Conviene señalar este curioso y significativo rasgo. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos, por sí y ante sí, se arroga la función de juzgar a los otros dos poderes, confiscando la Constitución y sentándose sobre ella que, a partir de ese momento, **será lo que los jueces digan que es**, en palabras de Charles EVANS HUGHES.

Desde una perspectiva teórica, ya en 1761 había dicho James OTIS que **todo acto contrario a la Constitución es nulo**, y HAMILTON, en 1788, desde el concepto de «Constitución limitada», explicaría que las limitaciones constitucionales «no pueden ser preservadas en la práctica sino por medio de los Tribunales de Justicia, cuya función ha de consistir en declarar nulos todos los actos contrarios al tenor manifiesto de la Constitución, sin lo cual cualquier derecho quedaría en nada. Alguna perplejidad puede producir la función de los Tribunales para un tal pronunciamiento —anulación de los actos legislativos— por contradecir la Constitución, que parece implicar la superioridad del judicial sobre el poder legislativo. No es así. Ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido

porque **significaría que la representación del pueblo es superior al mismo pueblo**. Los Tribunales se han diseñado como un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura para mantener a esta dentro de los límites que le están asignados. La interpretación de las leyes es el propio y peculiar ámbito de los Tribunales. Una Constitución es en realidad y debe ser contemplada por los jueces como una ley fundamental».

La revisión judicial de las leyes y de los actos del Gobierno surgió en esa sentencia del caso **Marbury v. Madison** como **una manifestación más de la función jurisdiccional**, al hilo siempre del caso concreto, sin abstracción alguna, en manos de todos los jueces, aunque la última palabra fuera dicha por el Supremo. No hay esquizofrenia funcional, ni dos jurisdicciones, la constitucional y la ordinaria, ni dos dimensiones normativas simétricas, ni dos justicias, la constitucional y la ordinaria. No hay posibilidad, pues, de tensiones o conflictos. La Ley y las demás están unidas indisolublemente en un conjunto que se explica recíprocamente. Esta hazaña (ya *fazañas* en la Castilla medieval se llamaban las sentencias de sus jueces) fue posible por un cúmulo de factores convergentes, entre los que se cuentan la concepción del *common law* con un alcance trascendente y la institución del *covenant*, pacto en el cual los colonos establecían las condiciones de su propio gobierno, así como el contexto en el cual elaboró la Constitución, donde algunos vieron esa posibilidad, aunque no faltaran voces discrepantes, como la de JEFFERSON, quien advirtió el peligro de quedar «bajo el despotismo de una oligarquía» ni una violentísima reacción de Congreso con el *impeachment* del magistrado Samuel CHASE al cual, sin embargo, el Senado absolvió, consolidando así la independencia judicial según REHNQUIST.

3. El trasplante a Europa

En Europa, el viejo continente, las cosas eran muy distintas en este y en otros órdenes. Los

jueces habían nacido en todos los países como delegados del Rey, supremo juez, con posibilidad de avocar cualquier pleito e incluso de juzgar personal y expeditivamente en única instancia hasta las mismas puertas del Renacimiento, como lo hizo Isabel I de Castilla. Eran, en la terminología de WEBER, comisarios reales y emanación de la realeza. En la Corona reside el «**misterio de justicia**» diría Carlos V de Francia en su lecho de muerte. Los jueces solo son delegados del Rey, afirmó BANCROFT y nada menos que Sir Francis BACON comparada a «los doce jueces del reino con los doce leones del Trono de Salomón. **Deben ser leones, pero bajo el trono**», conscientes de que no pueden contradecir y menos fiscalizar ningún aspecto de la soberanía porque, en definitiva, *Rex est lex loquens*. El Juez europeo se siente «funcionario», como luego demostrará en la primera mitad del siglo XX y no alberga tentación alguna de imperialismo jurisdiccional. A pesar de ello suscita una patente y constante desconfianza en los nuevos regímenes liberales, que heredan el recelo de los revolucionarios franceses respecto de los Parlamentos. Sin embargo, será un francés, Alexis DE TOCQUEVILLE, quien descubra mediado el siglo XIX *La democracia en América* y, entre sus piezas, el original invento del juicio de constitucional, y otro, André BLONDEL, quien por el año 1926 propugne su trasplante.

La revisión judicial de las leyes y de los actos del Gobierno que surgen simultáneamente en el caso *Marbury v. Madison* prenderán a este lado del Atlántico, aunque con distinto calendario y muy distinto ritmo. Será un austriaco, Hans Kelsen, quien ofrezca la solución que se demostrará viable desde la cima de su **construcción piramidal** del Derecho como una estructura lógica, sin carne ni sangre, parte de una premisa irreal consistente en la convicción de que en la formulación de la Ley no juegan intereses o valores, e incluso prejuicios, de quienes la hacen y la imponen, concepción deshumanizada muy semejante a la que pretendió convertir al Juez en la voz automática, aseptica y asexuada de la Ley. Diseña, pues, un **juicio** de constitucionalidad,

aun cuando nunca lo llame así, que consistirá en comprobar si la Ley ordinaria, como tal norma abstracta, está acorde o en contradicción con la Ley Suprema, depurando el ordenamiento jurídico de imperfecciones perturbadoras. Se trata, pues, de una escueta contradicción lógica entre normas abstractas, desligada de cualquier caso concreto, lo que separa esta operación de la potestad de juzgar, y lejos también del enunciado sustantivo de aquellas, lo que la separa de la función legislativa. Para esto se configura un Tribunal único, con una **jurisdicción concentrada** y una composición para la oportunidad, no necesariamente jueces profesionales, con el propósito de no despertar la desconfianza del Poder. Sin la gracia torera de la faena judicial de MARSHALL, pero con la andadura sólida y desgarrada de un elefante jurídico, el talento de Kelsen conseguirá lo posible a su manera. Su invento entra por la puerta grande de la **Constitución de Austria de 1920** y en el periodo de «entregueras» que comprende apenas veinte años, el artilugio se irá extendiendo con cierta parsimonia y llegará a España.

Por más que eludiera la palabra enjuiciamiento o juicio y que intentara diseñar una operación de lógica jurídica desencarnada, la realidad se impuso y el personaje, como Galatea, adquirió vida propia, rebelándose contra su creador. La operación se quitó la careta y dejó al desnudo que se trataba de juzgar y la justicia se hace con hombres y mujeres, no con sombras platónicas. **La persona**, concepto jurídico axial, nace del proceso adonde se trasplanta desde el teatro, máscara de resonancia para hacerse oír de la gente. El Tribunal Constitucional recién nacido, «legislador negativo» con metáfora de su propio creador, lo que hace realmente es juzgar y esta sustancia judicial marcará su evolución. Ahora bien, en un esquema tal, con una justicia ordinaria que enjuicie el caso concreto a la luz de la Ley cuya constitucionalidad comprueba la justicia de este nombre en un plano de abstracción, no son fácilmente imaginables encontronazos y ni siquiera desencuentros. Ahora bien, la jus-

ticia constitucional, tal y como aparece configurada primero en Austria, cuyo ámbito de competencia en principio se constreñía al recurso de inconstitucionalidad, sufre **dos injertos**. Uno, y muy temprano, en 1929, con ocasión de la reforma de la Constitución austriaca, el control concreto de normas por reenvío de los jueces ordinarios (**cuestión de inconstitucionalidad**) que guarda un claro parentesco con su misión originaria y razón de ser, aun cuando signifique ya una desviación del diseño kelseniano. Otro, verdadero cuerpo extraño, el **recurso de amparo**, introducido en la Constitución española de 1931, luego llamado «recurso constitucional», *verfassungsbeschwerde* en la República Federal de Alemania. Conviene tomar buena nota de que esas dos innovaciones aproximan el sistema europeo de jurisdicción concertada al norteamericano de jurisdicción difusa.

II. EL ENJUICIAMIENTO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES Y DISPOSICIONES NORMATIVAS CON FUERZA DE LEY Y SUS MODALIDADES

1. La impugnación directa

A) *El recurso de inconstitucionalidad*

En esta atribución estriba la razón de ser del Tribunal Constitucional, no por estar la primera sino por ser la principal, la que solo esta institución puede llevar a cabo y para la cual existe. Todas la demás que se le encomiendan a continuación serían prescindibles sin riesgo alguno o podrían encargarse a otras instituciones. Aquí y ahora se configura tan solo la impugnación directa y, por tanto, abstracta de las leyes y de las disposiciones de carácter general con rango legal, cuyas modalidades en nuestra Constitución son, por una parte, la legislación delegada mediante leyes de bases para confeccionar textos articulados o mediante ley ordinaria para elaborar textos refundidos, Decretos Legislativos (arts. 82.1 y 85 CE) y el Decreto-ley por propia iniciativa

(art. 86.1), obras todas del Gobierno de la Nación. La jurisdicción constitucional no «legisla» ni es una tercera Cámara. Sus sentencias se limitan a declarar la nulidad en su caso de los preceptos afectados por contradecir la ley fundamental, sin sustituirlos ni modificarlos, o a establecer su lectura correcta a la luz de la Constitución en el caso de las «**sentencias interpretativas**».

En definitiva, la revisión judicial de las leyes, desde su origen en el Capitolio de Washington hasta su trasplante en Viena, tiene como norte la supremacía de la Constitución, vale decir, la idea de que esta es una ley pero en posición singular, primera o última, alfa y omega, como se quiera, que abre y cierra el ordenamiento jurídico, concepto este muy reciente, perfilado por Santi ROMANO e introducido entre nosotros por la Ley reguladora de lo contencioso-administrativo en 1956. Sin embargo, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que le encarga garantizar «la **primacía de la Constitución**» (art. 27.1 LOTC) establece seguidamente que «para apreciar la conformidad con la Constitución de una ley, disposición o acto con fuerza de ley del Estado o de las Comunidades Autónomas, el Tribunal considerará, además de los preceptos constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hubieran dictado para delimitar las competencias del Estado y las diferentes Comunidades Autónomas o para regular o armonizar el ejercicio de las competencias de estas» (art. 28.1). Este grupo normativo ha sido bautizado como «**bloque de la constitucionalidad**», pero en realidad abre una brecha en esa sedicente primacía que se convierte así en teórica, contemplativa, abierta no ya a las «mutaciones constitucionales», sino a las reformas solapadas de la Constitución por vía estatutaria. De ahí el afán jurisprudencial por hallar en cada caso el «**canon de constitucionalidad**» que no puede ser más que uno, la propia Constitución, solitaria en la cima, sin adherencias parasitarias que buscan su vaciamiento. La «supremacía» o «primacía» absoluta, no condicionada, de la Constitución es, en toda su pureza, un concepto axial para la existencia de la justicia

constitucional y para su entendimiento. Sin ella no se hubiera podido pronunciar la sentencia *Marbury v. Madison* ni Kelsen habría diseñado su modelo europeo y, en definitiva, carecería de justificación el Tribunal que hoy ejerce aquí y ahora la justicia constitucional.

B) *Gobierno vs. Comunidades Autónomas*

El art. 153.a) de la Constitución se había anticipado a encomendar al Tribunal Constitucional el control de las disposiciones normativas con fuerza de ley emanadas de las Comunidades Autónomas. El precepto entero, con ser redundante, no resulta inoportuno en un contexto político donde «cabezas oscuras oscurecen textos claros», en frase de Federico DE CASTRO. Ahora bien, la impugnación por quien fuere, aunque lo fuera el Estado, no es sino una manifestación específica del recurso genérico de inconstitucionalidad y en ningún caso puede calificarse como uno de los varios «procedimientos» de tal tipo. Por tanto, el contenido del segundo párrafo del art. 161, en principio disimula mal su verdadero propósito, que no es otorgar **legitimación activa** al Estado para utilizar el recurso directo de inconstitucionalidad contra «las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas», sino introducir a continuación una **medida cautelar**. Aquí aparece una nueva distorsión producto de una contradicción interna en la propia Constitución. Efectivamente, si se tratara de una ley o norma con tal rango, el Gobierno habría de impugnarla ante el Tribunal Constitucional, pero si la disposición tuviere un nivel inferior, reglamentario por tanto, o fuere un acto administrativo («resolución»), el propio art. 153.c) CE remitía ya expresamente a la jurisdicción contencioso-administrativa su enjuiciamiento por ilegalidad. Ahora bien, desde una perspectiva táctica la elección parece clara, ya que la vía constitucional, en sus dos modalidades de recurso o conflicto, implica por el mero hecho de interponerlo la suspensión automática de la disposición recurri-

da, y efecto que no produce por sí mismo el recurso contencioso-administrativo, ya que la previsión de este precepto ha sido extendida al supuesto de conflicto por el art. 62 LOTC.

C) *La metamorfosis de conflictos en impugnación directa*

Los conflictos de competencia pueden transformarse en un control directo de la constitucionalidad de normas dictadas por las Comunidades Autónomas como refleja el art. 67 LOTC: «Si la competencia controvertida hubiera sido atribuida por una ley o norma con rango de ley, el conflicto de competencias se tramitará desde su inicio o, en su caso, desde que en defensa de la competencia ejercida se invocara la existencia de la norma legal habilitante, en la forma prevista para el recurso de inconstitucionalidad». «Se dan cita en esta Sentencia (advierte la STC 102/1995) seis recursos de inconstitucionalidad y o conflictos de competencias». El supuesto guarda semejanza con la impugnación indirecta en el recurso de amparo, pero dándole una solución procesal distinta (STC 39/1982).

D) *La declaración sobre la constitucionalidad de los Tratados internacionales*

Por otra parte, la Constitución dispone de un mecanismo de **defensa preventiva** respecto de los Tratados, como también lo tuvo respecto de las leyes. El Tribunal Constitucional puede ser requerido para pronunciarse sobre la conformidad con la Constitución de un Tratado internacional que se pretenda integrar en el ordenamiento español, **requerimiento** que habrá de sustanciarse a través del específico cauce procesal previsto en el **art. 95.2** de la Constitución y regulado en el art. 78 de la Ley Orgánica del Tribunal. La respuesta del Tribunal no es una «opinión», aun cuando en el lenguaje jurídico anglosajón pudiera llamarse así. En el sentido español de la palabra los jueces, en el ejercicio de su función jurisdiccional, no

«opinan» ni, como escribe a veces la prensa, «dictaminan». Los jueces deciden y lo hacen a través de resoluciones con diferentes nombres según su contenido, sentencias, autos y providencias. Pues bien, la «**declaración**», dice el Tribunal Constitucional, es una decisión por ser un acto de imperio, teniendo la fuerza jurídica suficiente para imponerse y no solamente para ilustrar o aconsejar. **Si el Tribunal decide que hay contradicción, el Tratado no puede ser suscrito.** En definitiva, es una «**sentencia anticipada**».

Con tal procedimiento se confía al Tribunal un doble cometido, pues al general o común, consistente en la defensa jurisdiccional de la Constitución, se suma el de **garantizar la seguridad y estabilidad de los compromisos internacionales** que España pueda contraer. En otras palabras, la función jurisdiccional propia del Tribunal se ve adicionada, en virtud de su ejercicio preventivo, por una **dimensión cautelar** al servicio de la salvaguardia de la responsabilidad internacional del Estado. Se trata, en definitiva, de asegurar la supremacía de la Constitución sin perjuicio alguno para esos compromisos, procurando evitar que la posible contradicción entre una y otros haya de resolverse una vez integradas en el Ordenamiento las normas pactadas. El art. 95.2 CE hace posible así que las dudas de constitucionalidad suscitadas por un Tratado se resuelvan con carácter previo a su ratificación, de manera que, si se confirmaran aquellas, esta quedará impedida en tanto no se revise el texto constitucional o se renegocie lo pactado en términos que lo hagan compatible con la Constitución. Con esta defensa jurisdiccional anticipada la **Constitución** ve asegurada la **supremacía** frente a las **normas internacionales** desde el momento mismo de la integración de estas en el Derecho nacional, obviando «la perturbación que, para la política exterior y las relaciones internacionales del Estado, implicaría la eventual declaración de inconstitucionalidad de una norma pactada» (DTC 1/1992, de 1 de julio) si el juicio de contraste se verificase *a posteriori*. La contradicción se resuelve, por tanto, evitándola en su origen y no solo cuan-

do, ya producida, no queda otro expediente que el de la activación de dos sistemas de garantía, el internacional y el interno [*ex art. 27.2.c) LOTC*], que pueden abocar a consecuencias mutuamente perturbadoras.

Por ello, en razón de la naturaleza estrictamente jurisdiccional de este procedimiento preventivo, en su primera Declaración, la 1/1992, se advertía:

«Lo que de nosotros puede solicitarse es una declaración, no un dictamen: una decisión, no una mera opinión fundada en Derecho, [pues] este Tribunal no deja de serlo para transformarse ocasionalmente, por obra del requerimiento, en cuerpo consultivo. Lo que el requerimiento incorpora es, al igual que acontece en las cuestiones de inconstitucionalidad, la exposición de una duda razonable, pero lo que de nosotros se solicita no es un razonamiento que la resuelva, sino una decisión vinculante» (DTC 1/1992, FJ 1).

Hasta ahora no ha habido más que dos oportunidades para ejercer tal función, una en 1992 y otra en 2003. En la primera se apreció la contradicción del Tratado de Maastricht con la Constitución, por lo que previamente a su ratificación hubo de modificarse el art. 13.2 CE con el fin de permitir que los ciudadanos de la Unión Europea pudieran ser elegidos para cargos municipales. En la segunda, la duda de constitucionalidad se refería a tres preceptos del Tratado firmado en Roma el 29 de octubre de 2004, por quedar en tela de juicio la «primacía» predicada de la proyectada Constitución europea, que parecía entrar en contradicción con la de su homóloga española.

E) *El recurso previo de inconstitucionalidad*

La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional le encomendaba un recurso de inconstitucionalidad con carácter previo a la efectiva entrada

en vigor de Leyes Orgánicas y Estatutos de Autonomía (art. 79 LOTC), cuya interposición suspendía automáticamente la tramitación de tales proyectos. Era una excelente iniciativa en teoría, pero la experiencia demostró sus riesgos. El tiempo, una de las dimensiones de toda actividad, deformó lo que podía haber sido un medio preventivo de evitar la vigencia de leyes con preceptos anticonstitucionales. Sin embargo, la circunstancia de que no se hubiera previsto un plazo breve y perentorio para que el Tribunal Constitucional se pronunciara al respecto, caducando el recurso en caso de silencio por virtud de la presunción de legitimidad constitucional de las normas emanadas de una Cortes Generales elegidas democráticamente, hizo quebrar tan donosa invención. El factor desencadenante fue la Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico, obra de un grupo de trabajo dirigido por Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, efecto del fallido «golpe de Estado» del 23 de febrero de 1981, contra cuyo texto definitivo se formularon una serie de «recursos previos» de inconstitucionalidad por las Comunidades Autónomas del País Vasco y Cataluña (Gobierno y Parlamento) y por un grupo de 50 Diputados, a los cuales dio respuesta la STC 79/1983, de 5 de agosto, quedando suspendida durante casi dos años tal norma que, por otra parte, salió muy averiada, incluso en el título y en el rango, Ley 12/1983, de 14 de octubre, ni orgánica ni armonizadora. Esta experiencia provocó que el primer Gobierno socialista como consecuencia de las elecciones generales de 1982 lo suprimiera de raíz por Ley Orgánica 4/1985, de 7 de junio. Su preámbulo explica que «la experiencia acumulada por más de tres años de justicia constitucional ha venido a mostrar que este recurso previo se ha configurado como un factor distorsionador de la pureza del sistema de la relación de los poderes constitucionales del Estado, con consecuencias inesperadas y metaconstitucionales en la última fase del procedimiento de formación de la ley». Con tal rebuscada fraseología se enmascara la verdadera razón de la medida, una muestra más de lo que he bautizado como «hipocresía jurídica», en cuya virtud en un sitio

se ponen los huevos y en otro se dan los gritos anunciándolo, como en el poema de *Martín Fierro*. En realidad, dice PUNSET, «la razón de su abolición se hallaba en las posibilidades de *flibustering* que el recurso otorgaba a la oposición parlamentaria, la cual se hallaba en condiciones, mediante el ejercicio del mismo, de bloquear aspectos básicos de la realización del programa legislativo del Gobierno».

La experiencia vivida a lo largo del itinerario zigzagueante del tercer Estatuto de Autonomía de Cataluña, cuyo juicio de constitucionalidad obtuvo una tardía respuesta, y en gran medida demoledora, por la STC 31/2010, de 28 de junio, tras cuatro años de proyectos fallidos, aconsejó la recuperación parcial del recurso previo de inconstitucionalidad para este tipo de normas que exigen la ratificación plebiscitaria, aun cuando sea territorialmente limitada. Así pues, la LO 12/2015, de 22 de septiembre, que modificó en este y en otros aspectos la originaria de 1979, introdujo en ella nuevamente esta modalidad impugnatoria adicionando un Título VI bis dedicado a tal menester, como anuncia el epígrafe que lo encabeza con un solo artículo, el 79, compuesto de ocho párrafos numerados, donde se dice que «son susceptibles de recurso de inconstitucionalidad, con carácter previo, los Proyectos de Estatutos de Autonomía y las propuestas de reforma de los mismos» (1) que «tendrá por objeto la impugnación del texto definitivo... una vez aprobado por las Cortes Generales» y para el cual quedan legitimados quienes lo estén por interponer el recurso de inconstitucionalidad ordinario contra esas mismas disposiciones (3). El plazo «será de tres días desde la publicación en el Boletín de las Cortes Generales y su admisión suspenderá automáticamente todos los trámites subsiguientes» (4) «Cuando la aprobación del Proyecto de Estatuto o de la Propuesta de reforma haya de ser sometida a referéndum... no podrá convocarse hasta que haya resuelto el Tribunal Constitucional y, en su caso, se hayan suprimido o modificado por las Cortes Generales los preceptos declarados inconstitucionales» (5) «Este recurso se sustanciará por el

procedimiento ordinario para los de su clase» y «deberá ser resuelto... en el plazo improrrogable de seis meses...» (6) «Cuando el pronunciamiento del Tribunal declare la inexistencia de la inconstitucionalidad alegada seguirán su curso los trámites conducentes a su entrada en vigor, incluidos la convocatoria y celebración del referéndum pero “si por el contrario, declarara la inconstitucionalidad del texto impugnado, deberá concretar los preceptos a los que alcanza, aquellos que por conexión o consecuencia quedan afectados... y el precepto o preceptos constitucionales infringidos... en cuyo caso la tramitación no podrá proseguir sin que hayan sido suprimidos o modificados por las Cortes Generales».

Esta restauración parcial del recurso previo ha sido, a mi parecer, un acierto, a pesar de algunas imperfecciones, quizá producto del apresuramiento. «Es un experimento como toda la vida es un experimento» que suscribió el gran magistrado norteamericano Oliver Wendell HOLMES. Ensayo y error es el método que guía la investigación científica, pero da también buenos resultados en las que con cierta inexactitud suelen denominarse ciencias sociales y especialmente en el Derecho. En fin, la nueva hoja de ruta para la confección de los estatutos autonómicos evita el encononazo frontal del Tribunal Constitucional, cuya legitimidad democrática es de segundo grado, con la voluntad explícita en las urnas del pueblo soberano, aun cuando sea una fracción territorialmente acotada, como sucedió en el caso del Estatuto de Cataluña siguiendo el procedimiento previsto a la sazón *ex Constitutione*. Pues bien, bajando la mirada a otro nivel, la «novela» no prevé la hipótesis de que el Tribunal Constitucional no pueda o no quiera, que de todo pueda haber gracias a las impurezas de la realidad y no haya sentencia o se produzca más allá de los seis meses. Aberraciones que no fuimos capaces de imaginar se dieron el año 2017 en el Parlamento catalán en rebeldía y continúan. Los tiempos que vivimos actualmente son más de tribulación y sobresaltos que de gozo y serenidad. Hay mil y un ardides para inmo-

vilizar un Tribunal. «Ojo al parche» que dicen los castizos o *achtung* en el idioma de GOETHE, pero también de los nibelungos. La solución correcta en caso de una tal inactividad sería proclamar el ajuste a la Constitución del texto en cuestión por virtud de la presunción de legitimidad de toda ley nacida de unas Cortes elegidas democráticamente.

F) El «*placet*» a los nombramientos

El Tribunal Constitucional podrá verificar los nombramientos de sus Magistrados para juzgar si los mismos reúnen los requisitos requeridos por la Constitución y por su Ley Orgánica [art. 2.^o1.g)]. Es un control para garantía de la independencia judicial que otorgaba al Tribunal Supremo de Justicia (y a los demás) el art. 96 de la Constitución de 1869 y que, derogada esta, sobrevivió durante 115 años bajo toda clase de regímenes políticos en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870, siendo suprimida en la de 1985 como consecuencia de un sonado encononazo con el Gobierno en 1977 para evitar la legalización del Partido Comunista.

2. Impugnación indirecta

A) La cuestión de inconstitucionalidad

La cuestión de inconstitucionalidad, que introduce el caso concreto como factor desencadenante del juicio de constitucionalidad de la Ley, significa una trascendental variación cromosómica del sistema europeo de justicia constitucional, acercándolo a su origen norteamericano. En esencia transforma en difuso el control concentrado y en concreto el enjuiciamiento abstracto, inyectando en vena los intereses subyacentes y con ello el carácter «judicial». Siendo un supuesto de impugnación de la constitucionalidad, si bien indirecta, como duda o pregunta de jueces perplejos o dubitativos que solo ellos pueden suscitar, se autoriza por la propia Constitución en el art. 163, aun cuando su lugar propio hubiera estado en el 161, ofreciendo algunos aspectos

problemáticos. El primero, su ámbito objetivo y, en definitiva, qué Leyes caigan dentro y cuáles no según fueren anteriores o posteriores a la Constitución. Un segundo, si el juzgador, que puede formularla de oficio, debe hacerlo necesariamente cuando le fuere propuesta a instancia de parte. En definitiva, la «cuestión» no es una «acción» —en sentido procesal— reservada a los jueces para impugnar con carácter abstracto la validez de las leyes, sino un instrumento puesto a su disposición para comprobar la doble vertiente de su sometimiento al imperio de la Ley, que comprende no solo esta en su acepción ordinaria, sino también la Constitución, Ley fundamental. En definitiva, se trata de un control concreto de constitucionalidad, ligado al caso y, por ello, su planteamiento exige dos requisitos, uno formal, la audiencia de los litigantes, y otro sustantivo, la relevancia de la norma en entredicho para la decisión final del pleito, que actúan ambos como presupuestos de la admisibilidad. Por ello, la verificación del vínculo entre las dimensiones constitucional y legal del caso concreto corresponde al Tribunal Constitucional en el umbral del proceso.

B) *La inconstitucionalidad sobrevenida*

La Constitución Española de 1978 dejó sin efecto directa y nominativamente las siete Leyes Fundamentales del Régimen precedente y la octava de la Transición, así como las que configuraban el régimen foral de las tres provincias vascas de Navarra como consecuencia del fin de la primera y de la última guerra carlista en 1839 y 1876. A continuación, y siguiendo una fórmula tradicional en nuestra técnica legislativa derogó «cuantas disposiciones» se opusieran a ella (disp. derog. 3.^a). Dicho así con carácter tan general significaba que los Jueces y Tribunales ordinarios podían «apreciar por sí mismos la derogación» de las leyes preconstitucionales y esto fue lo que reconoció precisamente el Tribunal Constitucional en dos de sus sentencias inaugurales, las SSTC 4/1981, de 2 de febrero y 14/1981, de 29 de abril, pero con una salvedad: «si la

conclusión les parece problemática» habrán de plantearla como «cuestión de constitucionalidad» al Tribunal Constitucional. La convergencia de tales criterios produjo así inevitablemente en los primeros tiempos —y todavía perduró durante un extenso período, aunque con menor frecuencia— el fenómeno de la llamada «inconstitucionalidad sobrevenida». Visto desde la distancia, no cabe la menor duda de que *ex Constitutione* se permitió y, aun más, se impuso a los Jueces y Tribunales la función de expurgar el ordenamiento jurídico y limpiarlo de las normas inconstitucionales por sí y sin ayuda ajena. Ahora bien, la Ley Orgánica del Tribunal, que reguló luego esta situación, no cuidó de aclarar, quizá por su misma evidencia, que se había previsto contra normas posteriores a ella [art. 21.1.a)].

Sin embargo, una distinción tan nítida ahora no lo estuvo tanto entonces, como revela lo que sucedió. En efecto, los jueces ordinarios plantearon —y el Constitucional de consuno aceptó— la homogenización de este mecanismo judicial de impugnación de las leyes cualquiera que fuere su fecha. El hecho es que en 1981 hubo una dejación de funciones por aquellos y una asunción excesiva o indebida de ellas por este, con un inevitable desplazamiento de poder. El Tribunal se habituó a colarse en campo ajeno porque fue llamado desde fuera, no por su iniciativa, todo hay que decirlo, y para ello hubo de encarar desde el primer momento un problema interpretativo que, por lo demás, no era desconocido en otros países de nuestro entorno, donde había obtenido distintas respuestas. La razón histórica explica, una vez más, tal actitud ambivalente. Conviene destacar, sin embargo, que el Tribunal Supremo, hasta donde yo sé, no secundó esta evasión de los demás jueces hacia Doménico Scarlatti.

C) *El autoplanteamiento de la cuestión de constitucionalidad*

La versión originaria del art. 55.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional preveía

que en el supuesto de estimarse un «recurso de amparo porque la ley aplicada lesiona derechos fundamentales o libertades públicas», la Sala sentenciadora había de elevar la cuestión al Pleno, que podrá declarar la inconstitucionalidad de dicha Ley en nueva Sentencia con los efectos «ordinarios» previstos en el art. 38 para los que pongan fin a los recursos de inconstitucionalidad. Como dice la Reina en el País de las Maravillas, «la sentencia primero, el veredicto después». Contra una tal solución reaccioné yo en un Voto Particular a la STC 18/1994 con ocasión de haberse planteado al Pleno una cuestión de inconstitucionalidad respecto de los arts. 14 y 15 de la LEC. La Sentencia había anulado al acto impugnado, para lo cual le sirvió de premisa en el razonamiento la inconstitucionalidad de la ley que lo respaldaba, cuya declaración, sin embargo, no se llevó al fallo. En definitiva, era una declaración de inconstitucionalidad sin nulidad del precepto, que seguía vivo y aplicable, pues, por los demás Jueces. En tal situación, la Sala hubo de conceder primero el amparo con tal fundamento, elevando después el asunto al Pleno para que estudiara el tema de la inconstitucionalidad, por estarle vedado hacerlo con carácter previo, como a los Jueces ordinarios. Mi postura en la deliberación, reflejada luego en el voto discrepante, proponía que se invirtiera el procedimiento, suspendiendo el curso de las actuaciones hasta que el Pleno se pronunciase, y en cualquier caso sin necesidad de modificación legislativa alguna. Ahora lo ha dicho la Ley Orgánica 6/2007.

Cuando se produce esta situación, la primera sentencia otorgando el amparo da la señal de alerta con tiempo suficiente de antelación, avisando de que la declaración de inconstitucionalidad de ciertos preceptos de una determinada ley está a la vista, anuncio inútil que ha caído siempre en saco roto, pero que hubiera podido servir para que los Ministerios afectados y el Gobierno preparasen oportunamente y sin agobios la pieza de recambio. No ha sido nunca así, prefiriendo mirar a otro lado con indiferencia y la catástrofe jurídica se produjo una y otra vez. En una ocasión fue

la Ley de Enjuiciamiento Criminal, donde se venía permitiendo que el ejercicio por un mismo Juez instruyera el procedimiento de investigación y dictara luego la Sentencia. En otra ocasión, ya aludida más atrás, se trató de la Ley reguladora del Impuesto sobre la Renta, desbaratada en un aspecto esencial que dejó el sistema tributario sin su columna vertebral. No son los únicos ejemplos que pueden aducirse.

3. Efectos

El último párrafo del ap. a) intenta sin mucho éxito poner puertas al campo, como alguna vez lo ha ensayado también el propio Tribunal. En definitiva, la nulidad de un precepto legal sobre el cual se haya construido una determinada doctrina jurisprudencial priva de eficacia a esta en cuanto tiene de fuente complementaria del ordenamiento jurídico, pero deja intocadas porque son intangibles las soluciones concretas en procesos fenecidos, cuyas sentencias subsisten con el valor de cosa juzgada, produciendo todos sus efectos. No hay posibilidad de revisión por respeto al principio de seguridad jurídica, también proclamado en la Constitución (art. 9). Para el futuro, la respuesta es clara y está en la Ley Orgánica del Poder Judicial, donde se impone a todos los Jueces y Tribunales en todo tipo de procesos que apliquen las normas jurídicas «conforme a la interpretación de los preceptos y principios constitucionales que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional» (art. 5.1 LOPJ). Sin embargo, no siempre los Jueces y Tribunales se han atenido a ello. En muchas ocasiones han soslayado la doctrina constitucional o se han enfrentado con ella. Una muestra bastará.

La **STC 209/1988** dictada por el Pleno puso fin a un recurso de amparo que se había otorgado por infracción del principio de igualdad (discriminación) y, de conformidad con el art. 55.2 LOTC, decidió autoplantearse la cuestión de inconstitucionalidad respecto de los preceptos que habían servido de cobertura a

la liquidación tributaria. En principio, no tenía más alcance que el de la anulación de los actos administrativos y de la sentencia, doble objeto de un amparo «mixto». Unos meses después se dictó la STC 45/1989 poniendo patas arriba el sistema tributario al anular preceptos medulares de la Ley reguladora del impuesto sobre la renta de las personas físicas. Consciente el Tribunal del estropicio, quiso paliarlo en el último de sus párrafos, el XI, que dice así:

«En lo que toca a los efectos, hemos de comenzar por recordar que, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica de este Tribunal (art. 39.1), las disposiciones consideradas inconstitucionales han de ser declaradas nulas, declaración que tiene efectos generales a partir de su publicación en el Boletín Oficial del Estado (art. 38.1 LOTC) y que en cuanto comporta la inmediata y definitiva expulsión del ordenamiento de los preceptos afectados (STC 19/1987, FJ 6.º) impide la aplicación de los mismos desde el momento antes indicado, pues la Ley Orgánica no faculta a este Tribunal, a diferencia de lo que en algún otro sistema ocurre, para aplazar o diferir el momento de efectividad de la nulidad. Ni esa vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad es, sin embargo, siempre necesaria, ni los efectos de la nulidad en lo que toca al pasado vienen definidos por la Ley, que deja a este Tribunal la tarea de precisar su alcance en cada caso, dado que la categoría de la nulidad no tiene el mismo contenido en los distintos sectores del ordenamiento.»

Después de este exordio, la Sentencia afronta el tema de su propia eficacia con mejor voluntad que fortuna:

«La primera de tales precisiones es la que arranca de la constatación de que los preceptos de la Ley 44/1978 decla-

rados inconstitucionales formaban parte de un sistema legal cuya plena acomodación a la Constitución no puede alcanzarse mediante la sola anunciación de aquellas reglas, pues la sanción de nulidad, como medida estrictamente negativa, es manifiestamente incapaz para reordenar el régimen del impuesto sobre la renta de las personas físicas en términos compatibles con la Constitución. La infracción del principio constitucional de igualdad no podría ser reparada, en este caso, mediante la pura y simple expresión a los contribuyentes integrados en unidades familiares del régimen legal establecido para la tributación de quienes no están, pues, como es obvio, tal hipotética equiparación no solo desconocería la legitimidad constitucional, repetidamente afirmada en esta sentencia, que en principio tiene la sujeción conjunta al impuesto, sino que también habría de provocar, en el actual marco normativo, resultados irracionales e incompatibles, a su vez, con la igualdad, en la medida en que otras piezas del sistema legal (destacadamente, el sistema de deducciones) no han sido afectadas por el fallo de inconstitucionalidad y permanecen, por consiguiente, en vigor, una vez depurada la Ley de las disposiciones viciadas.

Le cumple, pues, al legislador a partir de esta sentencia, llevar a cabo las modificaciones o adaptaciones pertinentes en el régimen legal impuesto, sirviéndose para ello de su propia libertad de configuración normativa, que, como hemos venido señalando, no puede ser ni desconocida ni sustituida por este Tribunal Constitucional, al que, en un proceso como el que ahora concluye, solo le corresponde apreciar la conformidad o disconformidad con la Constitución de los preceptos enjuiciados (art. 27.1 de su Ley Orgá-

nica), cuya ilegitimidad constitucional, sea cual sea la fórmula utilizada (nulidad o simple inconstitucionalidad), hace jurídicamente imposible su aplicación al ejercicio de 1988, puesto que el impuesto a él correspondiente, aunque ya devengado, no puede ser liquidado y exigido de acuerdo con preceptos contrarios a la Constitución.

La segunda de las mencionadas precisiones es la de que entre las situaciones consolidadas que han de conservarse no susceptibles de ser revisadas como consecuencia de la nulidad que ahora declaramos figuran no solo aquellas decididas mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada (art. 40.1 LOTC), sino también por exigencia del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), las establecidas mediante las actuaciones administrativas firmes: la conclusión contraria, en efecto, entrañaría “como con razón observa el representante del Gobierno” un inaceptable trato de desfavor para quien recurrió, sin éxito, ante los Tribunales en contraste con el trato recibido por quien no instó en tiempo la revisión del acto de aplicación de las disposiciones hoy declaradas inconstitucionales.

Por último, y para concluir, conviene precisar que tampoco en lo que se refiere a los pagos hechos en virtud de autoliquidación o liquidaciones provisionales o definitivas acordadas por la Administración puede fundamentar la nulidad que ahora acordamos pretensión alguna de restitución. También en este supuesto, en efecto, esa nulidad provoca una laguna parcial en un sistema trabado que, como tal, no es sustituido por otro sistema alguno.»

Todas estas cautelas resultaron inútiles a la hora de la verdad. Habían transcurrido un mes y algunos días cuando la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 3.^a), en el ejercicio

de la jurisdicción penal, absolvió a la acusada —Lola Flores— de tres delitos (fiscal, contable y fraude), porque la STC 45/1989 había «provocado un vacío normativo que impide... determinar la cuota defraudada», no existiendo, pues, «normativa aplicable para realizar la correspondiente liquidación», correspondientes a los períodos impositivos de 1979, 1980 y 1981. El Tribunal Supremo pondría las cosas en su sitio un año después.

III. EL RECURSO DE AMPARO

1. **Ámbito**

A) *Objeto*

- a) Los derechos fundamentales protegidos

El nombre de este instrumento de defensa del ciudadano le viene de México, en cuya Constitución de 1857 fue introducido, pasando luego a la de Querétaro en 1917. Sus autores invocaban al Justicia Mayor de Aragón como antecedente inmediato. Se trata de un verdadero cuerpo extraño al sistema europeo, dentro de la concepción kelseniana, pero no en el modelo norteamericano, donde la justicia constitucional nació en un concreto proceso en el cual el demandante pedía el reconocimiento de un derecho «adquirido» pero que le había sido vulnerado por la Administración Federal. El recurso de amparo, que permite la impugnación indirecta de una Ley por inconstitucionalidad con ocasión de los actos singulares de los poderes públicos cuyo respaldo fuere aquella, extiende así la **legitimación activa a todos** (ciudadano o no), si bien dentro del perímetro de los derechos fundamentales especialmente protegidos. Lo meramente lógico o formal, deshumanizado, empieza así a materializarse, cobrando corporeidad, y en definitiva a humanizarse porque «la vida del Derecho no es lógica, sino experiencia», dicho en una de las muchas «joyas de cinco palabras» que canceló Oliver Wendell HOLMES. Todos los vivíparos tienden a regresar al útero

ro materno. Lo que se pensó como una charada se quita la máscara y muestra que es un «juicio», y así la justicia constitucional se hace justicia a secas.

El recurso de amparo constitucional tiene como **ámbito** propio el conjunto de los derechos fundamentales especialmente protegidos, derechos subjetivos, mediante el mayor rango exigible para las leyes que los regulen y una más completa tutela jurisdiccional, con un proceso *ad hoc* en la vía judicial ordinaria y el propio ante el Tribunal Constitucional. Por ello, los demás derechos y libertades que no sean los comprendidos en la Sección 10.^a Capítulo II del Título I (más la igualdad y la objeción de conciencia), quedan extramuros de este recurso [arts. 53.2 y 161.1.b)]. En suma, principios o valores como la seguridad jurídica, la legalidad o la dignidad humana, derechos como el de propiedad y al trabajo, e instituciones como la potestad reglamentaria, el control judicial de la Administraciones Públicas, la función de juzgar y la obligatoriedad de las decisiones judiciales, por ejemplo (arts. 9, 10, 33, 35, 97, 106, 117 y 118 CE) carecen de virtualidad propia para servir con carácter autónomo como apoyo de pretensión alguna en amparo, aun cuando por ser denominador común de tantas categorías jurídicas, contribuyendo a perfilarlas e incluso a entenderlas, pueden resultar útiles para esclarecer algunos de los aspectos de las cuestiones controvertidas de los litigios cuyo objeto sea uno de los derechos protegidos.

El **objeto** de la pretensión de amparo está configurado por las «disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hechos de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás antes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o “agentes” “frente a las violaciones de los derechos y libertades” protegidos» (art. 41.2 LOTC). Quedan, extramuros a *contrario sensu* las actuaciones de los particulares, sean personas físicas o jurídicas, aun cuando puedan ser enjuiciados indirecta o sesgadamente cuando han sido objeto de un

proceso cuya sentencia se impugne en esta vía (STC 18/1984).

b) Las instituciones legislativas

En consecuencia, cabe plantear el amparo contra «las decisiones o actos sin valor de ley, emanados de las **Cortes Generales** o de cualquiera de sus órganos, o de las **Asambleas legislativas** de las Comunidades Autónomas, o de sus órganos» (art. 42 LOTC). En el conjunto de las demandas admitidas a trámite significan un porcentaje mínimo y si la comparación se hace con las ingresadas, no pasan de ser gotas en un océano, aun cuando ofrezcan un subido interés y, en más de un caso, gran relevancia constitucional. Los derechos fundamentales invocados han sido muchos, pero todos giraban en torno a unos pocos, los derechos de participación (derecho a formular **interpretaciones parlamentarias**, STC 225/1992) o permanencia en el cargo (**renuncia al escaño** de diputado regional STC 81/1994) del art. 23 CE; o a la **efectividad de la tutela judicial** (art. 24 CE); el derecho a la **legalidad de la potestad sancionadora** (art. 25.1 CE) y el **de petición** (art. 29.1), muy bien delimitado respecto de las reclamaciones, recursos o pretensiones por la STC 242/1993, sin que haya faltado algún caso en materia de **suplicatorios** o autorización para procesar a los parlamentarios por razón de delito cometido durante su mandato (STC 206/1992). Conviene recordar que la jurisdicción contencioso-administrativa, según su Ley reguladora, 29/1998, de 13 de julio, conocerá «también de las pretensiones que se deduzcan en relación con los **actos y resoluciones en materia de personal, administración y gestión patrimonial** sujetos al Derecho público adoptados por los órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas (vinculado a las Cortes Generales) y del Defensor del Pueblo, así como de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y de las Instituciones Autonómicas análogas, el Consejo General del Poder

Judicial y la actividad administrativa de los órganos de gobierno de los Juzgados y Tribunales y de la Administración electoral» [art. 1.º3.a), b), c) LRJCA], que por este cauce judicial pueden desembocar en la vía del amparo.

c) El Poder Ejecutivo central periférico

Además de la actividad de las instituciones legislativas, son enjuiciables también «las disposiciones, actos jurídicos o simples vías de hecho del **Gobierno** o de sus autoridades o funcionarios, o de **los órganos ejecutivos colegiados de las Comunidades Autónomas** o de sus autoridades o funcionarios o agentes... una vez que se haya agotado la vía judicial procedente, de acuerdo con el art. 53.2 de la Constitución». Esta exigencia ha provocado que tales recursos de amparo se califiquen jurisprudencialmente como «mixtos» o híbridos cuando el acto administrativo impugnado y la sentencia judicial son acordes y, en definitiva, se enjuicia simultáneamente a dos poderes públicos.

d) La Administración electoral

La Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, que sustituyó al Real Decreto-Ley de 1977 y las Leyes de 1978 y 1983, manteniendo su paredes maestras, respeta la construcción bifásica del procedimiento electoral —formulación de candidaturas y aprobación del resultado de las votaciones— así como la vía de impugnación, el proceso «contencioso-electoral», aspecto particular del contencioso-administrativo. En tal sentido, será impugnable la Sentencia dictada en un recurso contencioso-electoral contra los acuerdos de **proclamación de candidatura** de las Juntas Electorales ante el Juez de lo Contencioso-Administrativo, contra cuya resolución, inapelable, solo cabe el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, a cuyo efecto se entiende así cumplido el presupuesto procesal de agotamiento de la vía judicial. El recurso podrá interponerse en el plazo de dos días y en

los tres siguientes dará su respuesta la Sala a la que por turno corresponda (art. 49). A su vez, contra la Sentencia sobre la **validez de la elección y proclamación de electos** dictada, según los casos, por las Salas de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo o del Superior de Justicia respectivo, no procederá recurso contencioso alguno, ordinario o extraordinario, salvo el de aclaración y sin perjuicio del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, que deberá «solicitar en el plazo de tres días y será resuelto» en los quince siguientes (art. 114.2). Sobre el art. 21 de la Ley Electoral, la STC 149/2000. Para su tramitación el Pleno estableció las reglas adecuadas en el Acuerdo de 20 de enero de 2000.

e) El Poder Judicial

En tercer lugar, puede ser objeto de amparo cualquier «acto u omisión de un Juez o Tribunal en el ejercicio de la potestad de juzgar» (art. 44.1 LOTC). Como consecuencia de que la Constitución configure un **Estado judicial de Derecho**, con un ámbito universal, funcional y territorialmente, de este Poder, se comprenderá sin más explicaciones que absorba estadísticamente el 99% de los recursos registrados y de los que se resuelven. Por este motivo, dada la limitación de espacio, polarizaremos la atención en las características procesales y sustantivas de este tipo de asuntos, cuyo núcleo más numeroso lo da la jurisdicción penal, seguida de la contencioso-administrativa y la social, con un goteo poco significativo de la jurisdicción militar y apenas unas muestras de la contable, sin olvidar que también han llegado algunas sobre temas concretos del propio Tribunal Constitucional, como el método de selección de sus letrados o la condena por la Sala Primera de Tribunal Supremo de once de sus Magistrados en Sentencia del 23 de enero de 2004, quienes, a su vez, la impugnaron en un insólito amparo que solo pudo ser decidido cuando todos los demandantes habían cesado de sus cargos nueve años después. Véase al respecto la STC 133/2013, de 5 de junio.

B) *Función subsidiaria*

El Poder Judicial suministra el escenario adecuado en el cual ha de interesarse la salvaguardia de las libertades y derechos fundamentales y solamente una vez agotadas las oportunidades que ofrezca el sistema de acciones y recurso podrá plantearse el sedicente agravio en sede constitucional, nunca directamente. Aun cuando el rigor de esta regla general admita alguna excepción que no es del caso, lo dicho refleja la función subsidiaria que tiene encomendado el amparo constitucional, conectado a su vez con el principio medular de la independencia judicial, desde la incoación hasta la terminación de cada procedimiento, en cuyo desarrollo nadie aparece autorizado para interferir. Ese carácter subsidiario, dejando actuar en primera línea a los Jueces y Tribunales que uno a uno ejercen y en conjunto conforman el Poder Judicial, por ser los guardianes naturales y primeros de los derechos fundamentales y las libertades ciudadanas, se refleja en dos requisitos exigibles a la pretensión para su viabilidad procesal.

a) La invocación previa del derecho fundamental

Uno de esos presupuestos de admisibilidad consiste en la alegación de haberse puesto en peligro o lesionado cualesquiera de los derechos fundamentales, el que se aduzca en esta sede. Tal exigencia arrastra la de invocar formalmente en el proceso judicial previo, el derecho fundamental cuya vulneración actúe como soporte de la protección que se pida al Tribunal Constitucional. El sitio adecuado y la ocasión oportuna para la protesta o denuncia de los vicios o defectos es, en principio, el momento mismo de la producción, o en otro caso por medio de la interposición del recurso correspondiente. Este requisito procesal cumple una doble función, anverso de una misma raíz, la naturaleza subsidiaria del amparo, y por ello, la conveniencia de que el juzgador, en su ámbito propio, puede remediar

por sí mismo la violación del derecho o libertad fundamental, a cuyo efecto ha de brindársele la oportunidad de tal subsanación. Tal explicación funcional actúa como factor de comprensión para una interpretación teleológica, más allá de la letra, de esta regla preventiva.

b) El agotamiento de la vía judicial

El otro presupuesto procesal consiste en el agotamiento de la vía judicial mediante la utilización de todos los recursos, cuyo incumplimiento provoca simétrica y automáticamente la aparición de una causa de inadmisibilidad [art. 50.1.a) LOTC]. Sin embargo, todos los recursos no son los imaginables, sino tan solo aquellos que puedan ser conocidos y ejercitados por los litigantes, sin necesidad de superar unas dificultades interpretativas mayores de lo exigible razonablemente. Ahora bien, para dar por satisfecha esta carga procesal y basta la mera tentativa, al margen de su viabilidad y, por tanto, se dará por intentado aun cuando luego no fuere admitido el recurso por carecer de contenido o fuere desestimado, pero nunca por el incumplimiento manifiesto o insubsanable de los requisitos de lugar, tiempo y forma. Aquí no es el resultado lo importante, sino que se haga uso de los medios de impugnación utilizables en vía judicial, sean ordinarios o extraordinarios, pero que permitan, eventualmente, en su sede natural, una reparación adecuada de las lesiones de los derechos fundamentales en juego. La «cuestión de inconstitucionalidad» no constituye, obviamente, «recurso» alguno ni tampoco la «cuestión prejudicial» ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

C) *La ponderación de los derechos fundamentales en juego*

Cuando en el proceso de amparo se enfrentan dos o más derechos fundamentales, se hace necesario un análisis comparativo para determinar cuál haya de ser el vencedor en esa lid,

porque ninguno de ellos tiene preferencia *a priori* respecto de otros. Todos los derechos limitan con los demás derechos y los derechos de los demás. Esa pesquisa, llamada en la jurisprudencia norteamericana *balancing test*, se llama aquí «ponderación», que es lo mismo, pues su etimología nos lleva de la mano a la acción de pesar y un paso más allá a la balanza de la justicia. Se da habitualmente en los amparos donde pugnan la libertad de expresión y el derecho a la información contra los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen y se trata en suma de una operación de lógica jurídica que, en principio, forma parte del conjunto de las facultades inherentes a la potestad de juzgar, privativa de los Jueces y Tribunales del Poder Judicial por mandato de la propia Constitución. Ahora bien, esto que resulta inconcuso por haberlo dicho así, una y otra vez, el Tribunal, veda en efecto que este actúe como una tercera instancia o como una supercasación, pero no coarta el ejercicio de su propia perspectiva jurisdiccional.

En tal línea discursiva, cuando entran en conflicto o colisión dos derechos fundamentales, resulta evidente que la decisión judicial ha de tener como premisa mayor una cierta concepción de aquellos derechos y de su recíproca relación o interconexión y, por tanto, si tal concepción no fuere la constitucionalmente aceptable, en un momento dado, esa decisión «como acto del poder público, habrá de reputarse lesiva del uno o del otro derecho fundamental, sea por haber considerado ilícito su ejercicio, sea por no haberle otorgado la protección que, de acuerdo con la Constitución y con la Ley, debería otorgarse». De aquí que la vía de amparo no ya permita sino imponga, en esta sede, el revisar la ponderación de los derechos colindantes hecha por el juzgador para averiguar si su Sentencia sacrifica debida o indebidamente uno de ellos en aras del otro, a la luz exclusiva de la Constitución, limitando el enjuiciamiento constitucional a la finalidad de preservar o restablecer el derecho fundamental en peligro o ya lesionado.

D) Efectos de la interposición del recurso de amparo

Aunque la Ley Orgánica del Tribunal no lo diga así explícitamente, no parece discutible que la interposición del recurso de amparo, por su propia naturaleza intrínseca, **no obste la vigencia, efectividad o ejecutoriedad** de las disposiciones generales, actos de la Administración o de cualquier otra institución del Estado y sentencias que sean su objeto. Es una consecuencia de la **presunción de la legitimidad** que alcanza a todas las actuaciones de los poderes públicos (legislativo, ejecutivo y judicial) presente y operante, aunque implícita, en la Constitución y a las veces explícita en el resto del ordenamiento jurídico. Ahora bien, como contrapeso de tal presunción nuestro sistema de justicia constitucional configura la posibilidad de que el Tribunal suspenda, de oficio o a instancia de parte, **la ejecución del acto** de los poderes públicos por razón del cual se reclame amparo, cuando hubiera de ocasionar **un perjuicio que le haría perder su finalidad**. Podrá, no obstante, denegar la suspensión cuando de esta puede seguirse **perturbación grave de los intereses generales** o de los derechos fundamentales o libertades públicas de un tercero (art. 56.1 LOTC).

Desde una perspectiva procesal aparece como una medida cautelar que cumple una función de equilibrio entre el poder y la libertad, conectándose directa e inmediatamente a la garantía de efectividad de la tutela judicial que consagra el art. 24 de nuestra Constitución. En efecto, el soporte de tal medida consiste en el riesgo o la certeza de que la ejecución ocasionará un perjuicio que volatizaría la utilidad del amparo, convirtiendo así una eventual sentencia favorable en una mera declaración de buenos propósitos, desprovista de eficacia práctica. La suspensión preventiva del acto o disposición objeto del proceso de amparo exige una delicada ponderación de los intereses generales o de los derechos fundamentales de terceros, cuya perturbación grave o lesión actúa como límite de la medida

cautelar, y el interés particular del demandante en amparo. No obstante, el análisis de la situación habrá de hacerse sin prejuzgar la cuestión principal, aun cuando sin perderla de vista, **con una mirada al soslayo**.

En esta ponderación de intereses, sin olvidar que en un Estado de Derecho las Sentencias claman por ser cumplidas, como exigencia implícita a la eficacia de la tutela judicial — arts. 24.1 y 118 CE—, no resulta menos claro también que la **libertad, como valor**, inspira la entera concepción constitucional desde su pórtico, donde se invoca como el primero y principal de los pilares del sistema (art. 1 CE). Este principio se despliega en un abanico de manifestaciones fenoménicas, libertades concretas configuradas como derechos fundamentales, con una más intensa protección, entre las cuales se encuentra la **libertad personal** (art. 17.1 CE), soporte de las demás. Si a ello se añade que la privación de esa libertad es irreversible y no puede ser restaurada en su integridad y sustancia, sin que una eventual indemnización de daños y perjuicios pueda tener otra función que la compensatoria, muy lejos de la *restitutio in integrum*, queda patente la necesidad de suspender la ejecutoriedad de las Sentencias que impongan penas privativas de esa libertad, extensible al arresto por impago de multas y a las penas restrictivas de derechos, ya que, en caso contrario, el eventual otorgamiento de amparo habría perdido su finalidad práctica, pues el actor tendría cumplida para entonces la pena.

Por ello, en la ponderación de ambos valores constitucionales a la hora de adoptar, o no, la medida cautelar de suspender el cumplimiento de la condena impuesta, el Tribunal vino decantándose, con carácter general y sin excepción alguna, por el segundo, y en definitiva acogía siempre como principio rector el *favor libertatis*, suspendiendo automáticamente el cumplimiento de la pena de prisión (ATC 328/1995). Sin embargo, con el caso «Nécora» se dio un golpe de timón, un *overruling*, aunque así no se dijera o, si se quie-

re, se adaptó aquella doctrina a las circunstancias concretas del supuesto, aunque ello no tuviera que ser siempre «necesariamente» así, porque ambos valores —ejecutoriedad de las Sentencias y libertad personal— pueden ver incrementado o disminuido su peso por la concurrencia de circunstancias específicas que hagan derrotar el fiel de la balanza hacia el lado donde se sitúa el respectivo **interés, general** el primero y **particular** el otro. Puede ocurrir de tal guisa que el interés estructural y genérico, constitucional en suma, de dar cumplimiento a las resoluciones judiciales firmes se vea potenciado por el específico que provocan de consuno la **gravidad de los hechos** penados y la **alarma social** provocada por su perpetración y que el **legítimo interés** del demandante de amparo en preservar su libertad personal hasta que se resuelva su pretensión **se debilita** por la extensión de la pena privativa de libertad impuesta, en relación con la duración que exija normalmente, estadísticamente, la tramitación de un proceso de esa clase. El interés general reclama en tal caso con especial intensidad el cumplimiento de la pena para satisfacer la **función de prevención general**, disuasoria y ejemplificadora, que le es inherente, junto a la retributiva, sin que ello haga perder al amparo su finalidad de manera absoluta, sino parcial y limitadamente, en la hipótesis de que tuviera éxito (ATC 197/1995).

Otro es el supuesto de «los **daños o perjuicios exclusivamente patrimoniales** que puedan producir la ejecución de una Sentencia o un acto administrativo», «siempre reparables en la misma especie, el dinero, mediante su indemnización, consiguiéndose así la *restitutio in integrum*. Es el caso, por ejemplo, de «la condena al pago de las costas procesales», prestación de dar, obligación pecuniaria en suma, cuantificada y recuperable en principio, incluido el perjuicio sufrido por el lucro cesante, aun cuando esta afirmación admita matizaciones en función de circunstancias objetivas (cuantía) y subjetivas (situación económica del condenado), sin mencionar la depreciación monetaria. Por esta su

naturaleza ha merecido trato distinto, permitiéndose la ejecución con o sin afianzamiento. Lo mismo ocurre con la pena de multa, impuesta por razón de delito. Cuando no se produzca aquella exclusividad (demolición de edificaciones y cese de actividades comerciales o industriales), la solución habrá de ser otra (AATC 190/1995 y 230/1995).

IV. LOS CONFLICTOS POSITIVOS DE COMPETENCIA

1. Los conflictos entre el Estado y la Comunidades Autónomas

Pueden dar lugar a su planteamiento «las disposiciones, resoluciones y actos emanados de los órganos del Estado o de los órganos de la Comunidades Autónomas o la omisión de tales disposiciones, resoluciones o actos» [art. 61.1.a) LOTC]. El enunciado pone de manifiesto que en más de un caso pueden reconducirse a una impugnación por motivos de inconstitucionalidad de normas de rango reglamentario o de actos administrativos singulares, contra los que en principio la vía jurisdiccional adecuada para combatirlos sería la contencioso-administrativa y así ocurrió con los primeros planteados (SSTC 38, 39, 44 y 48/1982). Se han creado, pues, dos cauces paralelos, el constitucional y el judicial ordinario y, por ello, no estarán de más algunas reflexiones para delimitar conceptualmente con la mayor precisión posible ambos ámbitos.

La impugnación de una disposición general con rango inferior a la Ley por su sedicente desajuste con esta no es sino una modalidad, la primera y principal, del control de la potestad reglamentaria que la Constitución encomienda a los Tribunales ordinarios genéricamente (art. 106 CE) y que en tal modalidad corresponde con carácter exclusivo a la jurisdicción contencioso-administrativa, como cuida de advertir más adelante para las Comunidades Autónomas [art. 153.a) CE]. Pues bien, en más de un caso la casuística jurisprudencial

nos muestra, so capa de un aparente conflicto positivo de competencia sin reivindicar realmente ninguna concreta ni negarse la ajena, que en realidad se pone en entredicho la adecuación de ciertos preceptos reglamentarios a otros de una Ley de la cual traen causa, a las veces, con la remota advocación de un título competencial común donde se divide implícitamente la materia. Tal suele ser en estos casos la única connotación constitucional. El resto se mueve por completo en el plano de la legalidad, propio del Poder Judicial, sin que el juego de normas básicas y de disposiciones para su desarrollo, que deslinda los campos respectivos de las competencias estatales y territoriales, posea virtudes taumatúrgicas y le permita transformar la naturaleza de las instituciones jurídicas. En definitiva, el objeto procesal peculiar del conflicto se desvirtúa por no existir tal como contienda real y consistir en un contencioso-administrativo.

Es evidente que este tipo de procesos y el constitucional establecido para dirimir los conflictos de competencias tienen aspectos comunes, pero también, por definición, otros que los individualizan. Desde una óptica subjetiva, la legitimación activa se solapa, sin coincidir, ya que en sede constitucional tiene un *numerus clausus* y en la vía judicial está abierta a cualesquiera personas que aleguen *prima facie* un interés legítimo en función del beneficio o perjuicio que pudiera derivarse eventualmente del mantenimiento o anulación del acto administrativo o de la disposición general con categoría inferior a la Ley en entredicho. Tal es, a su vez, la materia privativa de lo contencioso-administrativo y también puede ser ocasión de conflicto con otros actos y normas de los demás poderes públicos, sin perjuicio por otra parte de que ciertas actuaciones excluidas de aquel, como son las de trámite, puedan dar lugar a este. No obstante, el objeto procesal contiene un elemento más, el causal, que se refleja en la pretensión, lo que se pide y la razón por la cual se pide, *causa petendi*. Aquí está la característica diferencial de ambos procesos.

Efectivamente, el reproche que en el seno del proceso constitucional pueda imputarse al acto singular o disposición general ha de tener por soporte, en todo caso, la competencia como tema no ya principal sino único, desde la perspectiva de la Constitución (arts. 62 y 63 LOTC). El proceso contencioso-administrativo es, por su parte, el cauce ordinario para controlar judicialmente la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa y aun cuando figure como causa de nulidad la manifiesta incompetencia de quien dictó el acto o la disposición impugnados, tal punto de referencia ha de encuadrarse en el contexto general dentro del cual se mueve este orden judicial, cuyo canon es el principio de legalidad, siendo tal dimensión su techo.

Pues bien, dicho esto no se me oculta que la *vindicatio potestatis*, aunque característica de los conflictos de competencia, no es su único y exclusivo elemento definidor si se lee con atención la doctrina constitucional al respecto. En ella se dice, y a ella hemos de atenernos en principio, que también es posible «sin recabar para sí la competencia ejercida por otro, entender que una determinada disposición o un acto no respeta el orden competencial establecido en el bloque de la constitucionalidad, siempre y cuando, además, esa disposición o acto afecten a su propio ámbito de autonomía». En tal sentido el único motivo que puede dar lugar a un conflicto de esta clase es el sedicente vicio de incompetencia, en el cual pueda haber incurrido la disposición o el acto impugnados, «siempre que aquel se funde directamente en la vulneración de las normas de distribución de competencias contenidas en la Constitución, en los Estatutos de Autonomía o las Leyes Orgánicas correspondientes» (ATC 886/1990). Dicho de otro modo, la naturaleza intrínseca del conflicto y el fundamento de la intervención del Tribunal Constitucional está en que las normas reguladoras de la competencia deben ser normas constitucionales o pertenecientes al sedicente «bloque de la constitucionalidad». Lo esencial y característico de todo conflicto del cual pueda y deba conocer el Tri-

bunal Constitucional estriba, por tanto, en el debate sobre el reparto constitucional de las competencias, concretando el mismo en la «... definición de los límites externos del poder» y no en la «verificación del ejercicio concreto de tales poderes dentro de esos límites que no se discuten y en relación con un supuesto de hecho cuya delimitación es el objeto controvertido» (STC 88/1988). Tal doctrina es la seguida en los conflictos negativos (SSTC 156/1990 y 37/1992; AATC 142/1989, 322/1989 y 357/1990), pero ha sido contradicha en los positivos (SSTC 67/1992, 74/1992 y 243/1993).

Por lo dicho, el conflicto de competencia no constituye el remedio procesal utilizable cuando, sin plantearse una verdadera controversia competencial o, más aún, reconociendo explícitamente que quien ha ejercido la competencia es sin duda su titular, se alega, no obstante, que el ejercicio de la misma infringe por otros motivos el ordenamiento jurídico (ATC 886/1988). Cuando no se pongan en tela de juicio las normas constitucionales o estatutarias donde se configuren las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas, ni se les niegue la potestad reglamentaria en este ámbito, el problema se residencia en comprobar si entre una Ley estatal que en el ejercicio de su competencia declara básicos ciertos preceptos y una disposición general de rango inferior (proceda de quien procediere, factor irrelevante aquí) se da la contradicción que se le achaca como fundamento de la impugnación. Es, en definitiva, un juicio de legalidad lo que se pide, propio de lo contencioso-administrativo. Se trata de encuadrar la actividad autonómica de ejecución y desarrollo mediante la potestad reglamentaria en el ámbito competencial de lo básico, ya previamente delimitado. Determinar el sentido y alcance de la norma básica (como dato y no como incógnita), interpretarla, en suma, no necesita para nada de las normas delimitadoras de la competencia misma (STC 88/1988). En definitiva, pues, que los preceptos reglamentarios rebasen o respeten las bases ya configuradas como tales no pone

en cuestión el orden constitucional de competencias, sino el principio de jerarquía normativa como una de las manifestaciones del principio de legalidad (VP a la STC 172/1996). Muy cercana en el tiempo se produjo una crisis con trascendencia constitucional de alto voltaje cuando el Gobierno «en funciones» se negó, por tal circunstancia, al control parlamentario. Ante tal actitud levantisca, motín a bordo, el Congreso de los Diputados en la sesión del 6 de abril de 2015 planteó un conflicto de atribuciones para que se le repusiera en la plenitud de sus competencias constitucionales. El Tribunal lo admitió a trámite una semana después. Han transcurrido tres años y permanece sin resolver ardua cuestión.

2. Los conflictos entre órganos constitucionales de Estado

Por analogía, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional le encomendó el conocimiento de los conflictos que se suscitaren sobre las competencias o atribuciones asignadas directamente por la Constitución, los Estatutos de Autonomía o las Leyes Orgánicas o las ordinarias que opongán «c) Al Gobierno con el Congreso de los Diputados, el Senado o el Consejo General del Poder Judicial, o a cualquiera de estos órganos constitucionales entre sí» [art. 59.1.c)], regulándose el procedimiento en el Capítulo III del Título I (arts. 73 al 75 LOTC). En 1965 el primer Consejero General del Poder Judicial formalizó un conflicto de este tipo con ocasión de la Ley Orgánica 6/1965, de 1 de julio, del cual desistió el segundo que le sustituyó poco después. En otro, trabado entre el Senado y el Gobierno sobre la facultad para declarar la urgencia en la tramitación parlamentaria de los proyectos de ley, la STC 90/1985 lo resolvió a favor del Ejecutivo.

3. Conflictos con el Tribunal de Cuentas

Una tercera atribución le había sido conferida por la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas

2/1982, de 12 de mayo, en cuya virtud los conflictos que se suscitaren sobre las competencias o atribuciones de esta institución fiscalizadora serían resueltos por el Tribunal Constitucional. Los requerimientos de inhibición hechos al Tribunal de Cuentas no producirán la suspensión del respectivo procedimiento (art. 8.º). En los 25 años transcurridos no se ha trabado ninguno, aunque hayan sido discutidas sus competencias respecto de las instituciones territoriales paralelas bajo la forma de recursos de inconstitucionalidad promovidos unas veces por el Estado contra leyes de las Comunidades Autónomas y otras por estas contra estatales. Las SSTC 190/2000 y 98/2001 delimitaron con precisión los ámbitos de la **fiscalización externa** del Tribunal de Cuentas y la **interna** de la Intervención General del Estado, órgano de la Administración general, y la 214/1989 lo hizo respecto de otras modalidades del control financiero sobre las Comunidades Autónomas. Desde otra perspectiva, la doctrina constitucional ha dejado clara la posición del Tribunal de Cuentas, «**supremo pero no único** cuando fiscaliza» y **único pero no supremo** jurisdiccionalmente, por ser impugnables sus Sentencias ante el Tribunal Supremo. A la Sindicatura de Cuentas de Cataluña, Valencia, Baleares y Castilla-La Mancha o a la Audiencia de Cuentas de Canarias, a la Cámara de Cuentas de Navarra y Andalucía, al Tribunal Vasco de Cuentas Públicas, al Consejo de Cuentas de Galicia o a los equivalentes de Asturias, Cantabria, La Rioja y Murcia, en consecuencia, no se les pueden atribuir funciones jurisdiccionales, solución extensible a las demás instituciones semejantes existentes en los restantes territorios (SSTC 187/1988, 18/1991, 32/1984 y 204/1994 y ATC 312/1996).

4. Los conflictos en defensa de la autonomía local

La Ley Orgánica 7/1999, de 21 de abril, que añadió el ap. d) bis art. 2.º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, le encomendó el conocimiento de los conflictos en defensa de

la autonomía local que formularen «los municipios y provincias frente al Estado o a una Comunidad Autónoma» (art. 59.2 LOTC). Podrán dar lugar a su planteamiento «las normas del Estado con rango de ley o las disposiciones con rango de ley de las Comunidades Autónomas» (art. 75 bis). El Capítulo IV del Título I contiene las normas sobre legitimación activa y procedimiento.

V. HACER EJECUTAR SUS RESOLUCIONES

La LO 15/2015, de 16 de octubre, reforma la de 1979, reguladora del Tribunal Constitucional, haciendo explícitas un conjunto de atribuciones que, en mi opinión, son inherentes al ejercicio de cualquier jurisdicción, que consiste en «juzgar y hacer ejecutar lo juzgado» (art. 117.3 CE). En tal sentido, la Ley podría ser teóricamente innecesaria e incluso redundante, pero la experiencia enseña que, en la práctica o en la calle, en la vivencia del Derecho, que es algo manipulado por seres humanos y además metidos en «política», resulta muy positivo para prevenir conflictos y tergiversaciones poner los mandatos en negro sobre blanco para que, parafraseando a Federico de Castro, «cabezas oscuras no oscurezcan textos claros». En realidad bien hubiera merecido un capítulo independiente para la fase de ejecución de sus resoluciones que encabezara dos de sus artículos, el 87 y el 92. El factor desencadenante de los instrumentos intimidatorios y coactivos fue el incumplimiento reiterado de las Sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional por las instituciones catalanas y el proceso de emancipación en marcha.

El texto actual del art. 87 comienza con una proclamación que es trasunto del art. 119 CE: «todos los poderes públicos están obligados al cumplimiento de lo que el Tribunal Constitucional resuelva». Mala costumbre mezclar preceptos constitucionales en textos legales. Para evitar pretextos de ignorancia, «en particular el Tribunal Constitucional podrá acor-

dar la notificación personal de sus resoluciones a cualquier autoridad o empleado público que se considere necesario. En realidad a quienes hayan de actuar en su cumplimiento». Además, «los Juzgados y Tribunales prestarán con carácter preferente y urgente al Tribunal Constitucional el auxilio jurisdiccional que este solicite (suave: ordena). A estos efectos las sentencias y resoluciones del Tribunal Constitucional tendrán la consideración de títulos ejecutivos».

A su vez, el art. 92 dice así:

«1. El Tribunal Constitucional velará por el cumplimiento efectivo de sus resoluciones. Podrá disponer en la sentencia, o en la resolución, o en actos posteriores, quién ha de ejecutarla, las medidas de ejecución necesarias y, en su caso, resolver las incidencias de la ejecución.

Podrá también declarar la nulidad de cualesquiera resoluciones que contravengan las dictadas en el ejercicio de su jurisdicción, con ocasión de la ejecución de estas, previa audiencia del Ministerio Fiscal y del órgano que las dictó.

2. El Tribunal podrá recabar el auxilio de cualquiera de las administraciones y poderes públicos para garantizar la efectividad de sus resoluciones que lo prestarán con carácter preferente y urgente.

3. Las partes podrán promover el incidente de ejecución previsto en el apartado 1, para proponer al Tribunal las medidas de ejecución necesarias para garantizar el cumplimiento efectivo de sus resoluciones.

4. En caso de advertirse que una resolución dictada en el ejercicio de su jurisdicción pudiera estar siendo incumplida, el Tribunal, de oficio o a

instancia de alguna de las partes del proceso en que hubiera recaído, requerirá a las instituciones, autoridades, empleados públicos o particulares a quienes corresponda llevar a cabo su cumplimiento para que en el plazo que se les fije informen al respecto.

Recibido el informe o transcurrido el plazo fijado, si el Tribunal apreciase el incumplimiento total o parcial de su resolución, podrá adoptar cualesquiera de las medidas siguientes:

a) Imponer multa coercitiva de tres mil a treinta mil euros a las autoridades, empleados públicos o particulares que incumplieren las resoluciones del Tribunal, pudiendo reiterar la multa hasta el cumplimiento íntegro de lo mandado.

b) Acordar la suspensión en sus funciones de las autoridades o empleados públicos de la Administración responsable del incumplimiento, durante el tiempo preciso para asegurar la observancia de los pronunciamientos del Tribunal.

c) La ejecución sustitutoria de las resoluciones recaídas en los procesos constitucionales. En este caso, el Tribunal podrá requerir la colaboración del Gobierno de la Nación a fin de que, en los términos fijados por el Tribunal, adopte las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de las resoluciones.

d) Deducir el oportuno testimonio de particulares para exigir la responsabilidad penal que pudiera corresponder.

5. Si se tratara de la ejecución de las resoluciones que acuerden la suspensión de las disposiciones, actos o actuaciones impugnadas y concurrieran

circunstancias de especial trascendencia constitucional, el Tribunal, de oficio o a instancia del Gobierno, adoptará las medidas necesarias para asegurar su debido cumplimiento sin oír a las partes. En la misma resolución dará audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal por plazo común de tres días, tras el cual el Tribunal dictará resolución levantando, confirmando o modificando las medidas previamente adoptadas.»

VI. LA DEFENSA DE SU JURISDICCIÓN

La LO 6/2007, de 24 de mayo, que dio nueva redacción al art. 4 y modificó el 10 de la Ley Orgánica de 1979, reguladora del Tribunal, le dotó de una panoplia de armas para la defensa de la jurisdicción, según es denominada esta nueva atribución inherente en el ap. h), «En ningún caso se podrá promover cuestión de competencia al Tribunal Constitucional» —advierte de entrada el art. 4— que «delimitará el ámbito de su jurisdicción y adoptará cuantas medidas sean necesarias para preservarla, incluyendo la declaración de nulidad de aquellos actos o resoluciones que la menoscaben; asimismo podrá apreciar de oficio o a instancia de parte su competencia o incompetencia» (1). «Las resoluciones del Tribunal Constitucional no podrán ser enjuiciadas por ningún órgano jurisdiccional del Estado» (2). «Cuando el Tribunal Constitucional anule un acto o resolución que contravenga lo dispuesto en los dos apartados anteriores, lo hará motivadamente y previa audiencia al Ministerio Fiscal y al órgano autor del acto o resolución» (3). De tal guisa se eleva al máximo rango legal la reflexión del *Justice Stone*, que en un voto particular en el caso *United States v. Butler* el año 1936 concluyó que «el único control de nuestro propio ejercicio del poder es nuestro propio sentido de autocontención».

Como quiera que considero no ya conveniente sino necesario dar cuenta de la circunstancia

en la cual han surgido los preceptos que he de analizar, diré que el anteproyecto de la LO 6/2007 salió de un seminario a puerta semicerrada en el Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia, antigua Escuela Judicial, en la Ciudad Universitaria de Madrid, a la espalda de la Facultad de Derecho. De los catorce reunidos, tres éramos magistrados del Tribunal Supremo (uno presidente de Sala) y cinco eméritos del Tribunal Constitucional. El anteproyecto podía calificarse sintéticamente como una reacción frente a la Sentencia de la Sala Primera de lo Civil de 23 de enero de 2004 que condenó a once magistrados constitucionales a una multa por una «actuación sin la diligencia debida». Los así agredidos abonaron la sanción —*solve et repete*— y pidieron amparo al único Tribunal que podía dárselo, el suyo. Como consecuencia de tan anómala situación, el recurso quedó pendiente, marcando el paso, por abstención de los agraviados, hasta que se renovó totalmente y aquellos cesaron, cuatro cada tres años. Así que un 5 de junio pudo dictarse por el Pleno del Tribunal la STC 133/2013, anulando la del Supremo con alguna sería admonición.

Pues bien, veamos cómo han funcionado en la realidad estas reformas. Cinco providencias del Pleno dictadas un mismo día, el 7 de septiembre de 2017, pero en procedimientos distintos, cuyo objeto en todas ellas eran actitudes sediciosas de los separatistas catalanes, han utilizado las medidas adecuadas en cada caso previstas en la Ley 15/2015. Una de ellas declaró la nulidad de la Ley del Parlamento de Cataluña 19/2017, de 6 de septiembre, que autorizaba la celebración de un referéndum de autodeterminación, con suspensión automática de su vigencia. Otras dos de la misma fecha admitieron a trámite los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el Presidente del Gobierno de la Nación contra los Decretos 139/2017 y 140/2017 dimanantes de la Generalidad de Cataluña, respectivamente. En el primero se convocaba la consulta plebiscitaria para el 1.º de octubre (1-O) y en el segundo se daban normas para el procedimiento electoral,

suspendidos ambos automáticamente por aplicación del art. 162.2 CE. En una de esas Providencias se ordenaba la notificación personal (*ex* art. 87.1 LOTC) al Consejo de Gobierno en pleno, desde el «cap» al último de los componentes, con la advertencia de su obligación de obstaculizar o paralizar cualquier actuación que supusiera «impedir o eludir la suspensión acordada y en particular del deber de abstención de iniciar, tramitar o dictar acuerdo o actuación alguna conducente a la preparación y/o celebración de un referéndum sobre la autodeterminación de Cataluña y apercibiéndoles de las responsabilidades en que pudieran incurrir con mención específica de la penal. Al final de tan extenso texto, inusual en una tal resolución, el Tribunal Constitucional recabó el auxilio jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña para practicar las notificaciones, requerimientos y apercibimientos acordados.

En otras tres Providencias del Pleno acordadas el día 7 una de ellas y las restantes el 13 de septiembre de 2017, se admitió a trámite el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno de la Nación contra el Decreto 140/2017, del 7 de septiembre, del Consejo de Gobierno de la Generalidad, con normas para el referéndum, admisión que implicó la suspensión automática *ex Constitutione* de la vigencia de ambas. Dos providencias más tuvieron como protagonista a la sedicente Sindicatura Electoral de Cataluña, que pretendía usurpar las funciones de las Juntas Electorales previstas por la Constitución, y contienen dos requerimientos personales para que se informe sobre el incumplimiento de la suspensión del Decreto en el cual se nombra a sus componentes.

En el ATC 170/2016, de 6 de octubre, también acordado por unanimidad en el Pleno, dentro de un incidente de ejecución de la STC 259/2015, que anuló la Resolución del Parlamento de Cataluña 263/XI, de 29 de julio, proclamando la apertura de un proceso constituyente orientado a la creación de un Estado

catalán independiente, se llega a la convicción de que la actuación del Presidente y del Consejo de Gobierno incumple la sentencia mencionada *ut supra* y el ATC 140/2016. En consecuencia, ordena un requerimiento personal a todos y a cada uno de los miembros de la institución para que se abstuvieran de actuar en pro de tal objetivo, dando traslado al Fiscal para depurar las posibles responsabilidades penales de la Presidencia del Parlamento. Otro incidente en ejecución de la misma STC 259/2015 anula los apartados de la Resolución del Parlamento 306/XI, de 6 de octubre, donde se prevé la celebración de un referéndum sobre la independencia y la adopción de medidas concretas para avanzar en el proceso constituyente dirigido a la creación de un Estado catalán, dando continuidad al objetivo perseguido en sus Resoluciones 1/XI, 5/XI y 263/XII, todas ellas declaradas contrarias a la Constitución por la STC 259/2015 y los AATC 141/2016 y 170/2016. En consecuencia, se declara la incompetencia de la Comunidad Autónoma para convocar el referéndum y actuar al margen de los procedimientos de reforma constitucional, con requerimiento a los componentes de la Mesa del Parlamento y del Consejo de Gobierno para que se abstengan de actuar con tal orientación.

Pues bien, como consecuencia de las Leyes Orgánicas 6/2007 y 15/2015 que le proveyeron de una panoplia de medidas para enfrentarse en primera línea con el proceso de emancipación de Cataluña, la actuación del Tribunal en el pulso planteado por los partidos separatistas (ERC, JCat) no hubiera parecido tan claro y contundente como el que ha sido. Loor también a quienes desde el Ejecutivo y el Legislativo propusieron y votaron dicha Ley, que en este caso respondía exactamente al concepto de lordenación racional dirigida al bien común».

El último acto, hasta el momento, del «golpe al Estado» permanente, que pasará a la histo-

ria con mucha pena en sus dos acepciones de dolor/vergüenza, ha sido el provocado por una instantánea «Ley de Presidencia» para permitir al candidato prófugo ser investido Conseller en Cap de la Generalidad. Para evitarlo, el Gobierno de la Nación solicitó la opinión del Consejo de Estado, que el lunes 7 de mayo emitió el dictamen correspondiente, preceptivo pero no vinculante, ya que tal modalidad parlamentaria «vulnera el carácter personal y presencial del acto de investidura», respaldando así la decisión de impugnar tal ley ante el Tribunal Constitucional por tacha de inconstitucionalidad. Con ese aval, el Consejo de Ministros, en una reunión extraordinaria tenida el miércoles, autorizó la interposición del recurso correspondiente. Así ocurrió nada más publicarse esta norma en el Boletín Oficial de la Generalidad de Cataluña. En el escrito de impugnación se invocaba al art. 161.2 CE. El supremo intérprete de la Constitución admitió a trámite la impugnación, suspendiendo automáticamente la vigencia de la sedicente ley. De tal guisa y por tal desaguado acabó la carrera política de Carles Puigdemont. Elegido el lunes 14 Quim Torra y escuchado su discurso solicitando la investidura parlamentaria, solo se puede predecir lágrimas y probablemente sangre.

En fin, el Tribunal Constitucional en Pleno, con la asistencia de todos sus magistrados y sin voto alguno discrepante, ha actuado en esta melancólica coyuntura histórica con sentido de Estado, ese «oficio de buenos jueces», consistente en «defender el bien común», como recomienda Fray Antonio DE GUEVARA en su *Relox de Príncipes*. Como intérprete no ya de la Constitución, sino de las más profundas convicciones del pueblo español, de quien recibe su investidura, ha estado a la altura de su circunstancia, como no podía ser menos. No es un desahogo ni una digresión proclamar aquí y ahora que me enorgullece haber pertenecido a él.

BIBLIOGRAFÍA

DE MENDIZÁBAL ALLENDE, R., *La guerra de los jueces; Tribunal Supremo vs Tribunal Constitucional*, Dykinson, Madrid, 2012.

- *Códice con un Juez sedente*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación-La Ley, Madrid, 1999.
- «El sistema judicial en la Constitución y en la doctrina del Tribunal Constitucional», *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 30, Madrid, 2000.
- «Fiscalización económica del sector público y jurisdicción contable en la doctrina del Tribunal Constitucional», *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 34, Madrid, 2004.
- «Pasado, presente y futuro de la Justicia Constitucional», *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 31, Madrid, 2001.
- «La segunda enmienda de la Constitución de 1978», *Actualidad Administrativa* (I y II).
- «El artículo 99 y otros aledaños de la Constitución Española», *Estudios RAJ y L*, Madrid, 2018.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 1, 1981.

- *Democracia, jueces y control de la Administración*, Editorial Civitas, Madrid, 1995.

HALL, K. (Ed.), *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, Oxford Court University Press, New York-Oxford, 1992, voces «Marbury v. Madison», «Madison y Marshall», págs. 517-518 (Robert A. Rutland 521-23, Herbert A. Johnson y 523-26 R. Kent Newmyer).

DOVER HOLMES, O. W. Jr., *The common law*, Dover Publications Inc., New York, 1991.

LAZARUS, E., *Closed Chambers*, Times Books, Randon House Inc., New York, 1998.

NEW MAYER, R. K., *John Marsahall an the Heroic Age of the Supreme Court*, Lousiana State Press, 2001.

REHNQUIST, W. H., *The Supreme Court*, Alfred Knopl, New York, 2001.

- *Grand inquests*, Quill Willian Morrow, New York, 1992.
- *All the Laws but One*, Vintage Books, New York, 2000.

SHESOL, J., *Supreme power Franklint Roosevelt vs. The Supreme Court*, W. W. Norton, New York, 2010.

VV. AA. (BENDA, MAIHOFFER, VOGEL, HESE, HEYDE), *Manual de Derecho Constitucional*, 2.^a ed., Marcial Pons, Madrid, 2001.

WOODWARD, B. y AMSTRONG, S., *The Brethren Inside the Supreme Court*, Simon Schuster, New York, 1979.

Otras fuentes:

Las Memorias Anuales del Tribunal Constitucional.

Las Jornadas que periódicamente organiza la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional.

La Revista del Derecho Constitucional.

Artículo 162

1. Están legitimados:

a) Para interponer el recurso de inconstitucionalidad, el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, cincuenta Diputados, cincuenta Senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas.

b) Para interponer el recurso de amparo, toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal.

2. En los demás casos, la ley orgánica determinará las personas y órganos legitimados.

Sumario: I. La legitimación activa en los procesos constitucionales. II. La legitimación en el recurso de inconstitucionalidad. 1. La legitimación estatal. A) El Gobierno. B) El Defensor del Pueblo. C) Cincuenta Diputados o Senadores. 2. La legitimación de las Comunidades Autónomas. III. La legitimación en el recurso de amparo. 1. La capacidad. A) Las personas físicas. B) Las personas jurídicas. 2. La legitimación. A) Legitimación activa. a) El Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal. b) Los particulares.

VICENTE GIMENO SENDRA

MAGISTRADO EMÉRITO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
CATEDRÁTICO DE DERECHO PROCESAL
UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA

I. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA EN LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES

Una vez determinados en el art. 161 CE los diversos procesos de los que conoce el Tribunal Constitucional, el art. 162, objeto de nuestro comentario, se ocupa de regular la legitimación activa de quienes estén llamados a ejercitar el derecho de acción y comparecer como partes ante este intérprete supremo de la Constitución.

Como es sabido, la legitimación es un requisito de la fundamentación de la pretensión que viene delimitado en una norma jurídico material (como *Sachlegitimation* o legitimación «material» la conceptúa la doctrina alemana), la cual vincula a las partes con la pretensión u objeto del proceso constitucional.

De lo dicho se infiere que la legitimación no constituye presupuesto procesal alguno. Al pertenecer al Derecho material y erigirse en

un requisito de la pretensión, la constatación de su ausencia en el proceso no ha de provocar del Tribunal resolución absolutoria alguna, sino una **Sentencia de fondo** que ostentará la totalidad de los efectos materiales de la cosa juzgada.

Pero, debido a la circunstancia de que el fundamento de la legitimación hay que encontrarlo en las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva y en la prohibición de indefensión que efectúa el art. 24 de la CE, pues solo quien ostenta la titularidad del derecho subjetivo o del interés legítimo que se hace valer en el proceso está legitimado para accionar o defenderse en el mismo, las normas que la disciplinan son de «orden público procesal» (tal y como tiene declarado la Sala de lo Civil del TS: SSTS 17 de julio de 1992 —1992/6432—, 24 de enero de 1998 —1998/152—, 305/2011 de 27 de junio...), naturaleza que permite, en ocasiones, su examen de oficio a fin de que el Tribunal pueda controlar el «interés legítimo» de las partes en la obtención de una Sentencia (SSTS 1.ª 6 de mayo de 1997 —1997/3865—, 22 de febrero de 1996 —1996/1585—).

Pues bien, en el ámbito del Derecho procesal constitucional esa norma que disciplina la legitimación es el art. 161, que, en virtud de lo dispuesto en su núm. 2.º, ha de ser complementada con las pertinentes disposiciones de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LO 2/1979), así como en determinados preceptos de nuestra Ley Fundamental (arts. 95.2 para la revisión constitucional de los Tratados, el art. 161.2 para la impugnación de las disposiciones y resoluciones de las CC. AA. y el art. 163 para el planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad).

II. LA LEGITIMACIÓN EN EL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD

Consecuente con la naturaleza del recurso de inconstitucionalidad y con la gravedad de sus efectos, el art. 162.1.b) restringe fuertemente

la legitimación activa para la incoación de este procedimiento abstracto o directo de declaración de inconstitucionalidad de las disposiciones normativas con fuerza de Ley. Y, así, tan solo podrán interponer el recurso de inconstitucionalidad *el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, cincuenta Diputados, cincuenta Senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas.*

De la lectura del precepto, cabe distinguir, siguiendo a ARAGÓN, dos tipos de legitimación: la del Estado y la de las Comunidades Autónomas.

1. La legitimación estatal

El art. 32.1 LOTC reitera lo dispuesto en el art. 27.2 y precisa el objeto de la legitimación estatal, la cual ha de circunscribirse a la impugnación de *Estatutos de Autonomía y demás Leyes del Estado, Orgánicas o en cualesquiera de sus formas, y disposiciones normativas y actos del Estado o de las Comunidades Autónomas con fuerza de Ley, Tratados Internacionales y Reglamentos de las Cámaras y de las Cortes Generales.* Lo que ha efectuado este precepto no es otra cosa, sino la concretización del concepto «disposiciones normativas con fuerza» o «rango de Ley», utilizado por los arts. 161.1.ª y 163 CE, que definen el objeto de los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad (el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad) y distinguen la actividad del Tribunal Constitucional (impugnación de normas con valor de Ley), de la de los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo (impugnación de disposiciones normativas con rango inferior o Reglamentos).

A) El Gobierno

Salvedad hecha del hipotético supuesto de la existencia de un Gobierno de coalición, no parece que el Gobierno vaya a impugnar Leyes estatales que habrán sido muchas de ellas

propuestas y siempre aprobadas con el consentimiento de su grupo parlamentario.

Por ello, alcanza mayor virtualidad práctica la impugnación por el Gobierno de las Leyes autonómicas, que, en la práctica, suele encerrar conflictos constitucionales de competencia.

En tal supuesto, la suspensión de los efectos de dichas Leyes será automática (arts. 161.2 CE y 30 LOTC).

La capacidad para ser parte, en estos recursos de inconstitucionalidad, la ostenta el Gobierno de la Nación, quien habrá de adoptar el pertinente acuerdo, pero la de actuación procesal corresponde a su Presidente, que, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 162.1.a) CE y 32 LOTC, es el único legitimado para la interposición del recurso de inconstitucionalidad.

B) *El Defensor del Pueblo*

Critica, con razón, la doctrina constitucional que el Defensor del Pueblo esté habilitado por la Constitución [art. 162.1.a)], por la LOTC [art. 32.1.b)] y por su propia Ley Orgánica (art. 29 LO 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo; LODP, en lo sucesivo) para la impugnación de toda disposición con rango de Ley, cuando el art. 54 CE tan solo le legitima para la defensa de los derechos fundamentales.

Por esta razón, y porque la interposición del recurso de inconstitucionalidad fuera del referido supuesto de la defensa de los derechos fundamentales puede contribuir a «politizar» a este alto órgano constitucional y contribuir a minar su (para el correcto ejercicio de su función) imprescindible *auctoritas*, debiera ser restrictiva la interpretación de su legitimación, si bien, como señala ARAGÓN, no fue esta la tesis sustentada por la STC 150/1990, que parece sostener que la legitimación de este alto Comisionado de las Cortes no tiene límite material alguno. Dicha doctrina ha sido reafirmada por la STC 274/2000, en cuya vir-

tud «hay que reiterar no obstante que, con independencia de la cualidad del Defensor del Pueblo como alto comisionado de las Cortes Generales para la defensa de los derechos comprendidos en el Título I, su legitimación al respecto ha de entenderse en los mismos términos y con la misma amplitud que la del resto de los sujetos contemplados conjuntamente en los arts. 162.1.a) CE y 32.1 LOTC, pues, como afirmamos en la temprana STC 5/1981, de 13 de febrero, dicha legitimación les ha sido reconocida a cada uno de ellos «no en atención a su interés, sino en virtud de la alta cualificación política que se infiere de su respectivo cometido constitucional» [FJ 3; también, recientemente, STC 180/2000, de 19 de junio, FJ 2.a)]».

C) *Cincuenta Diputados o Senadores*

En la práctica forense de nuestro Tribunal Constitucional, esta suele ser la utilización genuina del recurso de inconstitucionalidad, ya que, como se ha avanzado, el Gobierno tan solo ejercita dicho recurso contra Leyes autonómicas y por razones puramente competenciales.

Por el contrario, los recursos utilizados por los grupos parlamentarios en el número indicado de Diputados y Senadores no suelen contener cuestiones acerca de la distribución constitucional de competencias, sino que plantean conflictos acerca de la adecuación material de la Ley impugnada con nuestra Ley Fundamental.

La legitimación activa no la ostenta, sin embargo, el grupo parlamentario, ni los Diputados o Senadores individualmente considerados, sino *cincuenta* Diputados o Senadores, hayan o no votado a favor de la disposición impugnada.

Este requisito aritmético se convierte en un presupuesto procesal, de tal suerte que, si no se alcanza el citado número de cincuenta, el recurso de inconstitucionalidad será inadmitido a trámite. Pero, una vez interpuesto, es indi-

ferente la muerte, incapacidad, pérdida de la condición de parlamentario o mera voluntad de desistimiento de alguno o varios miembros de las Cámaras que hayan interpuesto el recurso. Como bien señala CAAMAÑO, los cincuenta miembros de las Cámaras no tienen un derecho a la impugnación individual transferible, ni operan procesalmente como **litisconsortes**, sino que es la mera adición de voluntades, a los solos efectos de recurrir, el elemento esencial que determina su legitimación.

El acuerdo de los cincuenta parlamentarios ha de plasmarse en una escritura de poder, que ha de presentar el comisionado del Grupo ante el Tribunal Constitucional (art. 82.1 LOTC) y que ha de ser «especial» y no genérico (STC 47/2005; AATC 24/1990, 459/2004; STC 164/2001...), sin que se le pueda apoderar para la impugnación *pro futuro* de todo tipo de Leyes. Antes al contrario, en la escritura de poder, el referido grupo de Diputados o Senadores le habrán de facultar para ejercitar el recurso de inconstitucionalidad contra una Ley determinada. Y si, una vez instaurado el procedimiento, se intentara alguna actuación que, como es el caso de la recusación de algún Magistrado (arts. 223.2 LOPJ y 107.2 LEC, en relación con el art. 80 LOTC), exigiera un poder «especialísimo» para esa actuación, habrá el Comisionado de recabarlo de ellos o, al menos, presentar ante el Tribunal Constitucional el documento que acredite al miembro de la Cámara legislativa su voluntad de ejercitar esa actuación procesal especial (ATC 26/2007).

Los partidos políticos no pueden intervenir como «coadyuvantes» (AATC 263 y 264/2008).

2. La legitimación de las Comunidades Autónomas

También el art. 162.1.a) CE legitima a las Comunidades Autónomas para la interposición del recurso de inconstitucionalidad. Dicho recurso puede ser interpuesto tanto por el órgano ejecutivo o Consejo autonómico como por la propia Asamblea legislativa.

No obstante el tenor genérico de la norma constitucional, lo cierto es que el art. 32.2 LOTC ha circunscrito el objeto y legitimación en este recurso autonómico exclusivamente *contra las Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley del Estado que puedan afectar a su propio ámbito de autonomía*, lo que ha provocado que un sector de la doctrina tenga dudas sobre su constitucionalidad.

Nosotros somos de la opinión, ya sustentada por ARAGÓN, de que el art. 162.2 CE habilita al legislador a establecer los supuestos de dicha legitimación y, de aquí, que el Tribunal Constitucional no haya declarado la inconstitucionalidad del citado art. 32.2 LOTC.

Así pues, del tenor literal de este precepto de la LOTC se desprenden cuatro importantes **restricciones a la legitimación autonómica**: a) de conformidad con la primera, no puede el Consejo de gobierno (STC 223/2006) o los Diputados autonómicos impugnar una Ley promulgada por su Asamblea legislativa, sino que únicamente podrá hacerlo el Gobierno de la Nación o 50 Diputados o Senadores; b) en segundo lugar, tampoco puede el Consejo o Asamblea legislativa de una Comunidad Autónoma impugnar Leyes de otra Comunidad autónoma (ATC 26/2000), aunque dicha Ley pueda invadir su competencia; c) ni los referidos órganos de la Comunidad Autónoma podrán impugnar cualesquiera Leyes estatales, sino tan solo las «... que puedan afectar a su propio ámbito de autonomía», si bien la jurisprudencia del Tribunal Constitucional acerca de la aplicación de este requisito es muy laxa, limitándose a exigir un cierto punto de conexión material entre la Ley estatal y el ámbito competencial autonómico (SSTC 68/2007, 32/2006, 48/2003...); d) finalmente tampoco puede un Consejero interponer el recurso (STC 139/2015).

La existencia de tales restricciones, sin embargo, limita sus efectos al ejercicio de la acción de inconstitucionalidad, ya que el Tribunal Constitucional ha permitido la comparecencia, en un recurso de inconstitucionalidad ya ini-

ciado, como meros «coadyuvantes» del Gobierno o de las Comunidades Autónomas interesadas en la declaración de constitucionalidad o anulación de una determinada disposición con fuerza de Ley que pueda afectar a su propio ámbito de autonomía (AATC 155/1998 y 172/1995). Su intervención será, pues, la de una parte subordinada a la principal que interpone el recurso o se opone a él, sin que pueda ejercitar actos de disposición de la pretensión declarativa de nulidad de la disposición con fuerza de Ley impugnada.

III. LA LEGITIMACIÓN EN EL RECURSO DE AMPARO

En tercer lugar, el art. 161.1.b) legitima *para interponer el recurso de amparo, toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal.*

De la redacción del precepto la primera observación que cabe realizar es que involucra dos requisitos procesales distintos: la capacidad para ser parte y procesal que corresponde a «toda persona natural o jurídica» y siempre al Defensor del Pueblo y al Ministerio Fiscal con la legitimación activa que, en el caso de los sujetos de Derecho, han de ostentar un «interés legítimo».

1. La capacidad

La capacidad para ser parte en el recurso de amparo la tienen todas **las personas que puedan ser titulares de derechos fundamentales** (MAUNZ-HERZOG). Si tales personas deban o no ser las titulares del derecho fundamental en concreto vulnerado es una relación perteneciente a la legitimación que examinaremos en el siguiente apartado; sea suficiente decir aquí que tan solo pueden sufrir los efectos materiales de las resoluciones del Tribunal Constitucional (capacidad para ser parte) y, por tanto, tan solo pueden ante él deducir válidamente actos procesales (capa-

cidad de actuación procesal) los sujetos del Derecho que sean susceptibles de ostentar la titularidad de los derechos públicos constitucionales; **las personas pertenecientes a los «poderes públicos»**, esto es, los órganos del Estado encargados de tutelar y garantizar el libre ejercicio de tales derechos no pueden, pues, en su propio nombre, ejercitar el **recurso de amparo**.

De esta regla hay que exceptuar, ello no obstante, los derechos fundamentales de incidencia procesal, contenidos en el art. 24, que sean reclamables a la Administración Pública (nunca, por ejemplo, los que, como es el caso de la presunción de inocencia o del derecho al silencio, tan solo asisten al imputado), en tanto que parte procesal en un proceso determinado. Así, si un Tribunal administrativo negara al Abogado del Estado su contestación a la demanda o arbitrariamente su proposición de prueba, podría recurrir ante el Tribunal Constitucional, mediante el recurso de amparo judicial.

Aun cuando la Constitución (art. 53.2) y la LOTC (art. 41.2) empleen el término «ciudadano» para referirse a los titulares del recurso de amparo, la capacidad procesal la ostentan tanto los **nacionales como los ciudadanos de la Unión Europea e incluso los extranjeros residentes, tanto las personas físicas como las jurídicas**. El carácter supletorio de la LEC (art. 80 LOTC) es enteramente reclamable en este presupuesto procesal. La capacidad procesal es, pues, la misma que en el proceso civil o contencioso-administrativo: basta la capacidad general civil (STERN).

A) Las personas físicas

El recurso de amparo no solo pueden ejercerlo los españoles, sino también los **extranjeros**. Estos últimos como consecuencia de la declaración contenida en el art. 13.1 CE y de la ratificación por España de los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos, así como del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CASTEDO ÁLVAREZ).

Sin embargo, determinados derechos públicos están reservados por la Constitución exclusivamente a los españoles: de una manera clara y diáfana lo está el derecho al sufragio activo y pasivo (salvo lo dispuesto en el art. 13.2 con respecto a las elecciones municipales) y el de participar en los asuntos públicos (art. 13.2 en relación con el art. 23). Más discutible parece el principio de igualdad (art. 14), el derecho de petición individual y colectiva (art. 29) y la libertad de residencia y circulación por el territorio nacional (art. 19). De seguir una interpretación literal de tales preceptos, que emplean el término «españoles», habría que negarles la capacidad (así, por ejemplo, MEDINA). Sin embargo, el art. 13.1 CE reclama la vigencia para los extranjeros de todas las libertades públicas, a excepción de los derechos contenidos en el art. 23 CE, en los términos que establezcan «los Tratados y la Ley» que, por imperativo del citado precepto, pasan a formar parte del «bloque de la constitucionalidad», por lo que, a este respecto, es importante examinar la pertinente legislación de extranjería.

También puede ser problemática la capacidad para ser parte del «nasciturus», la cual tiene gran relevancia en temas como el del aborto. Aun cuando una interpretación amplia del art. 15 CE (*todos tienen derecho a la vida...*) podría abonar por una contestación positiva, la puesta en relación de dicho precepto con el art. 2.1 CEDH (*el derecho de toda persona a la vida está protegida por la Ley*) que, conforme al art. 10.2 CE, ha de informar su interpretación, aboga por la solución contraria, afirmada por la hoy extinta Comisión Europea de Derechos Humanos en su Decisión 8416/1979 (caso *X contra el Reino Unido*) y por el Tribunal Constitucional (SSTC 53/1985, 212/1996 y 116/1999).

Por similar razón, hay que excluir la capacidad para ser parte de las personas fallecidas. La doctrina alemana (PESTALOZZA, SPANNER, SCHMIDT-BLEIBTREU), sin embargo, admite que una tercera persona ejercite el recurso de amparo contra la vulneración de un derecho fun-

damental acaecida en una persona ya muerta, lo que, sin lugar a dudas, hay que admitir en la protección del derecho al honor (art. 18.1 CE y art. 4 LO 1/1980, de Protección al Honor). Como también debiera admitirse, en cualquier caso, la capacidad de actuación procesal a los sucesores *mortis causa* del recurrente, fenecido dentro del proceso, conforme a una jurisprudencia reiterada de la Comisión Europea de Derechos Humanos (DCoEDH 6166/1973, caso *BAADER contra la RFA*, 7572, 7586 y 7587/1976, caso *ENSSLIN y otros contra la RFA*); no se admitió dicha capacidad, sin embargo, en la DCoEDH 7060/1975 contra la RFA, puesto que los herederos habían repudiado la herencia).

B) *Las personas jurídicas*

Su capacidad se encuentra expresamente reconocida por el art. 162.1.b) CE, que confiere legitimación y, por tanto, capacidad para interponer el recurso de amparo a «toda persona natural o jurídica» (cfr. art. 81.1 LOTC) (STC 53/1983, de 20 de junio).

En el caso, pues, de las **personas jurídico-privadas** su capacidad para ser parte y de actuación procesal no ofrece problema alguno, rigiéndose por el art. 6 LEC en virtud de la cláusula de remisión del art. 80 LOTC. Supuestos particulares de personas jurídicas con capacidad limitada, tales como la «herencia yacente», sociedad mercantil irregular, sociedades en estado de concurso y entidades sin personalidad jurídica deben ser solucionados con arreglo a las normas del Derecho procesal civil común.

Más problemática resulta la capacidad de las **personas jurídico-públicas** para la interposición del recurso de amparo. Dicha dificultad deriva, por una parte, de la ausencia en la Constitución de algún precepto que expresamente les atribuya la titularidad de derechos fundamentales, a diferencia, por ejemplo, de lo que sucede en Alemania, donde el art. 19.3 de la *Grundgesetz* establece que *Los derechos*

fundamentales se extienden a todas las personas jurídicas nacionales, en la medida en que, con arreglo a su respectiva naturaleza, aquellos les sean aplicables. Por otro lado, la dificultad apuntada se infiere de la remisión indirecta del art. 46.11) LOTC (la necesidad de haber sido «parte» en el previo proceso) realiza a las normas de capacidad del proceso contencioso-administrativo, las cuales suelen ser en este extremo muy restrictivas (*v. gr.*, art. 20 LJCA), así como a la importante circunstancia de que, atendiendo al fin público que asumen y al hecho de que formen parte de la Administración Pública merecen ser encuadrados dentro del concepto *poderes públicos*, tal y como lo están por yuxtaposición en el art. 41.2 LOTC; es decir, más que titulares del recurso de amparo deben ser consideradas como potenciales sujetos pasivos del mismo.

Ello no obstante, cuando las tales Entidades de Derecho público actúen bajo normas del Derecho privado (lo que inevitablemente habrá de suceder cuando se vulnere el principio de igualdad del art. 14 CE —ver, en este sentido, SSTC 237/2000 y 240/2001—), cuando invocan el art. 24 CE o cuando asumen exclusivamente la defensa de sus miembros en el cumplimiento de los fines que les son propios, el Tribunal Constitucional les ha reconocido capacidad. En la STC 64/1988, en concreto, pudo declarar que las personas jurídicas de Derecho privado son titulares de derechos fundamentales «y a la misma conclusión puede llegarse en lo concerniente a las personas jurídicas de Derecho público, siempre que recaben para sí mismas ámbitos de libertad de los que deben disfrutar sus miembros o la generalidad de los ciudadanos, como puede ocurrir singularmente respecto de los derechos reconocidos en el art. 20 CE cuando los ejercitan corporaciones de Derecho público; por lo que se refiere al derecho establecido en el art. 24.1 CE, como derecho a la prestación de actividad jurisdiccional de los órganos del Poder Judicial del Estado, ha de considerarse que tal derecho corresponde a las personas jurídicas y entre estas últimas tanto a las de Derecho privado como a las de Derecho pú-

blico, en la medida en que la prestación de la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales tiene por objeto los derechos e intereses legítimos que le corresponden» (son también interesantes las SSTC 91/1995, 123/1996, 211/1996, 237/2000, 175/2001 y 173/2002). En la práctica, el Tribunal Constitucional alemán también lo ha reconocido así en una copiosa jurisprudencia que ha permitido a la doctrina hablar de una «capacidad relativa» (casuística, diríamos nosotros) de las personas jurídicas del Derecho público (*v. gr.*, universidades, emisoras de televisión, iglesia católica...).

2. La legitimación

Tal y como se ha dicho al inicio de este comentario, bajo el concepto «legitimación» se entiende la situación en la que se encuentran las partes con respecto a la **relación jurídica material** que se discute en el proceso y que, por estar expuesta a la mutación consiguiente de los efectos materiales de la cosa juzgada, les habilita para comparecer en él, bien para sostener la pretensión, bien para oponerse a ella. La legitimación es, pues, un requisito que ha de concurrir, tanto en la parte demandante (activa), como en la demandada (pasiva).

A) Legitimación activa

- a) El Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal

Tanto la LODP como el vigente EOMF atribuyen a ambos organismos la función de velar por la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Partiendo de esta premisa, no ha de resultar extraño que el art. 46.1 LOTC les conceda legitimación para interponer el recurso de amparo constitucional. Se trata de una «**sustitución procesal**», en la que el Defensor del Pueblo o el Ministerio Fiscal actúan, de un lado, en nombre del titular del derecho fundamental vulnerado y, de otro, de la misma sociedad que impone a los poderes públicos la obligación de que sean celosos

en el respeto y efectivo cumplimiento de los derechos fundamentales (arts. 9 y 53 CE).

Por tal razón, la LOTC no impone al «alto comisionado de las Cortes» o al «garante de la legalidad» género de traba alguna (a diferencia, como veremos, de los particulares) para el ejercicio del recurso de amparo. Este fue el motivo por el que sostuvimos la ilegitimidad de la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/1979, de 29 de enero, conforme a la cual al Ministerio Fiscal no le estaba autorizado iniciar el proceso contencioso-administrativo especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona conforme a la antigua LJCA de 1956. Es, por tanto, digno de destacar el cambio introducido, en este sentido, por la nueva Circular de la Fiscalía General del Estado de 15 de marzo de 1999 respecto de la vigente LJCA, al afirmar: «en estos momentos no cabe abrigar dudas sobre la legitimación del Ministerio Fiscal para emprender acciones en caso de actuaciones lesivas de los derechos fundamentales. Y en tal sentido ha de pronunciarse, superadas anteriores vacilaciones, la Fiscalía General del Estado. El mandato contenido en el art. 124 CE de promover la acción de la justicia en defensa de los derechos de los ciudadanos, que reproduce el art. 3.3 del Estatuto Orgánico, así lo exige».

b) Los particulares

Naturalmente también está legitimada para interponer el recurso de amparo «toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo» [art. 162.1.b) CE]. La Constitución viene aquí a recoger el concepto de *interés legítimo* ya enunciado en su definición (abstracta) del derecho de acción y sancionado por el art. 24.1.

Pero la LOTC, al regular la legitimación, parece haber añadido algún elemento más al concepto constitucional del «interés legítimo», toda vez que, para interponer dicho recurso, se requiere ser *la persona directamente afectada*, en el caso de las lesiones producidas

por el Poder Legislativo [art. 46.1.a) LOTC], o haber sido *parte en el proceso judicial correspondiente*, cuando la vulneración del derecho fundamental provenga del Poder Ejecutivo o del Judicial (art. 46.11 LOTC). Esta aparente contradicción llevó a un importante sector de la doctrina a calificar de «presuntamente inconstitucional» el art. 46.1 LOTC y a proclamar la aplicación inmediata, en este conflicto de normas, del art. 162.1.b) de la Constitución (GONZÁLEZ PÉREZ, SOLCHAGA).

Sin duda alguna el legislador ordinario, en consonancia con otros ordenamientos europeos (el alemán y el del Convenio Europeo, fundamentalmente), quiso establecer un conjunto de filtros que impidieran una avalancha de recursos de amparo; pero, dado el superior rango normativo de la Constitución, se impone una labor de armonización del art. 46.1 LOTC con el art. 162.1.b) de la CE, que, por lo demás, en su número segundo, faculta al legislador ordinario a modular la legitimación activa.

a') **Persona «directamente afectada» e «interés legítimo».** En consecuencia, por «persona afectada», a los efectos de la legitimación en el procedimiento del art. 42 LOTC, no cabe entender exclusivamente al titular del derecho fundamental vulnerado (tal y como acontece, por ejemplo, en el recurso de amparo de la RFA), o a la «víctima» de la violación del derecho fundamental (art. 34 CEDH), sino a **toda persona que tenga un interés legítimo en su restablecimiento**, si bien la persona que no pueda reputarse «víctima» de la vulneración del derecho fundamental carecerá de legitimación para acudir a los órganos encargados de aplicar el Convenio. Con todo, la interpretación jurisprudencial de tal concepto, realizada por el Tribunal Europeo, ha sido muy amplia y, en cierta medida, se aproxima al del «interés legítimo».

El concepto «persona directamente afectada», de conformidad con el art. 162.1.b) CE, hay que reconducirlo al del «interés legítimo». Así, pues, no solo tienen legitimación activa

para ejercitar el recurso de amparo los titulares de la relación jurídica material que en él ha de discutirse, sino también los portadores de intereses generales, sociales, colectivos y difusos. Esta es la razón por la cual, cuando la acción es ejercitada por los organismos públicos especialmente encargados de custodiarlos, esto es, por el Defensor del Pueblo o el Ministerio Fiscal, el art. 46.2 LOTC establezca la obligación del Tribunal (*laudatio actoris*) de llamar a los agraviados e interesados para que puedan acudir a sostener la pretensión.

En cualquier caso, los portadores de tales «intereses difusos», y salvo que una disposición legal o estatutaria (*v. gr.* la de una asociación de consumidores sobre sus miembros) establezcan otra cosa, habrán de conferir su representación a un solo Procurador (art. 81.1 LOTC), a fin de que su legitimación sea reconocida como colectiva y no meramente a título individual. La finalidad de dicha norma es obvia: prevenir la extensión de los efectos subjetivos de la cosa juzgada sobre eventuales litisconsortes que no han comparecido en el proceso y que corren, ello no obstante, el riesgo de sufrir los efectos materiales de la cosa juzgada.

También aquí la doctrina de la Comisión Europea de Derechos del Hombre, en cuanto excluye de la legitimación colectiva («la organización no gubernamental o grupo de particulares» del art. 34 CEDH) a quienes afirman defender intereses difusos sin la oportuna representación del grupo, resulta perfectamente reclamable. En el asunto *Webster contra el Reino Unido* (DCoEDH 7806/1977), se afirmó que, cuando una demanda se refiere a hechos que afectan, además del recurrente, a otras personas, la Comisión no debe examinarla, si el demandante no ha resultado él mismo afectado; igualmente, en el asunto *Alliance del Belges de la CEE* (DCoEDH 8612/1979), afirmó que, no habiendo justificado el demandante poderes de representación de otras personas, bien en calidad de «organización no gubernamental», bien en tanto que «grupo de particulares» y, siendo así que la Convención no reconoce la acción popular, la demanda no ha de examinarse sino en la me-

didada en que su autor se pretenda, él mismo, víctima de la situación denunciada.

Pero, de dicha regla hay que excluir a los miembros de etnias o grupos cuando se les lesione su derecho al honor o a su dignidad. Ello es lo que ocurre cuando, por ej., se niega el holocausto (STC 214/1991, de 11 de noviembre, *Violeta Friedman v. León Degrelle*).

No parece, sin embargo, que dentro del concepto de «interés legítimo» encuentre cabida la «acción popular», cuyo fundamento constitucional no se encuentra en el art. 162.1.b), sino en el art. 125. A diferencia del recurso de amparo durante la Segunda República, en el que el art. 123.5 de la Constitución de 1931 confería legitimación activa a «toda persona individual o colectiva, aunque no hubiera sido directamente agraviada», la necesidad de invocar el recurrente en el actual amparo un «interés legítimo» le coloca en una determinada situación con respecto a la relación jurídico-material (cuyo alcance examinaremos a continuación), que excluye la posibilidad de una acción *quivis ex populo* en el amparo ordinario o constitucional.

b') **Haber sido «parte en el proceso judicial correspondiente» e «interés legítimo».** En el supuesto en que la violación del derecho fundamental proceda del Poder Ejecutivo o del Judicial, establece el art. 46.1.b) LOTC que *estarán legitimados para interponer el recurso de amparo constitucional... quienes hayan sido parte en el proceso judicial correspondiente.*

Evidentemente, quienes han sido partes en el proceso previo al constitucional de amparo no tienen por qué ser todas las personas que ostenten «interés legítimo» en el restablecimiento del derecho subjetivo vulnerado, por lo que, de seguir una interpretación literal del referido precepto, habría que excluir a quienes no han comparecido como parte en dicho proceso previo de la legitimación activa para la interposición ante el Tribunal Constitucional de la demanda de amparo. La legitimación, así

concebida, vendría a confundirse con el concepto **formal** de parte en el proceso previo, con manifiesta violación del art. 162.1.b) CE. En definitiva, tal interpretación implicaría privar de legitimación a quien le debe ser reconocida, y otorgársela a quien carece de la misma: «la legitimación para recurrir en amparo ante el Tribunal Constitucional está atribuida por el art. 162.1.b) CE a toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, y por el art. 46.1.b) LOTC a quien haya sido parte en el proceso judicial correspondiente, fórmula esta última que complementa la primera, pero que no debe considerarse limitativa del texto constitucional» (STC 196/1984). En el mismo sentido ha afirmado el Tribunal Constitucional que el art. 46.1.b) LOTC «no puede ser entendido de manera estrictamente literal [...] especialmente en aquellos casos en que el proceso judicial *a quo* es el agotamiento de la vía judicial precedente a que se refiere el art. 43.1 LOTC, de acuerdo con el art. 53.2 CE, pues ello implicaría tanto como llegar a la conclusión tautológica de que se está legitimado para demandar el amparo porque se ha demandado el amparo» (STC 141/1985).

Pero esta supuesta antinomia o contradicción entre el art. 46.1 LOTC y el art. 162.1.b) CE decae o desaparece si se piensa que, no obstante la dicción literal de la norma ordinaria (*están legitimados para interponer el recurso*), dicha redacción nada tiene que ver con la legitimación, que es un requisito de la pretensión preestablecido en una norma configuradora de una situación o relación jurídica **material** determinada. Por el contrario, el requisito del art. 46.1 LOTC se encuadra dentro de lo que la doctrina germana denomina «derecho de conducción procesal» (*Prozessführungsrecht*) y no dentro de la legitimación (*Sachlegitimation*), que, como se ha dicho, es un elemento de la fundamentación de la pretensión y viene siempre determinada por una norma de naturaleza **material** (LUKE, ROSENBERG-SCHWAB, MUERNIG, GRUNSKY).

Al contrario de la legitimación, el requisito de haber sido parte en el proceso previo al cons-

titucional de amparo constituye un auténtico **presupuesto procesal** que viene a juxtaponerse al de haber agotado la vía judicial ordinaria [art. 44.1.a) LOTC]. De la misma manera que generalmente solo pueden acudir en casación ante el TS quienes hayan sido parte en el proceso de instancia, tan solo están en principio autorizados a acudir ante la «casación constitucional» quienes hayan «conducido» el proceso previo ante los Tribunales ordinarios (SOLCHAGA).

La distinción no es caprichosa, sino que comporta relevantes efectos prácticos. En pureza, la «legitimación» no es un presupuesto procesal y, sin embargo, sí lo es el derecho de conducción procesal: en efecto, al afectar la legitimación a la fundamentación de la pretensión, su ausencia en el proceso ha de originar un pronunciamiento sobre el fondo, en tanto que el derecho de conducción procesal se relaciona con el concepto «formal» de parte y su omisión en el proceso impide un pronunciamiento sobre el fondo y origina una Sentencia absolutoria en la instancia.

La única norma determinante de la legitimación activa es el art. 162.1.b) CE, la cual ha de estar presente **desde el mismo momento en que se deduce, por vez primera, la pretensión de amparo**, lo que sucede, no con la interposición de la demanda ante el Tribunal Constitucional, sino con la del proceso de amparo ordinario.

Ahora bien, ¿qué sucedería en el caso de que existiendo una pluralidad de partes materialmente legitimadas, tan solo una de ellas compareciera como parte formal en el proceso judicial previo?, ¿quedarían las demás excluidas del proceso constitucional? Aun cuando tuvieran legitimación activa resultarían, en principio, excluidas de él, por haber incumplido el presupuesto del art. 46.1.b) LOTC.

Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha mitigado el rigor de la referida norma de su Ley Orgánica. De este modo, en la STC 4/1982 ya afirmó que «una correcta

interpretación del art. 46.1.b) exige la equiparación de los que, debiendo ser legalmente partes en un proceso, no lo fueron por causa no imputable a ellos mismos y resultaron condenados», y en la STC 46/1982 confirmó esta elástica jurisprudencia al disponer que «el precepto debe aplicarse extensivamente a quienes, sin obtenerlo del órgano judicial, han pretendido razonablemente ser partes». Esta doctrina ha sido reiterada, entre otras, en las SSTC 38/1987, 92/1997, 140/1997 y 158/2002, aunque el Tribunal Constitucional ha matizado «que tal interpretación no cabe en aquellos casos en los que el hecho de no haber sido parte obedezca a la inactividad o negligencia del recurrente» (AATC 373/1986, 520/1983, 967/1987, 1193/1988 y 377/1993).

La finalidad del presupuesto procesal del art. 46.1.b) LOTC, tras su interpretación jurisprudencial por el Tribunal Constitucional, no es, pues, la de restringir la legitimación activa, sino la de estimular a las partes materiales a que acudan a sostener la pretensión de amparo ante los Tribunales ordinarios, de acuerdo con el principio de subsidiariedad del recurso constitucional de amparo y, sobre todo, a fin de evitar injustificadas mutaciones del objeto procesal, como consecuencia de la entrada de nuevas partes en el proceso.

Similar jurisprudencia secundó en su día el Tribunal Constitucional alemán y, así, estimó

cumplido el citado presupuesto en todas aquellas personas que, habiendo sido dañadas por una resolución judicial y aun no habiendo comparecido como parte, pudieran resultar afectadas por los límites subjetivos de la cosa juzgada (BVerfGE 15, 256; 24, 289; 31, 58; 34, 81) e, incluso, a quienes no ostentando el estatus formal de parte, les es rechazada su capacidad de postulación, como fue el caso de un abogado expulsado por el Tribunal del juicio oral y a quien se le impidió la comunicación con su patrocinado en virtud de la entonces polémica *Kontaktssperre-gesetz* de 20 de septiembre de 1977 (BVerfGE 15, 226; 22, 114).

En cuanto al régimen de intervención de tales partes actoras en los procedimientos de amparo, tratándose de un **litisconsorcio**, estará presidido por el principio de representación de los litisconsortes inactivos, por los más diligentes en el proceso (FAIRÉN), de manera que los medios de ataque, utilizados por uno de ellos, favorecen a los ausentes. De dicha regla general hay que exceptuar, ello no obstante, los actos procesales que entrañen la disposición de la pretensión, con respecto a los cuales tiene afirmado el TS que la renuncia al derecho subjetivo material, realizada por uno de los litisconsortes, no afecta a los demás (PRIETO-CASTRO). Por el contrario, los efectos materiales de la Sentencia alcanzarán a todos ellos.

BIBLIOGRAFÍA

- CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F., *Jurisdicción y procesos constitucionales*, McGraw-Hill, Madrid, 2000.
- GIMENO SENDRA, V., «La legitimación del Ministerio Fiscal en los procesos de amparo», *Diario La Ley*, núm. 3, 1999, págs. 1868 y ss.
- REQUEJO PAGÉS, J. L. (Coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Tribunal Constitucional-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2001.
- RUBIO LLORENTE, F., *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.
- TORRES MURO, I., *La legitimación en los procesos constitucionales*, Reus, Madrid, 2007.

Artículo 163

Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos.

Sumario: I. La sumisión de las leyes a la Constitución. 1. La Constitución, norma suprema del ordenamiento jurídico. 2. El control de la constitucionalidad de las leyes. 3. La colaboración entre los órganos de la jurisdicción ordinaria y el Tribunal Constitucional en el control de la constitucionalidad de las leyes. II. La cuestión de inconstitucionalidad. 1. Función institucional de la cuestión de inconstitucionalidad. 2. Normas frente a las que puede plantearse una cuestión de inconstitucionalidad. 3. Procesos en cuyo seno cabe plantear cuestiones de inconstitucionalidad. 4. Legitimación para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. 5. Momento procesal procedente para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. A) Por los órganos de la jurisdicción ordinaria. B) Por el Tribunal Constitucional. 6. Trámites previos al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. 7. Elevación al Tribunal Constitucional de la cuestión de inconstitucionalidad. 8. Contenido del auto en el que se plantee la cuestión de inconstitucionalidad. 9. Efectos suspensivos de la cuestión de inconstitucionalidad sobre el proceso en cuyo seno se promueve. Exclusión de efectos suspensivos de la general aplicación de la norma cuestionada. 10. Admisión o inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad. 11. Posibilidad de nuevo planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad tras haber sido rechazada en trámite de admisión. 12. Publicidad de la admisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad. 13. Conocimiento de la cuestión de inconstitucionalidad por el Pleno o por una Sala. 14. Personaciones admisibles en el proceso constitucional. 15. Normas reguladoras del procedimiento a seguir para la tramitación de las cuestiones de inconstitucionalidad. 16. Presentación de alegaciones. 17. Extremos sobre los que puede proyectarse el enjuiciamiento del Tribunal Constitucional. 18. Cánones de constitucionalidad. 19. Sentencia del Tribunal Constitucional.

GUILLERMO JIMÉNEZ SÁNCHEZ

VICEPRESIDENTE EMÉRITO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
CATEDRÁTICO DE DERECHO MERCANTIL
UNIVERSIDAD DE SEVILLA

I. LA SUMISIÓN DE LAS LEYES A LA CONSTITUCIÓN

1. La Constitución, norma suprema del ordenamiento jurídico

En el largo proceso de la afirmación del constitucionalismo, no como simple aspiración a la vertebración institucional de los poderes del Estado, sino como consagración, junto a esta, de un conjunto de principios y valores proclamados en la Norma cuya **supremacía** solemnemente establece su fórmula de promulgación (que *manda* «a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta Constitución como norma fundamental del Estado», posición jerárquica respecto de **las normas que le resultan infraordenadas que hace que estas carezcan de validez si la contravienen** —Declaración del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 4—), han supuesto hitos decisivos la afirmación de la **eficacia directa de la Constitución** y el establecimiento de **sistemas de control para verificar la adecuación a ella de todo el resto del ordenamiento jurídico**.

2. El control de la constitucionalidad de las leyes

Ahora bien, la institucionalización de estos sistemas de control viene acompañada por la regla basilar de la **presunción de la constitucionalidad de las leyes** y disposiciones promulgadas por los poderes públicos. Solo a los órganos jurisdiccionales está atribuida la potestad de declarar que unas y otras resultan *contrarias* a la Constitución. **A los Jueces y Tribunales que integran el Poder Judicial corresponde conocer de la corrección constitucional de las disposiciones y normas de rango infralegal**, de la de los reales decretos legislativos, cuando excedan los límites de la delegación, y de la de las leyes preconstitucionales, valorando si estas últimas resul-

tan o no afectadas por la disposición derogatoria de la Constitución (arts. 106.1 CE, 8 LOPJ y 1.1 LRJCA); **al Tribunal Constitucional de la de las leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de ley** promulgados tras la entrada en vigor de la Constitución [arts. 161.1.a) y 163 CE y 2.a) LOTC] y, en concurrencia con los órganos de la jurisdicción ordinaria, de la de las leyes *preconstitucionales* y de la de los decretos legislativos (*vid.*, *infra*, II.2).

3. La colaboración entre los órganos de la jurisdicción ordinaria y el Tribunal Constitucional en el control de la constitucionalidad de las leyes

Pero la atribución al Tribunal Constitucional de la competencia exclusiva para declarar la conformidad o la oposición a la Norma Suprema de las leyes aprobadas por los legisladores democráticos (Cortes Generales o Parlamentos Autonómicos) no excluye, sino que, en una vertiente esencial del complejo sistema establecido para la depuración del ordenamiento jurídico, requiere la **colaboración de los órganos de la jurisdicción ordinaria**.

En efecto, si bien **los Jueces y Tribunales que integran el Poder Judicial están sometidos al imperio de la ley** (art. 117.1, *in fine*, CE), esta sumisión no resulta configurada como una subordinación ciega o acrítica. El Juez o el Magistrado no es simplemente *la boca por la que habla la ley*; también es la figura a la que corresponde el análisis racional de ella, su interpretación y, de conformidad con el propio recto criterio, su valoración crítica, si bien tal valoración en ningún caso puede traducirse en **la declaración de inconstitucionalidad de una norma legal, que solo compete efectuar, en su caso, al Tribunal Constitucional** [SSTC 17/1981, de 1 de junio, FJ 1, 73/2000, de 14 de marzo, FF. JJ. 4 y 16, 104/2000, de 13 de abril, FF. JJ. 3 y 8, 120/2000, de 10 de mayo, FJ 3, 173/2002, de 9

de octubre, FJ 9, 58/2004, de 19 de abril, FJ 8, 78/2010, de 20 de octubre, FJ 2.a), 66/2011, de 16 de mayo, FJ 6, 37/2012, de 19 de marzo, FJ 2, 187/2012, de 29 de octubre, FJ 8, y 195/2015, de 21 de septiembre, FJ 6 y voto particular], cuyo pronunciamiento al efecto, cuando no sea factible llegar a una interpretación constitucional de la ley (que están obligados a intentar conseguir con la orientación de la doctrina resultante de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos —art. 5, aps. 1 y 3, LOPJ; SSTC 19/1982, de 5 de mayo, FJ 7, y 192/2003, de 27 de octubre, FJ 3—), pueden y deben instar a través del **planteamiento de la oportuna cuestión de inconstitucionalidad** (art. 5.2 LOPJ).

De ello resulta que «la depuración continua del ordenamiento desde el punto de vista de la constitucionalidad de las leyes [...] es [...] resultado de una **colaboración necesaria entre los órganos del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional**, y solo esta colaboración puede asegurar que esta labor depuradora sea eficaz y opere de manera dinámica y no puramente estática, ya que solo por esta vía [...] cabe tomar en consideración el efecto que la cambiante realidad social opera sobre el contenido de las normas» (STC 17/1981, de 1 de junio, FJ 1; AATC 367/2003, de 13 de noviembre, FJ 4, y 403/2006, de 8 de noviembre, FJ 2).

II. LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

1. Función institucional de la cuestión de inconstitucionalidad

Como desde sus primeros pronunciamientos ha precisado el Tribunal Constitucional, con un entendimiento constantemente mantenido de la función atribuida a la cuestión de inconstitucionalidad, esta no ha sido instituida para abrir la posibilidad de impugnar de modo directo y con carácter abstracto la constitucionalidad y, consecuentemente, la

validez de las leyes (SSTC 17/1981, de 1 de junio, FJ 1, 166/2007, de 4 de julio, FJ 7, 96/2008, de 24 de julio, FJ 2, y 55/2010, de 4 de octubre, FJ 2); su función propia y específica es la de poner a disposición de los órganos judiciales un instrumento de **control concreto de constitucionalidad** (si bien el pronunciamiento a que dé lugar producirá efectos *erga omnes* —*vid.*, *infra*, II.19—, al igual que el recaído en un recurso de inconstitucionalidad —STC 161/1997, de 2 de octubre, FJ 2—) que les permita conciliar su **doble obligación de actuar sometidos al imperio de la ley y de guardar y hacer guardar la Constitución** como norma fundamental del Estado (SSTC 17/1981, de 17 de junio, FJ 1, 111/1983, de 2 de diciembre, FJ 2, 332/1993, de 12 de noviembre, FJ 3, 161/1997, de 2 de octubre, FJ 2, 64/2003, de 27 de marzo, FJ 5, 254/2004, de 22 de diciembre, FJ 2, y 224/2006, de 6 de julio, FJ 5). En tal sentido **el objeto de la cuestión ha de ser siempre una duda sobre la constitucionalidad de un precepto legal** [bien en función del *contenido material* de este, bien en atención a sus posibles *vicios formales* o *defectos de rango* —STC 67/1985, de 24 de mayo, FJ 1. B)—], **no sobre su interpretación, alcance o aplicación** [SSTC 157/1990, de 18 de octubre, FJ 2, 114/1994, de 14 de abril, FJ 2.b), 126/1997, de 3 de julio, FF. JJ. 2 y 4. B), 224/2006, de 6 de julio, FJ 5, 37/2012, de 19 de marzo, FF. JJ. 2 y 12, 171/2012, de 4 de octubre, FJ 3, y 40/2014, de 11 de marzo, FJ 2; AATC 62/1997, de 26 de febrero, FJ 2, 124/2009, de 28 de abril, FJ 3, 255/2013, de 5 de noviembre, FJ 4, 23/2014, de 28 de enero, FJ 2, y 113/2017, de 18 de julio, FJ 3], **excepto** cuando el órgano judicial proponente considere preciso abrir la vía **para que una interpretación conforme o secundum Constitutionem del Tribunal Constitucional salve la duda de constitucionalidad que le suscita el tenor literal de la norma aplicable** en el proceso seguido ante él [SSTC 105/1988, de 8 de junio, FJ 1, 222/1992, de 11 de diciembre, FJ 2.b), y 185/2014, de 6 de noviembre, FJ 2.c)].

2. Normas frente a las que puede plantearse una cuestión de inconstitucionalidad

Las cuestiones de inconstitucionalidad pueden plantearse (arts. 163 CE y 27.2 y 28.2 LOTC) **frente a normas con rango de ley** (en rigor el objeto del proceso constitucional ha de ser «el texto legal a través del cual se manifiesta el mandato normativo» —STC 332/1993, de 12 de noviembre, FJ 3—). En concepto de tales cabe referirlas a:

— los Estatutos de Autonomía y las demás leyes orgánicas u ordinarias aprobadas por las Cortes Generales, así como a las leyes aprobadas por los Parlamentos autonómicos;

— los decretos-leyes dictados por el Gobierno de la Nación o por los Consejos de Gobierno autonómicos facultados al efecto por los correspondientes Estatutos de Autonomía;

— los decretos legislativos (STC 166/2007, de 4 de julio, FJ 2);

— cualesquiera otras disposiciones normativas o actos con fuerza de ley (SSTC 139/1988, de 8 de julio, FF. JJ. 2 y 3, y 83/2016, de 28 de abril, FJ 11);

— los reglamentos de las Cortes Generales o de los Parlamentos autonómicos (así como las disposiciones normativas con vocación de insertarse en la reglamentación parlamentaria —STC 118/1988, de 20 de junio, FF. JJ. 3 y 4—);

— y los tratados internacionales (STC 38/2007, de 15 de febrero, FJ 3).

También corresponde al Tribunal Constitucional con carácter exclusivo [disposición adicional 5.^ª1 LOTC y arts. 9.4 LOPJ y 3.d) Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa], **aun cuando estas normas carecen del rango formal de ley, la declaración de inconstitucionalidad de las Normas Forales fiscales de los Territorios de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya dic-**

tadas en el ejercicio de sus competencias exclusivas, garantizadas por la disposición adicional primera de la Constitución y reconocidas en el art. 41.2.a) del Estatuto de Autonomía para el País Vasco, al haberse sustraído por la LO 1/2010, de 19 de febrero, a los Jueces y Tribunales ordinarios la competencia para enjuiciar su incompatibilidad con el bloque de la constitucionalidad [SSTC 222/2015, de 2 de noviembre, FJ 2, 239/2015, de 30 de noviembre, FJ 2, 240/2015, de 2 de noviembre, FJ 2, 262/2015, de 14 de diciembre, FJ 2, 263/2015, de 14 de diciembre, FJ 2, 3/2016, de 18 de enero, FJ 5.a), y 118/2016, de 23 de junio, FF. JJ. 2 y 3; AATC 115/2017, de 18 de julio, FJ 2, y 150/2017, de 14 de noviembre, FF. JJ. 4 y 5].

Cabe el **planteamiento de cuestiones respecto de normas legales derogadas o modificadas cuando sean aplicables para la resolución del proceso en el que se plante la duda de su constitucionalidad** [*vid.*, *infra*, II.19 —SSTC 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 3, 63/2003, de 27 de marzo, FJ 3, 37/2004, de 11 de marzo, FJ 1, 178/2004, de 21 de octubre, FJ 5, 253/2004, de 22 de diciembre, FJ 4, 10/2005, de 20 de enero, FJ 2, 102/2005, de 18 de abril, FJ 2, 121/2005, de 10 de mayo, FJ 3, 139/2005, de 26 de mayo, FJ 2, 179/2006, de 13 de junio, FJ 3, 38/2007, de 15 de febrero, FJ 2, 166/2007, de 4 de julio, FJ 4, 81/2009, de 23 de marzo, FJ 2, 116/2009, de 18 de mayo, FJ 2, 128/2009, de 1 de junio, FJ 2, 22/2010, de 27 de abril, FJ 2, 151/2011, de 29 de septiembre, FJ 4, 171/2012, de 4 de octubre, FJ 3, 18/2014, de 30 de enero, FJ 2, 35/2016, de 3 de marzo, FJ 2, 167/2016, de 6 de octubre, FJ 2.a), 174/2016, de 17 de octubre, FJ 2.a), 181/2016, de 20 de octubre, FJ 2.a), 187/2016, de 14 de noviembre, FJ 2.a), 188/2016, de 14 de noviembre, FJ 2.a), y 197/2016, de 28 de noviembre, FJ 2.a)—].

La inconstitucionalidad sobrevinida de las normas legales autonómicas a consecuencia de la modificación de la normativa estatal básica o, cuando fuera el caso, de obligado acatamiento por las Comuni-

dades Autónomas no puede ser declarada por los Jueces y Tribunales de la jurisdicción ordinaria, quienes de apreciarla habrán de promover una cuestión de inconstitucionalidad (SSTC 102/2016, de 25 de mayo, FJ 2, 116/2016, de 20 de junio, FJ 2, 127/2016, de 7 de julio, FF. JJ. 1 y 2, y 204/2016, de 1 de diciembre, FJ 2).

El control de la conformidad con la Constitución de las leyes promulgadas antes de su entrada en vigor y de los decretos legislativos puede realizarse tanto por los órganos de la jurisdicción ordinaria (estos, en lo que se refiere a los decretos legislativos, solo proyectan su enjuiciamiento sobre el exceso en los límites de la delegación) como por el Tribunal Constitucional (SSTC 4/1981, de 2 de febrero, FJ 1, 10/1983, de 21 de febrero, FJ 5, 83/1984, de 24 de julio, FJ 2, 105/1988, de 8 de junio, FJ 1, 126/1997, de 3 de julio, FJ 4, 159/2001, de 5 de julio, FJ 1, 10/2002, de 17 de enero, FJ 2, y 224/2006, de 6 de julio, FJ 2), si bien las consecuencias de su eventual declaración de inconstitucionalidad son muy distintas en uno y otro caso, produciéndose con efectos *erga omnes* solo en el segundo (*vid., infra*, II.19).

No son planteables cuestiones de inconstitucionalidad frente a los reglamentos (SSTC 67/1985, de 24 de mayo, FJ 4, y 189/1999, de 25 de octubre, FJ 9; AATC 343/1991, de 12 de noviembre, FJ único, 302/1994, de 8 de noviembre, FJ 3, y 115/2017, de 18 de julio, FJ 2), **salvo los parlamentarios** (STC 101/2008, de 24 de julio, FJ 2), **ni, en general, respecto a las disposiciones de rango infralegal**, si bien pueden proponerse las correspondientes cuestiones de inconstitucionalidad cuando la identificación de las normas reglamentarias con las legales sea tal que no permita la inaplicación de aquellas sin dejar de aplicar estas, bien porque el reglamento reproduzca textualmente la ley, bien porque la ley asuma el contenido del reglamento, dotándolo de la fuerza pasiva propia de la ley [SSTC 76/1990, de 26 de

abril, FJ 1, 183/1992, de 16 de noviembre, FJ 2, 337/1994, de 23 de diciembre, FJ 4, 255/2004, de 22 de diciembre, FJ 2, y 9/2016, de 21 de enero, FJ 2.b); AATC 302/1994, de 8 de noviembre, FJ 4, y 54/2006, de 15 de febrero, FJ 2].

3. Procesos en cuyo seno cabe plantear cuestiones de inconstitucionalidad

El planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad ha de surgir de la consideración por un órgano judicial de la **posible contradicción a la Constitución de una norma con rango de ley en un proceso**. Este último extremo ha sido entendido por la doctrina del Tribunal Constitucional en el sentido de «en el curso de actuaciones judiciales (o del propio Tribunal Constitucional) decisorias de contenido jurisdiccional».

Así se ha admitido la promoción de cuestiones de inconstitucionalidad en el curso de **expedientes de jurisdicción voluntaria** (STC 129/1999, de 1 de julio, FJ 1; ATC 261/1998, de 24 de noviembre), en **procedimientos para corrección o protección de menores** (SSTC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 2, y 60/1995, de 17 de marzo), en **pieza de responsabilidad civil derivada de la incoación de expedientes a menores a efectos de depurar su eventual responsabilidad penal** (ATC 275/2005, de 22 de junio, FJ 5), en **diligencias para la autorización judicial de entradas en domicilios a efectos de la ejecución de actos administrativos** (STC 76/1992, de 14 de mayo, FJ 2) y en **incidentes promovidos ante la jurisdicción contencioso-administrativa para decidir sobre las cuestiones que se planteen en la ejecución de las sentencias pronunciadas en ella** [SSTC 50/2015, de 5 de marzo, FJ 2.a), y 231/2015, de 5 de noviembre, FF. JJ. 2 y 13].

Se ha excluido, por el contrario, la posibilidad de plantear cuestiones de inconstitucionalidad

dad con ocasión del **desarrollo por los órganos judiciales de funciones de carácter gubernativo** (específicamente, la **imposición de multa por incomparecencia tras la oportuna citación para seleccionar un Tribunal del Jurado** —ATC 140/1997, de 8 de mayo, FJ único—), o en el **ejercicio de las funciones que corresponden desempeñar a los Jueces como encargados del Registro Civil** (AATC 505/2005, de 13 de diciembre, FJ 3, 508/2005, de 13 de diciembre, FF. JJ. 3 y 5 a 8, 54/2006, de 15 de febrero, FJ 3, y 59/2006, de 15 de febrero, FF. JJ. 3 y 5 a 8).

Se han considerado admisibles los **cuestionamientos de normas legales** en el caso de que, aun **cuando las** directamente tomadas en consideración en los procesos judiciales de los que traigan causa no sean ellas sino **disposiciones de rango reglamentario, la constitucionalidad** de estas últimas **dependa de la de las primeras** (SSTC 76/1990, de 26 de abril, FJ 1, 183/1992, de 16 de noviembre, FJ 2, 337/1994, de 23 de diciembre, FJ 4, y 148/2006, de 11 de mayo, FJ 1).

4. Legitimación para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad

Solamente los órganos jurisdiccionales integrantes del Poder Judicial y el propio Tribunal Constitucional pueden plantear cuestiones de inconstitucionalidad. Ninguna otra institución o persona, aunque se encuentre investida de la facultad de resolver controversias jurídicas, tiene esa facultad (el ATC 259/1993, de 20 de julio, FJ 1, la excluye expresamente en el caso de los árbitros), **residenciada en el órgano competente para dictar la resolución definitiva del proceso en el curso del cual se suscite la duda sobre la constitucionalidad de la norma cuestionada** [arts. 29.1.b) y 35.1 LOTC]. No tiene tal carácter la reunión, de conformidad con lo prevenido al efecto en el art. 264.1 LOPJ, de los Magistrados integrantes de las diversas Secciones de

una misma Sala «para la unificación de criterios y la coordinación de prácticas procesales» (STC 96/2001, de 5 de abril, FJ 3; AATC 217/2001, de 17 de julio, FF. JJ. 1 y 2, y 221/2001, de 18 de julio, FF. JJ. 2 y 3), ni, cuando la sustanciación y resolución del asunto son de competencia de una Sección, la Audiencia o el Pleno del Tribunal, salvo que acuerden la avocación del proceso.

Las partes pueden interesar el planteamiento de la cuestión al órgano judicial; pero es prerrogativa exclusiva e irrevisable de este la de elevarla o no al Tribunal Constitucional [SSTC 148/1986, de 25 de noviembre, FJ 3, 23/1988, de 22 de febrero, FJ 1, 67/1988, de 18 de abril, FJ 7, 159/1997, de 2 de octubre, FJ 5, 119/1998, de 4 de junio, FJ 6, 137/1998, de 29 de junio, FJ 3, 35/2002, de 11 de febrero, FJ 3, 173/2002, de 9 de octubre, FJ 5, 15/2004, de 23 de febrero, FJ 3, 149/2004, de 20 de septiembre, FJ 2, y 3/2016, de 18 de enero, FJ 5.c)], pues solo su duda sobre la conformidad con la Constitución de la norma es la que ha de resolver el intérprete último de la *Ley de leyes*.

El Tribunal Constitucional, como ya se ha indicado, puede autoplantearse la cuestión de inconstitucionalidad:

— En caso de que una de sus Salas o Secciones la eleve al Pleno por entender que un recurso de amparo debería ser estimado al resultar apreciable en el caso una lesión de derechos fundamentales o de libertades públicas (STC 58/2016, de 17 de marzo, FF. JJ. 1 y 4; ATC 163/2013, de 9 de septiembre, FJ 2) imputable a la norma legal cuestionada (art. 55.2 LOTC).

— Y (art. 75 quinquies.6 LOTC) cuando así lo acuerde el Pleno, tras resolver un conflicto en defensa de la autonomía local, para, en su caso, pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de la ley que haya dado lugar al planteamiento de un proceso en el cual, según resulta de su normativa específica, no puede dictarse una resolución con los efectos propios de los fallos de los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad.

5. Momento procesal procedente para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad

A) *Por los órganos de la jurisdicción ordinaria*

Conforme establece el art. 35.2 (en la redacción dada por la LO 6/2007, de 24 de mayo, que consagró expresamente en la letra de la Ley el criterio constantemente mantenido al respecto por la doctrina constitucional desde la temprana STC 76/1982, de 14 de diciembre, FJ 1), las cuestiones han de plantearse por los Jueces o Tribunales integrantes del Poder Judicial, **una vez concluidos los procedimientos en que se suscitan las dudas de constitucionalidad, dentro del plazo para dictar los correspondientes fallos en sentencias o en las resoluciones procedentes** (SSTC 76/1982, de 14 de diciembre, FJ 1, 54/1983, de 21 de junio, FJ 2, 55/1990, de 28 de marzo, FJ 1, y 186/1990, FJ 2), **pero no tras haberlos pronunciado** en forma de sentencias, a través de resoluciones jurisdiccionales de otro género, **o haber ya aplicado a algunos efectos en dichos procedimientos las normas cuestionadas** (AATC 361/2004, de 21 de septiembre, FJ 4, 134/2006, de 4 de abril, FJ 2, 467/2007, de 17 de diciembre, FJ 1, 184/2009, de 15 de junio, FF. JJ. 1 y 2, 109/2012, de 22 de mayo, FJ 4, 127/2012, de 19 de junio, FF. JJ. 2 y 3, 220/2012, de 27 de noviembre, FJ 3, 277/2013, de 3 de diciembre, FJ 3, 42/2016, de 16 de febrero, FJ 4, 168/2016, de 4 de octubre, FJ 2, y 198/2016, de 29 de noviembre, FJ 3), **salvo que sigan resultando relevantes en ellos a efectos diversos de los resueltos** (ATC 35/2013, de 12 de febrero, FJ 3).

Adoptando una interpretación finalista de la regulación establecida al respecto en la LOTC, se ha entendido también que resulta admisible el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, **con anterioridad a la conclusión del procedimiento en el que se promueve, cuando la continuación de este no podría aportar ningún elemento**

adicional de juicio sobre la aplicabilidad de la norma legal cuestionada, ni respecto de su incidencia determinante sobre el sentido del fallo a dictar, ni en relación a su conformidad o a su oposición a la Constitución, así como en caso de que la aplicación de la norma hubiera de producir efectos anticipados e irreversibles en el proceso en curso [SSTC 8/1982, de 4 de marzo, FJ 1, 54/1983, de 21 de junio, FF. JJ. 2 y 3, 25/1984, de 23 de febrero, FJ 2, 19/1988, de 16 de febrero, FJ 1, 186/1990, de 15 de noviembre, FJ 2, 76/1992, de 14 de mayo, FJ 2.a), 110/1993, de 25 de marzo, FJ 2, y 234/1997, de 18 de diciembre, FJ 2. B); AATC 121/1990, de 13 de marzo, FF. JJ. 1 y 2, 47/1994, de 8 de febrero, FJ 1, 203/1998, de 29 de septiembre, FF. JJ. 1 y 2, 236/1998, de 10 de noviembre, FF. JJ. 1 y 2, 24/2000, de 18 de enero, FJ 1, 238/2002, de 26 de noviembre, FJ 4, 421/2003, de 16 de diciembre, FJ 2, 103/2004, de 13 de abril, FJ 2, 17/2007, de 16 de enero, FJ 2, 13/2008, de 16 de enero, FJ 2, 220/2012, de 27 de noviembre, FJ 3, 35/2013, de 12 de febrero, FJ 3, 155/2013, de 9 de julio, FJ 2, 100/2017, de 4 de julio, FJ 2.b), 108/2017, de 18 de julio, FJ 2.b), 112/2017, de 18 de julio, FJ 2.b), y 27/2018, de 2 de marzo, FJ 2], **o dentro de incidentes ordenados a la adopción de medidas cautelares** (ATC 17/2007, de 16 de enero, FJ 2); **pero sin que esta flexibilidad dispense de un mínimo cumplimiento de los requisitos procesales legalmente requeridos** (ATC 55/2010, de 19 de mayo, FJ 2).

Se ha considerado que cabe el planteamiento de la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad **en una sentencia que condenó por diversos delitos respecto de la norma que permitiría condenar por otros**, suspendiendo el Tribunal cuestionante el plazo para dictar sentencia respecto de estos últimos [STC 234/1997, de 18 de diciembre, FJ 2. A)].

En sucesivas instancias o grados de los procesos seguidos ante la jurisdicción ordinaria, en tanto no se hayan dictado en estos procesos sentencias firmes, **podrán plantearlas**

otros Jueces o Tribunales distintos de los que hubieran resuelto no proponer cuestiones de inconstitucionalidad (art. 35.2, *in fine*, LOTC).

B) *Por el Tribunal Constitucional*

Las Salas o las Secciones del Tribunal elevarán al Pleno (arts. 55.2 y 35.2 LOTC) las *autocuestiones* que se les propongan **en el curso de la tramitación de recursos de amparo una vez concluida esta y antes de dictar el correspondiente fallo**.

Cuando la *autocuestión* se suscite respecto de una ley que haya dado lugar al planteamiento de un **conflicto en defensa de la autonomía local**, se propondrá por el Pleno **tras haber pronunciado la sentencia declaratoria de la vulneración de la autonomía local** (art. 75 quinquies.6 LOTC).

6. Trámites previos al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad

Antes de adoptar su resolución definitiva al respecto, para formar un criterio que puede variar significativamente en el curso del proceso tramitado ante él [STC 222/1992, de 11 de diciembre, FJ 2.a)], el Juez o Tribunal ha de abrir trámite de **audiencia a las partes** [STC 55/2017, de 11 de mayo, FJ 2.a); AATC 85/21013, de 23 de abril, FJ 2.a), y 137/2015, de 21 de julio, FJ 3] y **al Ministerio Público sobre la pertinencia del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad y sobre el fondo de ella** (art. 35.2 LOTC), exigencia que no se satisface por el hecho de haber sido oídos el Fiscal y las partes en el acto del juicio [ATC 108/1993, de 30 de marzo, FJ 2.b)]. Al efecto **ha de indicarse en la resolución correspondiente cuál es la norma que suscita la duda de constitucionalidad y cuál el precepto de la Constitución con el que resultaría enfrentada, si bien el cumplimiento de estas exigencias se**

satisface haciendo posible a los llamados a evacuar el trámite situar en sus exactos términos la duda de inconstitucionalidad suscitada [SSTC 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 4, 42/1990, de 15 de marzo, FJ 1, 114/1994, de 14 de abril, FJ 2. C), 11/1999, de 11 de febrero, FJ 1, 120/2000, de 10 de mayo, FJ 2, 59/2008, de 14 de mayo, FJ 2, 166/2007, de 4 de julio, FJ 6, 121/2010, de 29 de noviembre, FJ 4, 50/2011, de 14 de abril, FJ 2, 202/2011, de 13 de diciembre, FJ 3, 183/2013, de 23 de octubre, FJ 2, 185/2014, de 6 de noviembre, FJ 2.a), 4/2015, de 19 de enero, FJ 2, y 50/2015, de 5 de marzo, FJ 2.b)], lo que no puede resultar de la simple remisión a los escritos de parte (AATC 152/2000, de 13 de junio, FJ 3, 156/2000, de 13 de junio, FJ 3, 65/2001, de 27 de marzo, FJ 4, 199/2001, de 4 de julio, FJ único, 2/2003, de 14 de enero, FJ 2, 29/2003, de 28 de enero, FJ único, y 197/2016, de 29 de noviembre, FF. JJ. 4 y 5) sin otra precisión que permita una correcta evacuación del trámite de alegaciones (ATC 367/2003, de 13 de noviembre, FF. JJ. 2 y 3).

La trascendencia de esta audiencia ha sido resaltada por el Tribunal Constitucional poniendo de relieve su **doble objetivo**: de un lado, **permitir la presentación de alegaciones, en defensa de los intereses públicos y privados puestos en juego**, ante la eventualidad de la adopción de una decisión de tanta entidad como la posiblemente conducente a la apertura de un proceso constitucional de cuya conclusión dependería la suerte del proceso que diera lugar a su planteamiento y que, en todo caso, produciría efectos suspensivos sobre el fallo final de este; de otro, **facilitar al órgano judicial argumentos o reflexiones que puedan ayudarle a formar definitivo criterio sobre la decisión a adoptar. De ello se ha concluido** (*vid.*, *infra*, II.10) **que la omisión o el defectuoso planteamiento de la audiencia supondría un defecto en la proposición de la cuestión que la haría inadmisibles, o al menos inadmisibles sobre los extremos respecto de los cuales tal defecto sea apreciable** [SSTC 166/1986,

de 19 de diciembre, FJ 4, 126/1997, de 3 de julio, FJ 4. A), 73/2000, de 14 de marzo, FJ 2, 120/2000, de 10 de mayo, FJ 2, 224/2006, de 6 de julio, FJ 4, 312/2006, de 8 de noviembre, FJ 2, 166/2007, de 4 de julio, FJ 6, 59/2008, de 14 de mayo, FJ 2, 96/2008, de 24 de julio, FJ 2, 139/2008, de 28 de octubre, FJ 2, 140/2008, de 28 de octubre, FJ 2, 154/2009, de 25 de junio, FJ 2, 60/2010, de 7 de octubre, FJ 2, 80/2010, de 26 de octubre, FJ 2.a), 82/2010, de 3 de noviembre, FJ 2, 86/2010, de 3 de noviembre, FJ 2, 50/2011, de 14 de abril, FJ 2, 28/2012, de 1 de marzo, FJ 2, 146/2012, de 5 de julio, FJ 2, 222/2012, de 27 de noviembre, FF. JJ. 3 a 5, 61/2013, de 14 de marzo, FJ 2, 145/2013, de 11 de julio, FJ 3.d), 149/2014, de 22 de septiembre, FJ 2, 134/2016, de 18 de julio, FJ 2.a), 49/2017, de 8 de mayo, FJ 2.b), y 55/2017, de 11 de mayo, FJ 2.b); AATC, 121/1998, de 21 de mayo, FJ 3, 202/2007, de 27 de marzo, FF. JJ. 2 y 3, 184/2008, de 24 de junio, FJ único, 302/2008, de 7 de octubre, FJ único, 389/2008, de 17 de diciembre, FJ 2, 33/2009, de 27 de enero, FJ 2, 124/2009, de 28 de abril, FJ 2, 54/2010, de 19 de mayo, FJ 2, 56/2011, de 18 de mayo, FJ 2, 85/2011, de 7 de junio, FJ 2, 104/2011, de 5 de julio, FJ 2, 184/2011, de 20 de diciembre, FJ 2, 39/2012, de 28 de febrero, FJ 2, 128/2012, de 19 de junio, FJ 2, 220/2012, de 27 de noviembre, FF. JJ. 4 y 5, 246/2012, de 20 de diciembre, FJ 2, 35/2013, de 12 de febrero, FJ 4, 57/2014, de 25 de febrero, FF. JJ. 2 y 3, 116/2014, de 8 de abril, FJ 3, 177/2014, de 24 de junio, FJ 2, 206/2014, de 22 de julio, FJ 2, 184/2015, de 3 de noviembre, FJ 2.a), 35/2016, de 16 de febrero, FJ 2, 36/2016, de 16 de febrero, FJ 2, 42/2016, de 16 de febrero, FJ 3, 73/2016, de 12 de abril, FJ 2, 104/2016, de 10 de mayo, FJ 2, 142/2016, de 19 de julio, FJ 2, 187/2016, de 15 de noviembre, FJ 2, 6/2017, de 18 de enero, FJ 2, 100/2017, de 4 de julio, FJ 3, 108/2017, de 18 de julio, FJ 3, 12/2017, de 18 de julio, FJ 3, 115/2017, de 18 de julio, FJ 3, 169/2017, de 13 de diciembre, FJ 3, 14/2018, de 8 de febrero, FJ 4.a), y 27/2018, de 2 de marzo, FJ 3).

La presentación de las alegaciones del Fiscal y de las partes ha de efectuarse

en el plazo común e improrrogable de diez días; transcurrido dicho plazo, el órgano judicial resolverá en el plazo de tres días (art. 35.2 LOTC).

7. Elevación al Tribunal Constitucional de la cuestión de inconstitucionalidad

La decisión final sobre el planteamiento o no planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad **ha de adoptarse en auto**, contra el que no resulta admisible recurso de ninguna clase (art. 35.2 LOTC) y al que, en caso de plantear la cuestión, **se acompañará** al elevarlo al Tribunal Constitucional **testimonio de los autos del proceso en el cual se ha suscitado la duda de constitucionalidad y de las alegaciones efectuadas por las partes del mismo y por el Ministerio Público** (art. 36 LOTC). Ello facilitará la verificación de los requisitos exigidos para la apertura del proceso por el Tribunal Constitucional y pondrá en conocimiento de este razonamientos que pueden coadyuvar a su enjuiciamiento. Dado que la finalidad indicada resulta cumplida si una cuestión inicialmente inadmitida por defectos formales en su planteamiento se reproduce una vez subsanados, no es necesario acompañar al nuevo auto de proposición el testimonio de las actuaciones que ya constan ante el Tribunal (STC 116/1987, de 9 de julio, Antecedentes 6 y 7).

No hacen inadmisibles la cuestión las meras irregularidades formales en la remisión del testimonio (STC 141/1988, de 12 de julio, FJ 2), si bien este debe en principio ser completo (no se cumple esta exigencia con la remisión del acta manuscrita del juicio oral celebrado en el procedimiento del que trae causa la cuestión —ATC 140/1996, de 29 de mayo, FJ único—) y, para salvar las omisiones de que pueda adolecer, cabe requerir, de oficio o a solicitud del Fiscal, que se integren (STC 221/1992, de 11 de diciembre, Antecedentes 6 y 12 y FJ 1; ATC 41/1983, de 18 de mayo, Antecedente 4).

La no remisión del testimonio (ATC 726/1985, de 17 de octubre, FJ único) o, en su caso, **la no subsanación de la remisión** en los extremos indicados por el Tribunal (ATC 807/1987, de 25 de junio, FJ único) **acarrea la consecuencia de la inadmisibilidad de la cuestión** (*vid., infra*, II.10).

8. Contenido del auto en el que se plantee la cuestión de inconstitucionalidad

El auto en que se eleve la cuestión al Tribunal Constitucional (art. 35.2 LOTC) debe **concretar cuál es la ley o la norma con fuerza de ley de cuya conformidad con la Constitución se duda así como el precepto constitucional al que se opondría, precisar su aplicabilidad en el proceso cuya tramitación da lugar al planteamiento de la cuestión y justificar la relevancia de la constitucionalidad y consiguiente validez de la norma cuestionada sobre el fallo a pronunciar en dicho proceso**, menciones que solo excepcionalmente pueden considerarse integradas por remisión o referencia [SSTC 140/2008, de 28 de octubre, FJ 2, y 134/2016, de 18 de julio, FJ 2.a); AATC 93/1999, de 13 de abril, FJ 2, 199/2001, de 4 de julio, FJ 2, 72/2002, de 23 de abril, FJ 2, 238/2002, de 26 de noviembre, FJ 2, 2/2003, de 14 de enero, FJ 2, 367/2003, de 13 de noviembre, FJ 2, 95/2004, de 23 de marzo, FJ 4, y 41/2014, de 11 de febrero, FJ 2].

La duda de constitucionalidad ha de ser razonada o apoyada en una argumentación suficiente [SSTC 176/1993, de 27 de mayo, FJ 1, 340/1993, de 16 de noviembre, FJ 4. A), 245/2004, de 16 de diciembre, FJ 3, 149/2006, de 11 de mayo, FJ 5, y 134/2016, de 18 de julio, FJ 2.a); AATC 188/2009, de 23 de junio, FJ 4, 247/2012, de 18 de diciembre, FJ 6, 59/2013, de 26 de febrero, FJ 3, 255/2013, de 5 de noviembre, FF. JJ. 3 y 5, 23/2014, de 28 de enero, FJ 2, 206/2014, de 22 de julio, FJ 4, 87/2016, de 28 de abril, FJ 2, 88/2016, de 26 de abril, FJ 2, 100/2017, de 4 de julio, FJ 5,

108/2017, de 18 de julio, FJ 5, y 112/2017, de 18 de julio, FJ 5] **asumida como propia por el Juez o Tribunal que la propone**, no siendo admisible la mera remisión a la existencia de dudas de constitucionalidad en las partes o en el Ministerio Público (SSTC 17/1981, de 1 de junio, FJ 1, y 126/1987, de 16 de julio, FJ 3; ATC 158/1993, de 25 de mayo, FJ único), si bien se ha admitido que el órgano judicial fundamente el propio cuestionamiento mediante la remisión a las alegaciones realizadas por aquellas o por este en el trámite de audiencia [STC 301/1993, de 21 de octubre, FJ 1.b)].

Los términos del planteamiento de la cuestión han de coincidir (*vid., supra*, II.6) **en lo esencial con los de la audiencia concedida al Fiscal y a las partes** [SSTC 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 4, 126/1997, de 3 de julio, FJ 4. A), 120/2000, de 10 de mayo, FJ 2, 224/2006, de 6 de julio, FJ 4, 312/2006, de 8 de noviembre, FJ 2, y 166/2007, de 4 de julio, FJ 6; AATC 220/2012, de 27 de noviembre, FJ 5, 296/2013, de 17 de diciembre, FJ 2, y 57/2014, de 25 de febrero, FJ 3], lo que en principio veda incluir el cuestionamiento de preceptos distintos a aquellos sobre cuya posible inconstitucionalidad se consultó a las partes y al Ministerio Público [SSTC 21/1985, de 15 de febrero, FJ 2, 153/1986, de 4 de diciembre, FJ 1, 114/1994, de 14 de abril, FJ 2. C), y 138/2005, de 26 de mayo, FJ 2], **si bien el órgano judicial puede precisar, modificar o ampliar, en función de las observaciones recibidas (pero no ex novo, sin conexión alguna con estas), el parámetro de constitucionalidad planteado inicialmente al abrir el trámite de audiencia** [SSTC 67/1985, de 24 de mayo, FJ 1. A), 84/1993, de 8 de marzo, FJ 1. B), 138/2005, de 26 de mayo, FJ 2, y 139/2008, de 28 de octubre, FJ 4].

Especial trascendencia viene atribuida a la formulación de los juicios de aplicabilidad y de relevancia, lógicamente diferenciables (ATC 28/2002, de 26 de febrero, FJ 2), si bien la formulación del segundo lleva implícita la realización previa del primero (SSTC

64/2003, de 27 de marzo, FJ 5, y 18/2014, de 30 de enero, FJ 2), y cuya íntima conexión (AATC 360/2006, de 10 de octubre, FJ 2, y 57/2008, de 14 de febrero, FJ 2) ha llevado en algunos casos a su consideración conjunta [SSTC 156/2013, de 23 de septiembre, FJ 2, 183/2013, de 23 de octubre, FJ 2.b), y 72/2017, de 5 de junio, FJ 1.b); AATC 95/2004, de 23 de marzo, FJ 4, 172/2004, de 11 de mayo, FJ 6, 304/2004, de 20 de julio, FJ 3, 361/2004, de 21 de septiembre, FJ 2, 206/2005, de 10 de mayo, FF. JJ. 3 y 4, 155/2013, de 9 de julio, FJ 2, 162/2014, de 10 de junio, FF. JJ. 2 y 3, 75/2016, de 12 de abril, FJ 2, 186/2016, de 15 de noviembre, FJ 3, 197/2016, de 29 de noviembre, FJ 6, 100/2017, de 4 de julio, FJ 4, 108/2017, de 18 de julio, FJ 4, 112/2017, de 18 de julio, FJ 4, 113/2017, de 18 de julio, FJ 4, 169/2017, de 13 de diciembre, FJ 4, y 3/2018, de 23 de enero, FJ 4]. Para su formulación no basta la simple manifestación del Juez o el Tribunal proponente de que entiende que el fallo a pronunciar en el proceso judicial depende de la constitucionalidad de la ley cuestionada, sino que **resulta preciso desarrollar un correcto y válido esquema argumental** que sustente este criterio (SSTC 14/1981, de 29 de abril, FJ 1, 17/1981, de 1 de junio, FJ 1, 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 5, 42/1990, de 15 de marzo, FJ 2, 221/1992, de 11 de diciembre, FJ 1, 28/1997, de 13 de febrero, FJ 3, 10/2002, de 17 de enero, FJ 3, 64/2003, de 27 de marzo, FJ 7, 254/2004, de 22 de diciembre, FJ 2, 166/2007, de 4 de julio, 160/2011, de 19 de octubre, FJ 2, 84/2012, de 18 de abril, FJ 3, 100/2012, de 8 de mayo, FJ 2, 60/2013, de 13 de marzo, FJ 2, 18/2014, de 30 de enero, FJ 4, y 207/2014, de 15 de diciembre, FJ 2; AATC 24/2008, de 22 de enero, FJ 4, 188/2009, de 23 de junio, FJ 2, 189/2009, de 23 de junio, FJ 3, 39/2012, de 28 de febrero, FJ 5, 267/2013, de 19 de noviembre, FF. JJ. 4 y 5, 277/2013, de 3 de diciembre, FF. JJ. 2 y 3, 77/2016, de 12 de abril, FF. JJ. 3 y 4, 78/2016, de 12 de abril, FJ 2, y 86/2016, de 26 de abril, FF. JJ. 3 y 4). En caso de que la cuestión de inconstitucionalidad se suscite respecto de una norma legal con la que el Juez o el Tribunal proponente haya de resolver la legalidad de una disposición reglamen-

taria, el auto de planteamiento ha de hacer referencia expresa a la conexión existente entre aquella y esta [SSTC 76/1990, de 26 de abril, FJ 1, 183/1992, de 16 de noviembre, FJ 2, y 337/1994, de 23 de diciembre, FJ 4. A)].

Ahora bien, **la formulación del juicio de relevancia no se considera exigible en términos ritualistas o formularios**. Con declarada flexibilidad el Tribunal Constitucional ha entendido cumplido este requerimiento cuando, del conjunto de los razonamientos desarrollados en el auto que eleva la cuestión de inconstitucionalidad, cabe deducir la apreciación judicial de la relevancia de la norma cuestionada para la resolución del proceso *a quo* [SSTC 301/1993, de 21 de octubre, FJ 1.a), 38/1997, de 27 de febrero, FJ 1, 297/2006, de 11 de octubre, FJ 3, y 50/2011, de 14 de abril, FJ 3].

9. Efectos suspensivos de la cuestión de inconstitucionalidad sobre el proceso en cuyo seno se promueve. Exclusión de efectos suspensivos de la general aplicación de la norma cuestionada

El planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad (art. 35.3 LOTC) determina la suspensión provisional de las actuaciones del proceso judicial del que trae causa hasta que el Tribunal Constitucional resuelva sobre su admisión (AATC 272/1991, de 30 de septiembre, FJ 2, y 277/2013, de 3 de diciembre, FJ 3); si bien el órgano jurisdiccional proponente de la cuestión puede acordar la práctica de actos de instrucción y de ordenación del proceso desvinculados de la norma cuestionada y adoptar las medidas cautelares precisas para asegurar los resultados del juicio o los efectos de la futura sentencia que resuelva la cuestión, actuaciones que no constituyen causas de suspensión en cuanto no vienen contempladas como tales en la LOTC [AATC 313/1996, de 29 de octubre, FJ 2, 349/1997, de 28 de octubre, FJ 3, 201/2006, de 20 de junio, FJ 3, y 186/2009, de 16 de junio,

FJ 2.b)]. En todo caso ha de advertirse (*vid., supra*, I.2 y II.2) que solo mediante la apertura del proceso constitucional pueden los órganos de la jurisdicción ordinaria dejar de aplicar (*rectius*, suspender la aplicación de) una norma de rango legal promulgada tras la entrada en vigor de la Constitución (STC 58/2004, de 19 de abril, FJ 14).

De resultar inadmitida la cuestión, la suspensión debe ser inmediatamente levantada y el Juez o Tribunal que la haya propuesto ha de dictar la resolución procedente en el plazo establecido al efecto por las leyes procesales.

Si es admitida, el proceso judicial permanece suspendido hasta que el Tribunal Constitucional resuelva definitivamente sobre la cuestión (art. 35.3, *in fine*, LOTC). Ello no impide la adopción por el órgano judicial de medidas cautelares o de actos de instrucción y de ordenación del proceso que no guarden relación con la validez de la norma cuestionada (AATC 313/1996, de 29 de octubre, FJ 2, 349/1997, de 28 de octubre, FJ 3, y 153/2004, de 28 de abril, FJ único). Pero **el Juez o Tribunal proponente de la cuestión, una vez admitida a trámite esta, no puede retirarla ni resolver el proceso seguido ante él aplicando la norma sometida al enjuiciamiento del Tribunal Constitucional** (AATC 313/1996, de 29 de octubre, FJ 5, y 201/2006, de 20 de junio, FJ 3).

La cuestión pierde objeto en caso de extinción de dicho proceso por desistimiento o satisfacción extraprocesal de la pretensión deducida en él; si se resuelve el litigio en que ha sido planteada sin aplicar la norma puesta en cuestión; si se aplica la norma cuestionada estando pendiente la decisión sobre la admisión o inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad; si la norma cuestionada deviene inaplicable a consecuencia de su derogación, modificación o por cualquier otra causa en el proceso dentro del cual se propone la cuestión (SSTC 6/2010, de 14 de

abril, FF. JJ. 2 y 3, 83/2015, de 30 de abril, FJ 3, 243/2015, de 30 de noviembre, FJ 6, 2/2016, de 18 de enero, FJ 3, 4/2016, de 18 de enero, FJ 3, 43/2016, de 3 de marzo, FF. JJ. 2 y 3, 46/2016, de 14 de marzo, FJ 3, 47/2016, de 14 de marzo, FJ 4, 52/2016, de 14 de marzo, FJ 3, 90/2016, de 9 de mayo, FF. JJ. 3 y 4, 97/2016, de 23 de mayo, FJ 2, 104/2016, de 6 de junio, FJ 2, 106/2016, de 6 de junio, FJ 2, 134/2016, de 18 de julio, FF. JJ. 3 y 4, 135/2016, de 18 de julio, FF. JJ. 2 y 3, 145/2016, de 19 de septiembre, FJ 2, y 160/2016, de 3 de octubre, FJ 3; AATC 945/1985, de 19 de diciembre, FJ único, 107/1986, de 30 de enero, FJ único, 723/1986, de 18 de septiembre, FJ único, 281/1990, de 11 de julio, FJ único, 41/1998, de 18 de febrero, FJ único, 191/2002, de 15 de octubre, FJ único, 42/2004, de 10 de febrero, FJ 2, 75/2004, de 9 de marzo, FJ único, 485/2005, de 13 de diciembre, FJ único, 151/2011, de 7 de noviembre, FF. JJ. 2 y 5, 31/2012, de 13 de febrero, FF. JJ. 4 y 5, 23/2013, de 29 de enero, FF. JJ. 3 a 5, 277/2013, de 3 de diciembre, FJ 3, 187/2014, de 15 de julio, FJ 4, 206/2014, de 22 de julio, FJ 3, 285/2014, de 18 de noviembre, FJ 2, 137/2015, de 21 de julio, FJ 4, 7/2016, de 19 de enero, FJ 5, 13/2016, de 19 de enero, FJ 2, 143/2016, de 19 de julio, FJ 2, y 175/2017, de 19 de diciembre, FF. JJ. 3 y 4). **No por otras circunstancias cuya concurrencia no determine que dicha norma siga siendo aplicable para la resolución del proceso en relación al cual se haya propuesto la cuestión de inconstitucionalidad** (STC 156/2013, de 23 de septiembre, FJ 4).

También puede la cuestión perder objeto cuando el precepto cuestionado haya sido declarado inconstitucional y nulo con posterioridad al planteamiento de la cuestión (SSTC 170/1985, de 13 de diciembre, FF. JJ. 1 y 2, 387/1993, de 23 de diciembre, FJ único, 72/1997, de 10 de abril, FJ único, 91/1997, de 8 de mayo, FJ único, 151/2009, de 25 de junio, FJ 4, 165/2009, de 2 de julio, FJ 4, 167/2009, de 2 de julio, FJ 3, 177/2009, de 21 de julio, FJ 3, 179/2009, de 21 de julio, FJ 3, 180/2009, de 21 de julio, FJ 3, 203/2009, de 27 de octubre, FJ 2, 213/2009, de 26 de noviem-

bre, FJ 3, 202/2011, de 13 de diciembre, FJ 2, 86/2012, de 18 de abril, FJ 2, 48/2017, de 27 de abril, FJ 3, 49/2017, de 8 de mayo, FF. JJ. 3 y 4, 55/2017, de 11 de mayo, FJ 3, y 92/2017, de 6 de julio, FF. JJ. 2 y 3; AATC 277/2000, de 28 de noviembre, FJ único, 271/2005, de 21 de junio, FJ único, 77/2007, de 27 de febrero, FJ único, 306/2007, de 19 de junio, FJ único, 381/2008, de 15 de diciembre, FJ único, 152/2009, de 18 de mayo, FJ único, 168/2009, de 1 de junio, FJ único, 226/2009, de 7 de septiembre, FJ único, 229/2009, de 7 de septiembre, FJ único, 157/2010, de 15 de noviembre, FJ único, 160/2011, de 19 de octubre, FJ 3, 175/2010, de 23 de noviembre, FJ único, 77/2011, de 7 de junio, FJ único, 88/2011, de 20 de junio, FJ único, 168/2011, de 13 diciembre, FJ único, 4/2012, de 1 de enero, FJ único, 47/2012, de 13 de marzo, FJ único, 27/2013, de 11 de febrero, FJ 2, 50/2013, de 25 de febrero, FJ único, 67/2013, de 12 de marzo, FJ 2, 69/2013, de 12 de marzo, FJ único, 73/2013, de 8 de abril, FJ único, 104/2013, de 20 de mayo, FJ único, 140/2013, de 3 de junio, FJ único, 230/2014, de 23 de septiembre, FJ único, 56/2016, de 1 de marzo, FJ único, 57/2016, de 1 de marzo, FJ único, 64/2016, de 15 de marzo, FJ único, 65/2016, de 15 de marzo, FJ único, 73/2016, de 12 de abril, FJ 3, 79/2016, de 12 de abril, FJ único, 6/2017, de 18 de enero, FF. JJ. 3 y 4, 85/2017, de 5 de junio, FJ 3, 86/2017, de 5 de junio, FJ 3, 87/2017, de 5 de junio, FJ 3, y 88/2017, de 5 de junio, FJ 3).

En ningún caso el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad o su admisión suspenden la vigencia o la aplicación, fuera del proceso en el cual haya sido propuesta, de la norma con rango de ley cuestionada (arts. 163 CE y 30 LOTC).

10. Admisión o inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad

Una vez recibidas las actuaciones remitidas por el órgano judicial proponente de la cuestión el Tribunal Constitucional resolverá sobre la admisión a trámite de esta, **pudiendo**

rechazarla mediante auto y sin otra audiencia que la del Fiscal General del Estado cuando se proponga sobre una norma cuyo rango no permita hacerla objeto del proceso (*vid.*, *supra*, II.2) —ATC 118/2017, de 18 de julio, FJ 2—, **no se hayan cumplido las condiciones procesales de su planteamiento** (*vid.*, *supra*, II.7 y 8), que devienen viciadas si se falla el proceso *a quo* antes de que se haya admitido la cuestión (ATC 313/1996, de 29 de octubre, FJ 6) **o cuando la duda de constitucionalidad es notoriamente infundada** (art. 37.1 LOTC).

El establecimiento por la LOTC del control preliminar de la viabilidad de la cuestión (inexistente en el recurso de inconstitucionalidad) responde tanto a la finalidad de evitar una utilización inadecuada de este proceso constitucional, ordenado a la «depuración concreta del ordenamiento jurídico y no a la impugnación en abstracto de la validez de las leyes» (*vid.*, *supra*, II.1), como a la de precaver una paralización ineficaz o sin sentido del proceso seguido ante la jurisdicción ordinaria (*vid.*, *supra*, II.9 —ATC 287/1991, de 1 de octubre, FJ 1—).

Además de en este control inicial la admisibilidad de la cuestión puede ser analizada en la sentencia que resuelva el proceso, habiendo declarado al respecto el Tribunal Constitucional que la tramitación específica establecida en el art. 37.1 LOTC no tiene carácter preclusivo y que, consiguientemente, cabe apreciar en sentencia la ausencia de los requisitos, tanto procesales como de fundamentación, requeridos para el válido planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad [SSTC 17/1981, de 1 de junio, FJ 2, 3/1988, de 21 de enero, FJ 1, 141/1988, de 12 de julio, FJ 2, 157/1990, de 18 de octubre, FJ 1, 186/1990, de 15 de noviembre, FJ 1, 36/1991, de 14 de febrero, FJ 1, 15/1994, de 20 de enero, FJ 2, 130/1999, de 1 de julio, FJ 2, 133/2004, de 22 de julio, FJ 1, 245/2004, de 16 de diciembre, FJ 2, 255/2004, de 22 de diciembre, FJ 2, 224/2006, de 6 de julio, FJ 4, 166/2007, de 4 de julio, FJ 5, 59/2008, de 14 de

mayo, FJ 2, 80/2008, de 17 de julio, FJ 1, 96/2008, de 24 de julio, FJ 2, 139/2008, de 28 de octubre, FJ 2, 140/2008, de 28 de octubre, FJ 2, 141/2008, de 30 de octubre, FJ 2, 115/2009, de 18 de mayo, FJ 2, 154/2009, de 25 de junio, FJ 2, 179/2009, de 21 de julio, FJ 2, 60/2010, de 7 de octubre, FJ 2, 114/2010, de 24 de noviembre, FJ 3, 84/2012, de 18 de abril, FJ 2, 146/2012, de 5 de julio, FJ 2, 183/2012, de 17 de octubre, FJ 4, 222/2012, de 27 de noviembre, FJ 3, 42/2013, de 14 de febrero, FJ 2, 61/2013, de 14 de marzo, FJ 2, 183/2013, de 23 de octubre, FJ 2.a), 18/2014, de 30 de enero, FJ 2, 185/2014, de 6 de noviembre, FJ 2, 3/2015, de 19 de enero, FJ 2, 10/2015, de 2 de febrero, FJ 2, 50/2015, de 5 de marzo, FJ 2, 79/2015, de 30 de abril, FJ 2, 110/2015, de 28 de mayo, FJ 3, 234/2015, de 5 de noviembre, FJ 2, 1/2016, de 18 de enero, FJ 2, y 175/2016, de 17 de octubre, FJ 2].

En el análisis de la aplicabilidad al caso de la norma cuestionada el control ejercido por el Tribunal Constitucional es muy poco incisivo (*vid., supra*, II.8); únicamente *cuando resulta con toda evidencia errado* el criterio avanzado al respecto por el órgano judicial proponente de la cuestión, sin que la apreciación de este extremo requiera un análisis de fondo, procede a revisarlo [SSTC 17/1981, de 1 de junio, FJ 2, 3/1988, de 21 de enero, FJ 1, 141/1988, de 12 de julio, FJ 4, 188/1988, de 17 de octubre, FJ 3, 76/1990, de 26 de abril, FJ 1, 332/1993, de 12 de noviembre, FJ 3, 337/1994, de 23 de diciembre, FJ 4, 151/2011, de 29 de septiembre, FF. JJ. 2 y 3, 160/2011, de 19 de octubre, FJ 2, 200/2011, de 13 de diciembre, FJ 2, 20/2012, de 16 de febrero, FJ 4, 86/2012, de 18 de abril, FJ 2, 42/2013, de 14 de febrero, FF. JJ. 2, 4 y 5, 40/2014, de 11 de marzo, FJ 2, 4/2015, de 19 de enero, FJ 2, 50/2015, de 5 de marzo, FJ 2, 102/2016, de 25 de mayo, FJ 7, 127/2016, de 7 de julio, FJ 3, 48/2017, de 27 de abril, FJ 2, 57/2017, de 11 de mayo, FJ 2, y 59/2017, de 11 de mayo, FJ 1; AATC 357/2004, de 21 de septiembre, FJ 2, 113/2011, de 19 de julio, FJ 3, 152/2011, de 7 de noviembre, FJ 2, 178/2011, de 13 de diciembre, FJ 2, 162/2012,

de 13 de septiembre, FJ 3, 191/2012, de 16 de octubre, FF. JJ. 3 y 5, 206/2012, de 30 de octubre, FJ 3, 30/2013, de 12 de febrero, FF. JJ. 3 y 4, 145/2013, de 11 de julio, FJ 3, 18/2014, de 30 de enero, FF. JJ. 3 a 5, 177/2014, de 24 de junio, FJ 3, 204/2014, de 22 de julio, FJ 4, 201/2015, de 1 de diciembre, FJ 2.b), 42/2016, de 16 de febrero, FJ 4, 167/2016, de 6 de octubre, FF. JJ. 3 y 4, 168/2016, de 4 de octubre, FF. JJ. 3 y 4, 183/2016, de 15 de noviembre, FJ 2, 185/2016, de 15 de noviembre, FJ 2, 198/2016, de 29 de noviembre, FJ 4, 202/2016, de 13 de diciembre, FF. JJ. 2 y 3, 203/2016, de 13 de diciembre, FF. JJ. 2 y 3, 204/2016, de 13 de diciembre, FF. JJ. 2 y 3, 205/2016, de 13 de diciembre, FF. JJ. 2 y 3, y 65/2017, de 25 de abril, FJ 2]. **Asimismo el análisis de la interpretación de la norma infraconstitucional que efectúa el Juez o Tribunal proponente de la cuestión para fundamentarla** (*vid., supra*, I.3), **se limita a la valoración de su razonabilidad, su apartamiento del tenor literal de la norma o su arbitrariedad** (SSTC 83/1983, de 21 de octubre, FJ 1, 155/1987, de 14 de octubre, FJ 4, 4/1988, de 21 de enero, FJ 2, 60/1995, de 17 de marzo, FJ 2, 130/1999, de 1 de julio, FJ 2, 64/2003, de 27 de marzo, FJ 7, 114/2010, de 24 de noviembre, FJ 4, y 37/2012, de 19 de marzo, FJ 2; AATC 380/1996, de 17 de diciembre, FJ 2, 47/2001, de 27 de febrero, FJ 3, 24/2003, de 28 de enero, FJ 5, 25/2003, de 28 de enero, FJ 5, y 361/2004, de 21 de septiembre, FJ 1), con independencia de que pudieran existir otra u otras interpretaciones distintas (SSTC 174/1998, de 23 de julio, FJ 2, 178/2004, de 21 de octubre, FJ 6, y 139/2005, de 26 de mayo, FJ 5), siempre que alguna de ellas no sea la comúnmente aceptada o la consagrada como la conforme con los preceptos constitucionales por el propio Tribunal Constitucional (AATC 352/1990, de 2 de octubre, FJ único, 354/1990, de 2 de octubre, FJ único, 93/1991, de 12 de marzo, FJ único, 286/1991, de 1 de octubre, FJ 1, 57/1998, de 3 de marzo, FJ 4, 194/2001, de 4 de julio, FJ 1, 133/2002, de 16 de julio, FJ 7, 59/2004, de 24 de febrero, FJ 1, 74/2004, de 9 de marzo, FJ 3, y 102/2004, de 13 de abril, FJ 1).

Más matizado resulta el **control que se efectúa respecto de la corrección del juicio de relevancia** (*vid., supra*, II.8), para el cual el Tribunal Constitucional utiliza un **canon que complementa el de la manifiesta irrazonabilidad o arbitrariedad al examinar si el efectuado por el órgano judicial resulta o no «notoriamente falto de consistencia y si la resolución del proceso judicial depende real y efectivamente de la constitucionalidad de las normas cuestionadas»** [SSTC 17/1981, de 1 de junio, FJ 1, 106/1986, de 24 de julio, FJ 1, 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 6, 41/1990, de 15 de marzo, FJ 2, 157/1990, de 18 de octubre, FJ 1, 90/1994, de 17 de marzo, FJ 2, 174/1998, de 23 de julio, FJ 1, 141/2008, de 30 de octubre, FF. JJ. 4 a 6, 162/2008, de 15 de diciembre, FJ 3, 115/2009, de 18 de mayo, FJ 1, 154/2009, de 25 de junio, FJ 2, 202/2009, de 27 de octubre, 203/2009, de 27 de octubre, FF. JJ. 3, 4 y 5, 6/2010, de 14 de abril, FJ 3, 114/2010, de 24 de noviembre, FJ 4, 4/2011, de 14 de febrero, FJ 2, 200/2011, de 13 de diciembre, FJ 2, 27/2012, de 1 de marzo, FJ 2. B).a), 84/2012, de 18 de abril, FF. JJ. 2, 3 y 5, 87/2012, de 18 de abril, FJ 2, 100/2012, de 8 de mayo, FJ 2, 146/2012, de 5 de julio, FF. JJ. 3 y 4, 166/2012, de 1 de octubre, FJ 5, 222/2012, de 27 de noviembre, FJ 5, 42/2013, de 14 de febrero, FF. JJ. 2, 3 y 5, 60/2013, de 13 de marzo, FJ 1.b) y c), 145/2013, de 11 de julio, FJ 3, 18/2014, de 30 de enero, FJ 2, 185/2014, de 6 de noviembre, FJ 2.b), 4/2015, de 19 de enero, FJ 2, 10/2015, de 2 de febrero, FJ 2, 41/2015, de 2 de marzo, FJ 3; 50/2015, de 5 de marzo, FJ 2.c), 79/2015, de 30 de abril, FF. JJ. 3 y 5, 231/2015, de 5 de noviembre, FJ 13, 234/2015, de 5 de noviembre, FJ 2, 1/2016, de 18 de enero, FF. JJ. 2 y 3, 175/2016, de 17 de octubre, FF. JJ. 2 a 5, y 151/2017, de 21 de diciembre, FJ 2.a); AATC 25/2003, de 28 de enero, FJ 3, 184/2009, de 15 de junio, FF. JJ. 1 y 2, 186/2009, de 16 de junio, FJ 2.a), 85/2011, de 7 de junio, FF. JJ. 4 y 5, 101/2011, de 5 de julio, FJ 1, 113/2011, de 19 de julio, FJ 3, 39/2012, de 28 de febrero, FF. JJ. 4 y 5, 109/2012, de 22 de mayo, FJ 3, 128/2012, de 19 de junio, FJ 2, 162/2012, de 13 de septiembre, FF. JJ. 2 y 3, 206/2012, de 30 de octubre,

FJ 3.b), 30/2013, de 12 de febrero, FF. JJ. 3 y 4, 278/2013, de 3 de diciembre, FJ 2, 57/2014, de 25 de febrero, FJ 4, 152/2014, de 27 de mayo, FJ 2, 154/2014, de 27 de mayo, FJ 2, 162/2014, de 10 de junio, FF. JJ. 2 y 3, 177/2014, de 24 de junio, FJ 4, 204/2014, de 22 de julio, FJ 3, 206/2014, de 22 de julio, FJ 3, 69/2015, de 14 de abril, FF. JJ. 3 y 4, 184/2015, de 3 de noviembre, FJ 2.b), 224/2015, de 15 de diciembre, FJ 2, 11/2016, de 19 de enero, FF. JJ. 2 y 3, 12/2016, de 19 de enero, FF. JJ. 2 y 3, 23/2016, de 2 de febrero, FJ 2, 76/2016, de 12 de abril, FJ 2, 78/2016, de 26 de abril, FJ 3, 131/2016, de 21 de junio, FF. JJ. 3 y 4, 134/2016, de 25 de junio, FF. JJ. 2 y 3, 138/2016, de 5 de julio, FF. JJ. 2 y 3, 159/2016, de 20 de septiembre, FJ 3, 168/2016, de 4 de octubre, FJ 5, 184/2016, de 15 de noviembre, FJ 2, 65/2017, de 25 de abril, FJ 3, 139/2017, de 17 de octubre, FJ 2, 140/2017, de 17 de octubre, FJ 2, y 14/2018, de 8 de febrero, FJ 4.b)].

Los términos en que la LOTC faculta para rechazar en el trámite de admisión la cuestión «cuando fuere notoriamente infundada» encierran un cierto grado de indefinición, que se traduce procesalmente en el otorgamiento al Tribunal Constitucional de un significativo margen para apreciar su fundamentación (AATC 389/1990, de 29 de octubre, FJ 3, 69/1999, de 23 de marzo, FJ 4, 292/1997, de 22 de julio, FJ 2, 200/2007, de 27 de marzo, FJ 3, 71/2008, de 26 de febrero, FJ 2, 32/2009, de 27 de enero, FJ 3, 124/2009, de 28 de abril, FJ 4, 186/2009, de 16 de junio, FJ 3, 54/2010, de 19 de mayo, FJ 3, 104/2011, de 5 de julio, FJ 2, 113/2011, de 19 de julio, FJ 4, 178/2011, de 13 de diciembre, FJ 3, 179/2011, de 13 de diciembre, FJ 5, 180/2011, de 13 de diciembre, FJ 5, 184/2011, de 20 de diciembre, FJ 3, 39/2012, de 28 de febrero, FJ 6, 128/2012, de 19 de junio, FJ 3, 145/2012, de 16 de julio, FJ 4, 146/2012, de 16 de julio, FF. JJ. 2 a 4, 162/2012, de 13 de septiembre, FF. JJ. 2 y 4, 246/2012, de 18 de diciembre, FF. JJ. 4 y 5, 247/2012, de 18 de diciembre, FJ 3, 84/2013, de 23 de abril, FF. JJ. 2 y 3, 41/2014, de 11 de febrero, FJ 2, 43/2014, de 12 de febrero, FF. JJ. 3 a 7,

133/2014, de 6 de mayo, FF. JJ. 2 y 4, 177/2014, de 24 de junio, FJ 5, 204/2014, de 22 de julio, FF. JJ. 2 y 6, 301/2014, de 16 de diciembre, FF. JJ. 2 y 4 y voto particular, 8/2015, de 20 de enero, FJ 3, 20/2015, de 3 de febrero, FJ 5, 21/2015, de 3 de febrero, FF. JJ. 2 y 3, 121/2015, de 7 de julio, FJ 2, 145/2015, de 10 de septiembre, FJ 4, 184/2015, de 3 de noviembre, FJ 3, 201/2015, de 1 de diciembre, FJ 3, 224/2015, de 15 de diciembre, FF. JJ. 2 y 3, 228/2015, de 15 de diciembre, FF. JJ. 2 y 4, 11/2016, de 19 de enero, FJ 4, 14/2016, de 19 de enero, FJ 2, 23/2016, de 2 de febrero, FJ 3, 35/2016, de 16 de febrero, FF. JJ. 3 y 4, 36/2016, de 16 de febrero, FF. JJ. 3 y 4, 55/2016, de 1 de marzo, FJ 2, 63/2016, de 15 de marzo, FF. JJ. 2 y 3, 76/2016, de 12 de abril, FJ 3, 77/2016, de 12 de abril, FJ 5, 78/2016, de 12 de abril, FJ 3, 83/2016, de 26 de abril, FJ 3, 85/2016, de 26 de abril, FJ 3, 86/2016, de 26 de abril, FJ 5, 87/2016, de 26 de abril, FJ 3, 88/2016, de 26 de abril, FJ 3, 103/2016, de 10 de mayo, FJ 3, 104/2016, de 10 de mayo, FJ 3, 113/2016, de 24 de mayo, FF. JJ. 3 y 4, 131/2016, de 21 de junio, FJ 4, 132/2016, de 21 de junio, FJ 4, 134/2016, de 25 de junio, FJ 4, 142/2016, de 19 de julio, FJ 3, 145/2016, de 19 de julio, FF. JJ. 3 y 4, 146/2016, de 19 de julio, FJ 2, 176/2016, de 18 de octubre, FF. JJ. 2, 6 y 7, 180/2016, de 2 de noviembre, FF. JJ. 2 a 4, 183/2016, de 15 de noviembre, FJ 3, 185/2016, de 15 de noviembre, FJ 3, 187/2016, de 15 de noviembre, FF. JJ. 4 a 6, 200/2016, de 1 de diciembre, FF. JJ. 2 y 3, 64/2017, de 25 de abril, FF. JJ. 2 y 3, 174/2017, de 19 de diciembre FF. JJ. 3 y 4, 3/2018, de 23 de enero, FF. JJ. 5 a 7, 13/2018, de 7 de febrero, FF. JJ. 2 a 6, y 27/2018, de 2 de marzo, FJ 4), dentro del cual se considera que **resulta procedente la inadmisión de cuestiones análogas a las anteriormente afrontadas y resueltas por el Tribunal o estar a lo ya acordado en ellas** [SSTC 80/2008, de 17 de julio, FJ 1, y 154/2009, de 25 de junio, FF. JJ. 4 y 5; AATC 69/1999, de 23 de marzo, FJ 2, 258/1998, de 24 de noviembre, FJ único, 277/2000, de 28 de noviembre, FJ único, 11/2008, de 16 de enero, FJ 2, 306/2008, de 7 de octubre, FJ 3, 327/2008, de 21 de octubre, FJ único, 200/2009, de 30 de

junio, FJ único, 155/2013, de 9 de julio, FJ 3, 230/2014, de 23 de septiembre, FJ único, 250/2014, de 21 de octubre, FJ único, 60/2015, de 17 de marzo, FJ único, 146/2015, de 10 de septiembre, FJ único, 201/2015, de 1 de diciembre, FJ 2.c), 227/2015, de 15 de diciembre, FJ 4, 6/2016, de 15 de diciembre, FJ 6, 7/2016, de 19 de enero, FJ 6, 9/2016, de 19 de enero, FJ 2, 10/2016, de 19 de enero, FJ 6, 21/2016, de 2 de febrero, FJ 6, 22/2016, de 2 de febrero, FJ 6, 37/2016, de 16 de febrero, FJ 5, 38/2016, de 16 de febrero, FJ 5, 39/2016, de 16 de febrero, FJ 2, 40/2016, de 16 de febrero, FJ 2, 50/2016, de 1 de marzo, FJ 5, 52/2016, de 1 de marzo, FJ 5, 70/2016, de 12 de abril, FJ 6, 42/2017, de 28 de febrero, FF. JJ. 2 a 4, y 43/2017, de 28 de febrero, FJ 2]. En cierto sentido, al apreciar su notoria falta de fundamento, el Tribunal efectúa un pronunciamiento equivalente a una desestimación inicial de la cuestión que mitiga las consecuencias disfuncionales inherentes a la suspensión del proceso en el cual ha sido acordada (*vid., supra*, II.9).

La resolución que admite a trámite la cuestión de inconstitucionalidad adopta la forma de providencia. La que inadmite, la de auto (cuya publicación en el Boletín Oficial del Estado puede ordenar el Tribunal si así lo estima conveniente (art. 86.2 LOTC). **Una y otra son recurribles en súplica** (*vid., infra*, II.15).

11. Posibilidad de nuevo planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad tras haber sido rechazada en trámite de admisión

El rechazo en trámite de admisión de una cuestión de inconstitucionalidad por razones de fondo (en lo esencial, por considerarse *notoriamente falta de fundamento*) **cierra, en principio y como regla general, la posibilidad de que el órgano judicial proponente vuelva a plantear en el mismo proceso una cuestión sobre la norma ya cuestionada en relación con idénticos**

preceptos constitucionales (ATC 120/1997, de 23 de abril, FF. JJ. 2 a 4). Por el contrario, cuando **la inadmisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad haya sido acordada como consecuencia de deficiencias formales en su anterior planteamiento, puede volver a elevarse tras subsanarlas** (STC 27/2012, de 1 de marzo, FJ 2; AATC 250/1982, de 16 de julio, FJ 3, 17/1983, de 18 de enero, FJ 3, 18/1983, de 18 de enero, 19/1983, de 18 de enero, FJ 3, 316/1984, de 24 de mayo, FJ 2, 875/1985, de 5 de diciembre, FJ 2, 218/1990, de 22 de mayo, FJ único, 286/1990, de 11 de julio, FJ único, 108/1993, de 30 de marzo, FJ 2, 145/1993, de 4 de mayo, FJ 3, 158/1993, de 25 de mayo, FJ único, 120/1997, de 23 de abril, FJ 2, 42/1998, de 18 de febrero, FJ 2, 17/1999, de 26 de enero, FJ único, y 195/2010, de 14 de diciembre, FF. JJ. 1 y 2).

La desestimación de cuestiones de inconstitucionalidad promovidas contra determinados artículos, apartados o párrafos de una ley no excluye el posterior cuestionamiento de otros preceptos de ella (STC 161/1997, de 2 de octubre, FJ 2).

12. Publicidad de la admisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad

Para general conocimiento (y, en particular, para el de los órganos del Poder Judicial en cuyas resoluciones pudiera resultar relevante la norma cuestionada —ATC 132/1983, de 23 de marzo, FJ único—), **la admisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad se publica en el Boletín Oficial del Estado** (art. 37.2 LOTC) así como (de conformidad a una pacífica práctica), cuando la cuestionada es una norma legal autonómica, en el Diario Oficial de la Comunidad Autónoma. Se comunica al Juez o Tribunal que la haya propuesto (a los efectos indicados, *supra*, II.9). **Y se da traslado de ella al Congreso de los Diputados y al Senado**, por conducto de sus Presidentes, **al Fiscal General del Esta-**

do, al Gobierno, por conducto del Ministerio de Justicia, y, **en caso de afectar a una ley o a otra disposición normativa con fuerza de ley dictada por una Comunidad Autónoma, a los órganos legislativo y ejecutivo de esta** (art. 37.3 LOTC).

13. Conocimiento de la cuestión de inconstitucionalidad por el Pleno o por una Sala

Sobre la admisión o inadmisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad resuelve el Pleno del Tribunal Constitucional a propuesta de la Sección en la que esté integrado el Magistrado al cual, en función del orden de presentación en el Registro General de la cuestión, haya correspondido ser Ponente de ella.

De admitirla a trámite, el Pleno ha de acordar si se reserva el conocimiento de la cuestión o si lo defiende a una Sala. En este último caso la atribución a una u otra Sala se produce respetando un turno objetivo [arts. 10.1.c) y 12 LOTC], concretado en la práctica en la atribución a aquella de la que forme parte el Magistrado Ponente.

Si para efectuar su pronunciamiento final la Sala considera necesario apartarse de la doctrina constitucional establecida por el Tribunal, en resoluciones del Pleno o de cualquiera de las Salas, **debe someter la cuestión a la decisión del Pleno** (art. 13 LOTC).

14. Personaciones admisibles en el proceso constitucional

Dada la decisiva incidencia que el resultado del proceso constitucional ha de tener en el seguido ante la jurisdicción ordinaria del que trae causa, la reforma de la LOTC de 2007 (recogiendo la doctrina establecida en la STDH de 23 de junio de 1993 —caso *Ruiz Mateos contra España*—) ha abierto la posibilidad de

que, dentro de los quince días siguientes a la publicación en el Boletín Oficial del Estado de la admisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad, **puedan personarse ante el Tribunal Constitucional quienes sean parte en el procedimiento judicial** (art. 37.2 LOTC).

Asimismo pueden personarse en la cuestión, dentro del plazo improrrogable de quince días desde que hubieran recibido traslado de ella, **el Congreso de los Diputados, el Senado, el Fiscal General del Estado, el Gobierno de la Nación y, en caso de que afecte a una ley o a otra disposición normativa con fuerza de ley dictada por una Comunidad Autónoma, los órganos legislativo y ejecutivo de esta** (art. 37.3 LOTC). El Tribunal ha considerado que la *afectación* que legitima a una Comunidad Autónoma para comparecer en el proceso constitucional se produce únicamente cuando su objeto es un precepto de rango legal dictado por la Comunidad sobre cuya validez pueda tener un efecto directo el pronunciamiento constitucional (AATC 172/1986, de 20 de febrero, FJ único, 349/1995, de 19 de diciembre, FJ 3, y 350/1995, de 19 de diciembre, FJ 3).

15. Normas reguladoras del procedimiento a seguir para la tramitación de las cuestiones de inconstitucionalidad

Con carácter supletorio a la regulación de la LOTC resultan de aplicación los preceptos de la LOPJ y de la LEC respecto de la personación, recusación y abstención, publicidad y forma de los actos, comunicaciones y actos de auxilio jurisdiccional, días y horas hábiles, cómputo de plazos, deliberación y votación, caducidad, renuncia, desistimiento, lengua oficial y policía de estrados (art. 80, párr. 1.º, LOTC y Acuerdos del Pleno del Tribunal Constitucional de 15 de junio de 1982 —BOE del 2 de julio—, 17 de junio de 1999 —BOE de 22 de junio—, 18 de junio de 1996

—BOE de 19 de junio— y 18 de enero de 2001 —BOE de 23 de enero—).

Con carácter general, las personas físicas o jurídicas personadas en las cuestiones de inconstitucionalidad han de conferir su representación a un Procurador y actuar bajo la dirección de Letrado incorporado como ejerciente a cualquier Colegio de Abogados de España, salvo que comparezca por sí mismo para defender sus propios derechos o intereses quien tenga título de Licenciado en Derecho (art. 81.1 y 2 LOTC). Quienes sean o hayan sido Magistrados del Tribunal Constitucional están inhabilitados para actuar como Abogados ante este (arts. 19.1 y 81.3 LOTC). Los Letrados del Tribunal también se encuentran sometidos a esta inhabilitación mientras ejerzan funciones como tales y durante los tres años posteriores al cesar en la prestación de ellas (arts. 81.3 y 97.2 LOTC).

El Congreso de los Diputados y el Senado actúan representados y asistidos por Letrados de las Cortes Generales (art. 551.2 LOPJ). El Gobierno de la Nación por Abogado del Estado (arts. 82.2 LOTC y 551.1 LOPJ). Los órganos legislativos y ejecutivos de las Comunidades Autónomas por Letrados de sus correspondientes servicios jurídicos, por Abogados colegiados como ejercientes o por Abogados del Estado (arts. 82.2 LOTC y 551.3 LOPJ).

En cualquier momento, a instancia de parte o de oficio, previa audiencia de los interesados por plazo que no exceda de diez días, **el Tribunal Constitucional puede disponer la acumulación de los procesos con objetos conexos que justifiquen su unidad de tramitación y decisión** (art. 83 LOTC).

Contra las providencias y autos que dicte el Tribunal en el curso del procedimiento solo cabe interponer, en plazo de tres días, recurso de súplica, que no produce efectos suspensivos y que debe resolverse, previa audiencia de las partes por pla-

zo común de tres días, en los dos siguientes (art. 93.2 LOTC).

16. Presentación de alegaciones

Quienes sean parte en el procedimiento judicial del que trae causa la cuestión de inconstitucionalidad pueden personarse ante el Tribunal Constitucional dentro de los quince días siguientes al de la publicación en el Boletín Oficial del Estado de su admisión a trámite, y formular alegaciones sobre la cuestión en el plazo de otros quince días (art. 37.2 LOTC). El Congreso de los Diputados, el Senado, el Fiscal General del Estado, el Gobierno de la Nación y, en caso de que la cuestión afecte a una ley o a otra disposición normativa con fuerza de ley dictada por una Comunidad Autónoma (*vid., supra*, II.14), los órganos legislativo y ejecutivo de esta podrán personarse y presentar alegaciones en el plazo improrrogable de quince días desde que hubieran recibido traslado de la cuestión (art. 37.3 LOTC).

17. Extremos sobre los que puede proyectarse el enjuiciamiento del Tribunal Constitucional

Junto a la declaración de conformidad o disconformidad con la Constitución de la norma cuestionada, la competencia del Tribunal Constitucional se extiende, a los solos efectos del enjuiciamiento constitucional de aquella (art. 3 LOTC), «al conocimiento y decisión de las cuestiones prejudiciales e incidentales no pertenecientes al orden constitucional» directa y relevantemente relacionadas con la materia sometida a su conocimiento [SSTC 20/1983, de 15 de marzo, FJ 2, 29/1983, de 26 de abril, FJ 2, y 43/1984, de 26 de marzo, FJ 2.b); AATC 167/1983, de 20 de abril, FJ 2, 218/1996, de 22 de julio, FJ 2, 45/1997, de 12 de febrero, FJ 4, 65/1997, de 10 de marzo, FJ 4, 260/1997, de 14 de julio, FJ 3,

198/1998, de 28 de septiembre, FJ 2, 206/1998, de 30 de septiembre, FJ 2, 223/1998, de 26 de octubre, FJ 2, y 151/2006, de 8 de mayo, FJ único] y no resueltas en el orden jurisdiccional *genuinamente competente*. Los pronunciamientos que, en su caso, efectúe el Tribunal sobre cuestiones prejudiciales no producen efectos de cosa juzgada, por lo cual los temas abordados podrían replantearse ante los Jueces o Tribunales ordinarios competentes para resolverlos, cuyas resoluciones no tendrían efecto alguno sobre las adoptadas por el Tribunal Constitucional.

La competencia del Tribunal Constitucional para el conocimiento de las cuestiones prejudiciales se extiende incluso a las de carácter penal, si bien el Tribunal podría, de oficio o a instancia de los personados en el procedimiento seguido ante él, suspender su tramitación hasta la resolución de los procesos penales pendientes ante Juzgados o Tribunales de ese orden (art. 91 LOTC); suspensión facultativa, no obligada (ATC 70/2004, de 4 de marzo, FJ 2), que no será procedente cuando las cuestiones prejudiciales se susciten sobre extremos a los que habrían de referirse los eventuales pronunciamientos relativos a la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas cuestionadas.

En su fallo el Tribunal Constitucional puede contemplar (art. 39.2 LOTC), no solo los preceptos sobre los cuales el órgano judicial proponente haya fundado su duda de constitucionalidad, sino también otros, invocados o no en el curso del proceso [SSTC 81/2003, de 30 de abril, FJ 7, 126/2008, de 27 de octubre, FJ 1, 126/2011, de 18 de julio, FJ 7, 167/2016, de 6 de octubre, FJ 2.b), 187/2016, de 14 de noviembre, FJ 2.b), 188/2016, de 14 de noviembre, FJ 2.b), y 197/2016, de 28 de noviembre, FJ 2.a)]. El Tribunal, en cualquier tiempo anterior a pronunciar su decisión definitiva, y con suspensión del término para dictarla (*vid., infra*, II.19), puede dar audiencia a los comparecidos en el proceso constitucional, por plazo común no superior a diez días, sobre la even-

tual existencia de motivos distintos a los alegados en el planteamiento de la cuestión relevantes para la resolución de esta (art. 84 LOTC), trámite cuya apertura no se ha considerado que resulte imperativamente impuesta (STC 71/1994, de 3 de marzo, voto particular) salvo, quizá, cuando el tema a plantear sea de orden público (STC 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 5). En todo caso **las alegaciones que en este o en otro momento procesal efectúen las partes no pueden extender el cuestionamiento de la norma legal desbordando el planteamiento inicial del órgano judicial proponente**; tal facultad está atribuida con carácter exclusivo al Tribunal Constitucional [SSTC 113/1989, de 22 de junio, FJ 2, 46/2000, de 17 de febrero, FJ 2, 73/2000, de 14 de marzo, FJ 3, 48/2005, de 3 de marzo, FJ 3.b), 179/2006, de 13 de junio, FJ 2, y 126/2008, de 27 de octubre, FJ 1; ATC 254/2006, de 4 de julio, FJ 3].

18. Cánones de constitucionalidad

La contrariedad o conformidad a la Constitución de la norma con rango de ley cuestionada (art. 163 CE) **puede fundarse, además de en preceptos constitucionales, en las leyes dictadas dentro del marco constitucional para delimitar las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas o para regular o armonizar el ejercicio de las competencias de estas** (art. 28.1 LOTC). **Puede también resultar de la apreciación de que los preceptos de un decreto-ley, decreto legislativo, ley aprobada sin el carácter de orgánica o norma legislativa autonómica regulen o no materias reservadas a las leyes orgánicas o impliquen o no modificación o derogación de leyes aprobadas con tal carácter**, cualquiera que sea su contenido (art. 28.2 LOTC).

El control de las normas cuya constitucionalidad se cuestione por entender que vulnerarían el marco constitucional delimitador de las competencias del Estado y

de las Comunidades Autónomas debe efectuarse, por regla general, atendiendo a la configuración del bloque de la constitucionalidad en el momento en que habrían de ser aplicadas por el órgano judicial cuestionante [SSTC 178/2004, de 21 de octubre, FJ 5, 254/2004, de 22 de diciembre, FJ 5, 164/2006, de 24 de mayo, FJ 4, 179/2006, de 13 de junio, FJ 2, 4/2011, de 14 de febrero, FJ 3, 151/2011, de 29 de septiembre, FJ 4, 175/2011, de 8 de noviembre, FJ 2, 184/2011, de 23 de noviembre, FJ 2, 21/2012, de 16 de febrero, FJ 2, 86/2012, de 18 de abril, FJ 3, 181/2012, de 15 de octubre, FJ 2, 196/2012, de 31 de octubre, FJ 1, 60/2013, de 13 de marzo, FJ 1.a), 166/2014, de 22 de octubre, FF. JJ. 1 y 2, y 22/2015, de 16 de febrero, FJ 1.a)].

19. Sentencia del Tribunal Constitucional

Concluido el plazo de formulación de alegaciones el Tribunal dictará sentencia (art. 86.1 LOTC) en el plazo de quince días, ampliable si así se acuerda en resolución motivada hasta treinta (art. 37.3, *in fine*). La imposibilidad de dar puntual cumplimiento a estos emplazamientos legales como consecuencia del volumen de los recursos, cuestiones y conflictos planteados ante la jurisdicción constitucional está en la base de la generalizada advertencia de la necesidad de reformar una norma avocada a una inobservancia de la que, por lo demás, la LOTC no deduce especiales consecuencias.

La sentencia puede (*vid., supra*, II.10) **inadmitir la cuestión, estimarla total o parcialmente, desestimarla o declarar que ha perdido objeto** (en este último sentido, SSTC 170/1985, de 13 de diciembre, 171/1985, de 13 de diciembre, 152/1986, de 4 de diciembre, 153/1986, de 4 de diciembre, 387/1993, de 23 de diciembre, y 239/2004, de 2 de diciembre). La desestimación puede ir acompañada de la declaración de que la norma cuestionada no es inconstitucional interpretada en unos determinados términos (STC 235/2007,

de 7 de noviembre, FJ 9). En ocasiones se ha declarado la inconstitucionalidad de una concreta interpretación de la norma, lo que implica el reconocimiento de la constitucionalidad de esta interpretada en otro sentido (SSTC 22/1981, de 2 de julio, y 105/1988, de 8 de junio, FJ 3). **El pronunciamiento que aprecie la inconstitucionalidad de la norma cuestionada (art. 39.1 LOTC) debe, en principio, ir acompañado de la declaración de la nulidad de esta y de la de aquellos otros preceptos de la misma ley, disposición o acto con fuerza de ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia** [SSTC 365/2006, de 21 de diciembre, FJ 7, 196/2012, de 31 de octubre, FJ 5, y 72/2017, de 5 de junio, FJ 4.b)], si bien **el Tribunal Constitucional ha diferido la nulidad declarada o declarado inconstitucionalidades sin nulidad** para evitar efectos disfuncionales en el ordenamiento jurídico [SSTC 222/1992, de 11 de diciembre, FJ 7, 13/2005, de 5 de febrero, FJ 5.e), 138/2005, de 26 de mayo, FJ 6, 273/2005, de 27 de octubre, FJ 9, 52/2006, de 16 de febrero, FJ 3, 41/2017, de 24 de abril, FJ 4, y 151/2017, de 21 de diciembre, FJ 8] o cuando las normas cuestionadas ya habían sido expulsadas de este (STC 41/2015, de 2 de marzo, FJ 2).

Cabe el enjuiciamiento, con el correspondiente pronunciamiento de inconstitucionalidad y nulidad cuando sea procedente, de normas derogadas o modificadas en caso de que sean aplicables al proceso pendiente de resolución que dio lugar al planteamiento de la cuestión [SSTC 111/1983, de 2 de diciembre, FJ 2, 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 3, 93/1988, de 24 de mayo, FF. JJ. 1, 2 y 6, 109/1993, de 25 de marzo, FJ 2, 332/1993, de 12 de noviembre, FJ 4, 385/1993, de 23 de diciembre, FJ 2, 166/1998, de 15 de julio, FJ 1, 174/1998, de 23 de julio, FJ 1, 273/2000, de 15 de noviembre, FJ 3, 108/2001, de 26 de abril, FJ 4, 37/2002, de 14 de febrero, FJ 3, 139/2005, de 26 de mayo, FJ 2, 101/2009, de 27 de abril, FJ 2, 22/2010, de 27 de abril, FJ 2, 63/2011, de 16 de mayo, FJ 2, 73/2011, de 19 de mayo, FJ 2, 75/2011, de 19

de mayo, FJ 4.b), 79/2011, de 6 de junio, FJ 2, 117/2011, de 4 de julio, FJ 2, 151/2011, de 29 de septiembre, FJ 4, 175/2011, de 8 de noviembre, FF. JJ. 2 y 8, 21/2012, de 16 de febrero, FJ 2, 28/2012, de 1 de marzo, FJ 2, 87/2012, de 18 de abril, FJ 3, 160/2012, de 20 de septiembre, FJ 2, 166/2012, de 1 de octubre, FJ 8, 183/2012, de 17 de octubre, FJ 2, 196/2012, de 31 de octubre, FJ 1, 58/2013, de 11 de marzo, FJ 2, 183/2013, de 23 de octubre, FJ 3, 73/2014, de 8 de mayo, FJ 2, 22/2015, de 16 de febrero, FJ 1, 29/2015, de 19 de febrero, FJ 2, y 41/2015, de 2 de marzo, FJ 2].

La sentencia que resuelve la cuestión se comunica inmediatamente al órgano judicial proponente, quien la notificará a las partes del proceso pendiente ante él (art. 38.3 LOTC). Se publica en el Boletín Oficial del Estado con los votos particulares que, en su caso, expresen las opiniones del Presidente o de los Magistrados discrepantes o solo parcialmente concurrentes sobre el fallo o la fundamentación que lo sustenta (arts. 164.1 CE y 86.2 y 90.2 LOTC), y se notifica a los comparecidos en el proceso constitucional (arts. 80 LOTC y 270 LOPJ).

Las sentencias del Tribunal Constitucional tienen valor de cosa juzgada a partir del día siguiente al de su publicación, vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales (arts. 164.1 CE y 38.1 LOTC). Los Jueces y Tribunales deben interpretar las leyes y los reglamentos de conformidad a la interpretación de los preceptos y principios constitucionales que resulte de ellas (art. 5.1 LOPJ). Y, en todo caso, la jurisprudencia «recaída sobre leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el Tribunal Constitucional habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias» que resuelvan los procesos constitucionales (art. 40.2 LOTC).

La sentencia del Tribunal Constitucional vincula al Juez o Tribunal proponente de la cuestión desde que tiene conocimiento de ella, por lo que si su fallo la contraviniese

vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y podría ser recurrido en amparo. **Para las partes del proceso que ha dado lugar al planteamiento de la cuestión produce efectos desde que les resulte notificada** (art. 38.3 LOTC). **Cuando la cuestión haya sido propuesta al tramitar un recurso de amparo** (art. 55.2 LOTC), **en caso de que se declarase la inconstitucionalidad y nulidad de la norma cuestionada tal pronunciamiento proyectaría sus efectos sobre este recurso y sobre todos los recursos de amparo pendientes de fallo** (STC 70/2017, de 5 de junio, FJ 4). De conformidad al principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) **no permite, en principio** (art. 40.1 LOTC), **la revisión de procesos en los cuales se hayan dictado sentencias con fuerza de cosa juzgada aplicando la norma declarada inconstitucional** (STC 55/2017, de 11 de mayo, FJ 5), **salvo en el caso de procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador** en los que de la nulidad de la norma aplicada resulte una reducción de la pena o de la sanción, o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad (SSTC 159/1997, de 2 de octubre, FJ 7, 45/1989, de 20 de febrero, FJ 11, 146/1994, de 12 de mayo, FJ 8, 179/1994, de 16 de junio, FJ 12, 194/2000, de 19 de julio, FJ 12, 179/2006, de 13 de junio, FJ 11, 84/2008, de 21 de julio, FJ 4, 27/2012, de 1 de marzo, FJ 10, 196/2012, de 31 de octubre, FJ 6, 60/2013, de 13 de marzo, FJ 7, 40/2014, de 11 de marzo, FJ 6, y 22/2015, de 16 de febrero, FJ 5). A este mismo fundamento responde la consideración como situaciones consolidadas de aquellas a las que lo declarado en la sentencia no extiende sus efectos; de las situaciones administrativas firmes; y de las que no hubieran sido impugnadas en la fecha de publicación de la sentencia (SSTC 179/1994, de 16 de junio, FJ 12, 103/2013, de 25 de abril, FJ 6, 207/2014, de 15 de diciembre, FJ 5, y 151/2017, de 21 de diciembre, FJ 8).

Contra la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional no cabe recurso algu-

no, pero en el plazo de dos días a contar desde que sea notificada puede solicitarse su aclaración (arts. 164.1 CE y 38.1 y 93.1 LOTC).

Para la ejecución de la sentencia del Tribunal Constitucional serán aplicables, con carácter supletorio de la LOTC, los preceptos de la LJCA (art. 80, párr. 2.º, de la LOTC).

La sentencia desestimatoria de la cuestión por razones de fondo impide su reproducción con fundamento en la misma infracción de idéntico precepto constitucional (art. 38.2 LOTC). De plantearse esta ulterior cuestión (salvo que el Tribunal considerase necesario rectificar su anterior doctrina) habría de ser inadmitida a trámite (AATC 93/1991, de 12 de marzo, FJ único, 40/1995, de 31 de enero, FJ único, 54/1996, de 27 de febrero, FJ único, 258/1998, de 24 de noviembre, FJ único, 17/1999, de 26 de enero, FJ único, y 69/1999, de 23 de marzo, FJ 4). **La desestimación de un recurso de inconstitucionalidad, por el contrario, no cierra en principio la posibilidad del planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad sobre la norma legal objeto del mismo**, con independencia del deber de los órganos judiciales de atenerse a la doctrina que haya sido ya establecida, en el fallo desestimatorio o en otros pronunciamientos, por el intérprete último de la Constitución (SSTC 20/1988, de 18 de febrero, FJ 2, 319/1993, de 27 de octubre, FJ 2, y 55/1996, de 28 de marzo, FJ 2; ATC 93/1991, de 12 de marzo, FJ único).

Su inadmisión en sentencia por razones de forma no cierra el paso a un nuevo planteamiento de la cuestión una vez subsanados los defectos procesales del anteriormente efectuado. E, igualmente, la desestimación de un recurso de inconstitucionalidad por razones de forma no es obstáculo para que la norma con rango legal que haya sido objeto del mismo pueda ser cuestionada ante el Tribunal Constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

ARAGÓN REYES, M., «La STC 37/2012, de 19 de marzo. Cuestión de inconstitucionalidad sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en Díez Pícazo, L. (Coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor José María Miquel*, Vol. I, 2014, págs. 301-307.

BLASCO SOTO, M. C., «Reflexiones en torno a la fuerza de cosa juzgada en la sentencia dictada en cuestión de inconstitucionalidad», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 41, 1994, págs. 35-62.

— *La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad*, 1.^a ed., Barcelona, 1995.

CANAL FERNÁNDEZ, L., «La interinidad como criterio determinante de la especial valoración de la experiencia en los procedimientos de acceso a la función pública: a propósito de la STC de 28 de abril de 2016 y de la STS de 10 de noviembre de 2016», *Actualidad Administrativa*, tomo 2017-2.

CARRILLO LÓPEZ, M., *El juez ordinario y el juez constitucional en la cuestión de inconstitucionalidad (Il Giudizio sulle leggi e la sua diffusione: verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso: atti del Seminario di Pisa svoltosi il 25-26 maggio 2001 in ricordo di Giustino D'Orazio)*, Torino, 2002, págs. 661-677.

CASTELLÁ ANDREU, J. M. y EXPÓSITO GÓMEZ, E., «La intervención de las partes del juicio *a quo* en la cuestión de inconstitucionalidad. El art. 37.2 LOTC y la incidencia de la STEDH de 23 de junio de 1993», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 4, 1999, págs. 293-316.

CORZO SOSA, E., «La cuestión de inconstitucionalidad: ¿puede servir la experiencia española de precedente y fundamento para su instauración en Francia?», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 87, 1996, págs. 827-871.

— *La cuestión de inconstitucionalidad*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pág. 575.

CRUZ VILLALÓN, P. y REQUEJO PAJÉS, J. L., «La relación entre la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 50, 2015, págs. 173-194.

CUBERO TRUYO, A., «La posición del Tribunal Constitucional sobre el decreto-ley, a través de sus autos de inadmisión a trámite de las cuestiones de inconstitucionalidad», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, 2015, págs. 125-142.

DELGADO GONZÁLEZ, A. F., «La regulación de las operaciones vinculadas. Cuestión de inconstitucionalidad e ilegalidades reglamentarias. Auto del TS de 8-2-2011», *Quincena Fiscal*, núm. 15-16, 2012, págs. 85-103.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., «Juzgado dicta Sentencia tras elevar cuestión de inconstitucionalidad: falta sobrevenida del juicio de relevancia», *Tribunales de Justicia*, núm. 2, 1997-I, págs. 270-274.

— «Desaparición sobrevenida del objeto de cuestión de inconstitucionalidad por previa estimación de recurso de inconstitucionalidad», *Tribunales de Justicia*, núm. 12, 1997-II, págs. 1296-1297.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M., «Consideraciones en torno a la inconstitucionalidad sobrevenida de las normas sobre la producción jurídica y a la admisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad: comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de julio de 1984», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 13, 1985, págs. 147-156.

DUQUE VILLANUEVA, J. C., «La cuestión de inconstitucionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *Derechos procesales y tutela judicial efectiva: jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Gobierno Vasco-Consejo General del Poder Judicial, Vitoria-Gasteiz, 1994, págs. 119-153.

FERNÁNDEZ DE FRUTOS, M., *El procedimiento de la cuestión de inconstitucionalidad*, 1.^a ed., Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Barcelona, 2003.

- «Los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad: el recurso de inconstitucionalidad y la cuestión de inconstitucionalidad», en *Constitución: desarrollo, rasgos de identidad y valoración en el XXV aniversario (1978-2003)*, Barcelona, 2004, págs. 429-450.

FERNÁNDEZ MONTALVO, R., «La cuestión de inconstitucionalidad en la doctrina del Tribunal Constitucional», en *Segundas Jornadas de Derecho Judicial. Incidencia de la Constitución en las normas aplicables por los Tribunales de Justicia*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1985, págs. 683-692.

GABALDÓN LÓPEZ, J., «La cuestión de inconstitucionalidad», en *Temas básicos del Derecho. Una visión actual*, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada de la Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1992, págs. 391-409.

GARCÍA COUSO, S., «El juicio de relevancia como instrumento garantizador de la naturaleza de control concreto de la cuestión de inconstitucionalidad», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 86, 1996, págs. 187-210.

- «El juicio de relevancia en la cuestión de inconstitucionalidad», *Cuadernos y debates*, núm. 70, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.
- «Sobre el comportamiento del juez a quo una vez planteada y admitida a trámite la cuestión de inconstitucionalidad: la irrelevancia sobrevenida», *Tribunales de Justicia*, núm. 8-9, 1998-II.

GARCÍA MARTÍNEZ, M. A., «Bibliografía sobre control de constitucionalidad: recurso y cuestión de inconstitucionalidad», *Revista de Derecho Político*, núm. 38, 1993, págs. 423-440.

GARCÍA ROCA, J., «El planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad por el juez ordinario: el caso del juez civil», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 27, 1992, págs. 101-138.

GOIG MARTÍNEZ, J. M., «Capítulo IV. La defensa de la constitución a través de la jurisdicción constitucional. El Tribunal Constitucional», en GOIG MARTÍNEZ, J. M. (Coord.), *Configuración del estado constitucional en España*, Madrid, 2017, págs. 87-114.

GÓMEZ DE LA ESCALERA, C. R., «El control judicial de la constitucionalidad de las leyes: la “cuestión de inconstitucionalidad” del art. 163 de la Constitución española», *La Ley*, t. III, 1985, págs. 1065-1081.

GONZÁLEZ ALONSO, A., «Un supuesto de utilización de la cuestión de inconstitucionalidad para eludir la jurisprudencia legal; la otra historia de los profesores de religión», en REVENGA SÁNCHEZ, M. (Coord.), *El poder judicial: VI Congreso de la Asociación Constitucionalista de España*, 2009, págs. 727-754.

HERRERA GARCÍA, A., «¿Cuestión interna de inconstitucionalidad o interpretación de la ley? Una revisión a las formas de resolver el amparo indirecto frente a las leyes», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 87, 2009, págs. 361-398.

HERRERO-TEJEDOR ALGAR, F., «La intervención de las partes en la cuestión de inconstitucionalidad», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, T. I, 2000, págs. 1825-1854.

IZQUIERDO BARRAGÁN, M., «Planteamiento por la Audiencia Nacional de cuestión de inconstitucionalidad contra la imposición de tasas judiciales en la jurisdicción contencioso-administrativa», *Administración de Andalucía. Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 86, 2013, págs. 225-242.

JIMÉNEZ CAMPO, J., «Los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad», en *Los procesos constitucionales*, Segundo simposio de Derecho constitucional, Sevilla, 27 y 28 de septiembre de 1991, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

- «Analogía Secundum constitutionem», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 13, 1992, págs. 9-30.
- «Consideraciones sobre el control de constitucionalidad de la ley en el derecho español», en *La Jurisdicción Constitucional en España: La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: 1979-1994*, I, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, págs. 71-112.
- «Cuestiones irrelevantes», *Anuario de Derecho constitucional y parlamentario*, núm. 7, Asamblea Regional de Murcia, 1995, II, págs. 79-101.
- «Algunos rasgos de la cuestión de inconstitucionalidad en España», en *La aplicación jurisdiccional de la constitución*, Valencia, 1997, págs. 81-109.

LOJENDIO IRURE, I. M., «Antecedentes y normativa de la cuestión de inconstitucionalidad en el ordenamiento español», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 18, 1987, págs. 89-121.

LÓPEZ BOFILL, H., *Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley*, Valencia, 2004.

LÓPEZ ULLA, J. M., *Recopilación de jurisprudencia constitucional sobre la cuestión de inconstitucionalidad*, Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Barcelona, 1999.

- *La cuestión de inconstitucionalidad en el Derecho español*, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- «La cuestión de inconstitucionalidad tras la reforma de la Ley Orgánica 6/2007 del Tribunal Constitucional», en PÉREZ TREMPES, P. (Coord.), *La Reforma del Tribunal Constitucional: Actas del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Valencia, 2007, págs. 177-216.

LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., «La falta de legitimación de las partes de un proceso para solicitar del órgano jurisdiccional el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional», *LA LEY*, 1991, págs. 1064-1067.

MARÍN PAGEO, E., *La cuestión de inconstitucionalidad en el proceso civil*, Madrid, 1990.

MARTÍNEZ SOSPEDRA, M., «Aplastar la serpiente en el huevo: acerca de la cuestión de inconstitucionalidad promovida contra el art. 607.2 del CP», *Revista General de Derecho*, núm. 664-665, 2000, págs. 99-116.

MEDINA GUERRERO, M., «Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en procesos de control de constitucionalidad de normas con valor de ley», en *La Sentencia sobre la Constitucionalidad de la Ley (Actas de las II Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, págs. 309-337.

MENDIZÁBAL SANZ, T., «Expropiación forzosa por Ley Singular. Cuestión de inconstitucionalidad en proceso interdicial», *Actualidad Administrativa*, núm. 11, 1987, págs. 585-612.

PACHECO GALLARDO, M., «Cuestión de inconstitucionalidad», *Diario La Ley*, núm. 8771, 2016.

PÉREZ GORDO, A., «Problemática procesal de la promoción por los órganos judiciales de la cuestión de inconstitucionalidad», en *El Tribunal Constitucional*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981, págs. 2119-2168.

POMED SÁNCHEZ, L. A., «El trámite de admisión de la cuestión de inconstitucionalidad en Derecho español», en AA. VV., *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional español*, Porrúa, México, 2012, págs. 41-70.

PULIDO QUECEDO, M., «Jurisprudencia. Cuestión de inconstitucionalidad», *Derecho de los Negocios*, núm. 254, 2011, pág. 55.

— «Jurisprudencia del TC. Cuestión de inconstitucionalidad. Régimen matrimonial de separación de bienes», *Derecho de los Negocios*, núm. 259, año 23, 2012, págs. 50-61.

QUINTANA CARRETERO, J. P., «La responsabilidad del Estado legislador por la inconstitucionalidad de las leyes», *Revista del Poder Judicial*, núm. 93, 2012, págs. 75.

REQUEJO RODRÍGUEZ, P., «Jurisprudencia, cuestión de inconstitucionalidad e independencia judicial», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, 2014, págs. 155-167.

— «Cuestión de inconstitucionalidad y tutela judicial efectiva», *Revista de Estudios Jurídicos*, núm. 15, 2015.

RODRÍGUEZ MERINO, A., «Consideraciones en torno al planteamiento de la denominada “cuestión de inconstitucionalidad”», *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, núm. 5, 1983, Universidad de Palma de Mallorca, págs. 61-75.

SAHÚN PACHECO, R., «La relación entre la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad en dos resoluciones judiciales recientes», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 181, 2016, págs. 377-394.

SALA ARQUER, J. M., «Consideraciones sobre la cuestión de inconstitucionalidad», en *El Tribunal Constitucional*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981, págs. 2445-2464.

SÁNCHEZ BARRILAO, J. F. y SÁNCHEZ LORENZO, S., «Sumisión tácita, derecho de defensa y competencia judicial internacional en las redes de la cuestión de inconstitucionalidad y de la cuestión prejudicial», *La Ley Unión Europea*, 2014, págs. 5-14.

SANTAOLALLA LÓPEZ, F., «Naturaleza del control de constitucionalidad de las leyes», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 35, 1995, págs. 117-166.

SOSPEDRA NAVAS, F. J., *Justicia Constitucional y Procesos Constitucionales*, Civitas, Madrid, 2011.

TRIANA REYES, B., «Posible inaplicación por los Tribunales de leyes autonómicas en caso de contradicción con legislación básica estatal posterior (Comentario a la STC 102/2016, de 25 de mayo)», *Actualidad Administrativa*, núm. 10, 2016.

- «Preferencia de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la cuestión de inconstitucionalidad: Comentario al ATC 168/2016, de 4 de octubre», *Actualidad Administrativa*, núm. 2, 2017.
- «Nuevas precisiones del Tribunal Constitucional en torno al principio de prevalencia (Comentario a la STC 204/2016, de 1 de diciembre)», *Actualidad Administrativa*, núm. 3, 2017.
- «Cuestiones de inconstitucionalidad en recursos directos contra reglamentos. ATC 175/2017, de 19 de diciembre», *Actualidad Administrativa*, núm. 3, 2018.

TUDELA GUERRERO, J., «Los efectos de las sentencias dictadas en procesos de control de constitucionalidad», *Boletín de Información, Ministerio de Justicia*, núm. 1882-2000, págs. 3911-3922.

URÍAS MARTÍNEZ, J. P., *La cuestión interna de inconstitucionalidad*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.

VELASCO CABALLERO, F., «Crónica de jurisprudencia en procesos sobre inconstitucionalidad de leyes, en aspectos no competenciales», en *Actas de las VI jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, 2001, págs. 125-155.

VILEDAS PASCUAL, M. L., «¿Son constitucionales las leyes autonómicas que afectan al régimen de ejecución de sentencias invocando como respaldo la incidencia de alguna competencia exclusiva autonómica sectorial? Solución dada por el TC a la cuestión de inconstitucionalidad planteada a la Ley 2/2011, de 4 de abril, "Ley de derribos cántabra", en Sentencia de 22 de abril de 2013», *Práctica Urbanística*, núm. 124, septiembre-octubre 2013, págs. 56-61.

VILLAVARDE MENÉNDEZ, I., «Algunas reflexiones acerca de la cuestión de inconstitucionalidad», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 18, 2003, págs. 241-258.

VIVER PI-SUNYER, C., «El auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 7, 1999, págs. 97-109.

XIOL RÍOS, C., «La inaplicación por los tribunales de la ley autonómica que se opone a la legislación básica del Estado exige el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad», en *La Administración Práctica: Enciclopedia de Administración Municipal*, núm. 12, 2015, págs. 153-158.

Artículo 164

1. Las sentencias del Tribunal Constitucional se publicarán en el boletín oficial del Estado con los votos particulares, si los hubiere. Tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas. Las que declaren la inconstitucionalidad de una ley o una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho tienen plenos efectos frente a todos.

2. Salvo que en el fallo se disponga otra cosa, subsistirá la vigencia de la ley en la parte no afectada por la inconstitucionalidad.

Sumario: I. Introducción. Enfoque general del comentario. II. Breve exégesis del precepto. Consideración global. 1. Apartado 1. A) Inciso primero. Mandato de publicación de las Sentencias. a) El mandato en sí. b) Extensión del mandato de publicación. Objeto de la publicación. B) Inciso segundo. El valor de cosa juzgada de las sentencias. C) Inciso tercero. La referencia a las sentencias de inconstitucionalidad. 2. Apartado 2. III. La aplicación del art. 164 CE en la doctrina del Tribunal Constitucional. 1. Aplicación del inciso primero en las resoluciones del Tribunal Constitucional. A) Apelaciones genéricas a la publicidad del art. 164.1 CE. B) Aparición de la necesidad de publicación de Autos. C) Votos particulares. D) Publicación de sentencias y posible incidencia negativa en el derecho a la intimidad u otros intereses de las partes. 2. Aplicación de los incisos segundo y tercero del art. 164.1 en las resoluciones del Tribunal Constitucional. A) Observación previa de orden sistemático. B) La aplicación del art. 164.1 CE en los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad. C) La aplicación del art. 164.1 en los recursos de amparo constitucional. a) Consideración previa sobre alusión a la cosa juzgada. b) Aplicación del inciso tercero art. 164.1 CE (efectos frente a todos en los recursos de amparo). c) Posibilidad de modificación por el TC de su propia doctrina como límite del efecto frente a todos. D) La aplicación del art. 164.1 CE a los conflictos de competencias. 3. Alusión a los demás procesos.

VICENTE CONDE MARTÍN DE HIJAS

MAGISTRADO EMÉRITO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. INTRODUCCIÓN. ENFOQUE GENERAL DEL COMENTARIO

A cuarenta años de la vigencia de la Constitución y a casi otros tantos de la existencia del Tribunal Constitucional han sido numerosísimos, y de alto valor doctrinal, los estudios sobre las Sentencias del Tribunal Constitucional, lo que aconseja no intentar añadir a ellos uno más. Aparte de exceder las pautas impartidas por los coordinadores de estos comentarios, y la extensión recomendada, sería de dudosa utilidad.

El comentario que se aborda opta por atenerse a una muy breve exégesis del precepto constitucional en sí mismo, sin ulteriores compromisos sobre un estudio extenso de su desarrollo legal en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC en adelante), salvo mínimas e inevitables observaciones al respecto, para centrarse esencialmente en el análisis de la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional a lo largo del tiempo en la aplicación o interpretación del precepto constitucional que nos ocupa. Y ello adoptando de principio (en la medida de lo posible, pues inevitablemente cualquier trabajo refleja, aun sin pretenderlo, un subjetivismo selectivo, que de por sí puede ocultar una actitud crítica, al menos implícita) un propósito de neutralismo valorativo, evitando incidir en vertientes críticas respecto de las diferentes aplicaciones del precepto, ni en la LOTC ni en la doctrina del Tribunal Constitucional.

II. BREVE EXÉGESIS DEL PRECEPTO. CONSIDERACIÓN GLOBAL

1. Apartado 1

El art. 164 CE es un **precepto sumamente abierto** que regula solo unos efectos muy generales, aunque esenciales, de las Sentencias del Tribunal Constitucional, sin pretender en absoluto una regulación, ni siquiera básica de la Sentencia, ni mucho menos de sus distintos tipos, todo lo cual queda relegado a una ul-

terior regulación infraconstitucional, que vendrá de la LOTC y sobre todo de la propia praxis del Tribunal Constitucional.

El precepto contiene por una parte un **mandato de publicación de las Sentencias** en el inciso primero del ap. 1, y en los incisos siguientes del mismo apartado, así como en el ap. 2, lo que propiamente puede calificarse como una regulación constitucional genérica de los **efectos de las sentencias**.

En esa misma línea de regulación debe situarse también la previsión del art. 161.1.a) CE, inciso segundo («La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de Ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a esta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada»).

A) *Inciso primero. Mandato de publicación de las Sentencias*

a) El mandato en sí

Dada la misión institucional del Tribunal Constitucional, al que el art. 1 de la LOTC califica como «intérprete supremo de la Constitución», y el significado de los procesos que le son atribuidos en el art. 161 CE, la publicidad de las Sentencias del Tribunal se erige en condición de eficacia de las mismas, y en medio indispensable para la vigencia social de la doctrina del Tribunal. A tal efecto la Constitución utiliza como instrumento idóneo de dicha publicidad el *Boletín Oficial del Estado*. Debe entenderse que la publicación ordenada es presupuesto normativo de referencia del efecto que se regula en el inciso siguiente.

b) Extensión del mandato de publicación. Objeto de la publicación

El precepto se refiere a las **sentencias**, con el matiz de que la publicación de estas se hará con los **votos** particulares.

El precepto no tiene salvedades respecto al contenido de las Sentencias, por lo que permite entender que la publicación debe ser de la sentencia en su integridad.

No se incluyen, pues, en principio, en la exigencia de publicación otro tipo de resoluciones, que sin embargo pueden contener importante doctrina del Tribunal Constitucional, como los Autos y las declaraciones sobre constitucionalidad de los Tratados.

No obstante, **la LOTC en su art. 86.2 amplía** a las referidas declaraciones el mismo mandato de publicación de las Sentencias.

Por lo que hace a los Autos, en principio no exigidos de publicación por el art. 164.1 CE, en la actualidad, tras la reforma de la LOTC por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, el art. 86.2 de la misma, inciso final, dispone que «también podrá el Tribunal ordenar la publicación de los autos en la misma forma cuando así lo estime conveniente».

Tras esa misma reforma el propio art. 38 de la LOTC en su ap. 3 potencia la publicidad por el Tribunal Constitucional de sus resoluciones a través de otros medios distintos del *Boletín Oficial del Estado*, al que se refiere el apartado anterior del precepto, adoptando «en su caso, las medidas que estime pertinentes para la protección de los derechos reconocidos en el art. 18.4 de la Constitución».

A ello debe añadirse como vehículo de publicación «la recopilación, clasificación y publicación de la doctrina constitucional del Tribunal», atribuida por el art. 97.1.b) LOTC como tarea del Secretario General bajo la autoridad e instrucciones del Presidente.

B) Inciso segundo. El valor de cosa juzgada de las sentencias

El inciso segundo del ap. 1 del art. 164 («Tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación y no cabe recurso

alguno contra ellas») se refiere a todo tipo de **sentencias** sin distinción; por tanto, alude a las de **todas las clases de procesos** a que se refiere el art. 161 CE e independientemente de su sentido estimatorio o desestimatorio. La Constitución sitúa así la clave del efecto genérico de las sentencias del Tribunal Constitucional en la idea del valor de cosa juzgada.

Debe llamarse, sin embargo, la atención sobre el hecho de que el inciso comentado utiliza una categoría procesal plenamente consagrada en la teoría del Derecho procesal y muy precisa con él, que en su aplicación al ámbito de los procesos constitucionales no puede operar con idéntico sentido que en los procesos de que conoce la jurisdicción ordinaria, tanto por el propio significado institucional del Tribunal Constitucional y de su doctrina, como por la índole de las materias objeto de los distintos procesos, que en su expresión más genuina (los referidos a la constitucionalidad de las leyes) tienen una transcendencia, que ni en sus aspectos objetivos ni subjetivos, ni en la finalidad misma de los procesos, tienen nada que ver con los elementos sobre los que opera la teoría procesal general de la cosa juzgada.

El sentido inequívocamente discernible de la previsión constitucional **expresa** en realidad, más que cualquier otro contenido de mayor precisión teórica (por lo demás inapropiado a un texto constitucional), **la idea del efecto de decisión definitiva del proceso y de solución inatacable** de lo decidido en él, que no puede ser dejada sin efecto con posterioridad ni por el mismo Tribunal Constitucional.

Naturalmente, ello referido al fallo y al caso decidido en él, y no así, o no en los mismos términos, a la doctrina conducente a ese fallo.

No cabe por ello dar por sentado que la sola mención constitucional del valor de cosa juzgada de las sentencias del Tribunal Constitu-

cional permita proclamar de la misma en plenitud las vertientes que la ciencia procesal predica de esa categoría jurídica. A saber: de cosa juzgada formal y material: la formal en cuanto inacatabilidad de la sentencia (efecto este aquí sí indiscutible); y la material en su doble aspecto de efecto preclusivo; esto es, de óbice para la reproducción de procesos con el mismo objeto del decidido por la sentencia; y de efecto prejudicial, esto es, de fijación como dato inalterable en eventuales procesos posteriores de lo decidido en la sentencia dotada de ese valor, siempre que, en uno y otro caso, se den los elementos objetivos y subjetivos de identidad precisos entre los sucesivos procesos.

Únase a ello que el elemento de la pretensión procesal clave de referencia de la categoría de la cosa juzgada en la doctrina procesal general no es discernible en algún tipo de procedimiento constitucional muy característico, como el de las cuestiones de inconstitucionalidad.

En todo caso no ofrece duda la aplicabilidad de la idea de **cosa juzgada formal** de las sentencias en todo tipo de procesos, pues el contenido de la misma se proclama con inequívoca explicitud en el inciso comentado cuando dice que «no cabe recurso alguno contra ellas». Pero precisamente el hecho de que se precise ese concreto contenido de la cosa juzgada abre un espacio discursivo para entender que la idea de valor de cosa juzgada permite pensar en otros efectos de esa categoría jurídica diferentes del de la denominada cosa juzgada formal, aunque sea problemático un intento de construcción aceptable de cualquier teoría.

Debe tenerse especialmente en cuenta al efecto el **significado distinto de los diversos tipos de procesos** y el juego diferente en cada uno de ellos de los elementos concernidos en los mismos, según se trate de procesos sobre la constitucionalidad de las leyes, y dentro de ellas los recursos de inconstitucionalidad y las cuestiones de inconstitucionalidad

de las leyes, los conflictos de competencias, o los recursos de amparo.

Es destacable que la previsión general del inciso que comentamos **no se reproduce con el mismo alcance de generalidad en la LOTC**, que solo se refiere al valor de la cosa juzgada en referencia a las «sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad» (art. 38.1 LOTC), y no así en los demás, si bien el sentido de lo que en la teoría se denomina cosa juzgada formal se establece, sin embargo, en el art. 93.1 LOTC («contra las sentencias del Tribunal Constitucional no cabe recurso alguno...»).

Una manifestación en la LOTC del valor de cosa juzgada de las sentencias, en concreto en su vertiente de efecto preclusivo de lo que se conoce en la doctrina como cosa juzgada material se contiene en el art. 38.2 LOTC, aunque referido solo a los procesos que en él se indican, y no a todos los incluidos en el ámbito conceptual del art. 164.1, inciso segundo, cuando dice:

«Las sentencias desestimatorias dictadas en recursos de inconstitucionalidad y en conflictos en defensa de la autonomía local impedirán cualquier planteamiento ulterior de la cuestión por cualquiera de las dos vías, fundado en la misma infracción de idéntico precepto constitucional.»

Desbordaría el marco del comentario contraído al art. 164 CE un intento de exégesis de ese precepto de la LOTC, por lo demás de absoluta claridad en lo que dice como en lo que no dice, y por tanto en cuanto al espacio abierto de otros posibles procesos de inconstitucionalidad, que no sean ninguno de los dos citados.

El inciso del art. 164.1 CE comentado fija el **momento temporal de producción** del valor de la cosa juzgada situándolo «a partir del **día siguiente de su publicación**», que lógicamente debe entenderse al de la publicación en el *Boletín Oficial del Estado*.

Por el contrario, la LOTC en el único precepto en que alude al valor de la cosa juzgada de las sentencias, en el art. 38.1, ya referido antes, fija ese momento **«desde la fecha de su publicación** en el Boletín Oficial del Estado», aunque ello lo hace cuando se refiere a una pluralidad de otros efectos («tendrán el valor de cosa juzgada, vincularán a todos los poderes públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el Boletín Oficial del Estado»). En una interpretación puramente gramatical sería factible, tal vez, entender que la fijación de ese momento temporal pudiera referirse a la alusión de los efectos frente a todos, aunque la explicación de pura conciliación literal, no deje de ser un tanto artificiosa, y sea lógico apreciar que existe una desarmonía en ese extremo entre el art. 164.1 CE y el art. 38.1 LOTC.

C) *Inciso tercero. La referencia a las sentencias de inconstitucionalidad*

El inciso tercero establece **un efecto especial de ciertas sentencias** del Tribunal Constitucional, lo que, hasta cierto punto, singulariza ese efecto del genéricamente atribuido a todas en el inciso anterior. Naturalmente, el hecho de que la Constitución proclame de modo imperativo ese efecto no es óbice, como de inmediato se verá, para que, bien por la LOTC, bien por la doctrina del propio Tribunal Constitucional, ese mismo efecto pueda generalizarse a otras sentencias.

En concreto las sentencias a las que el inciso atribuye los **«plenos efectos frente a todos»** son de dos clases, la primera muy precisa: «las que **declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley»**; y la segunda de alcance conceptual mucho menos preciso, que es susceptible de abarcar en su amplitud incluso a las anteriores, aparte de a otras muchas: «todas las que **no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho»**. En sentido literal la referencia a las sentencias que declaren la inconstitucio-

nalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley tiene un sentido limitativo que en principio deja fuera de ella las sentencias que, versando sobre el enjuiciamiento de una ley, no concluyan declarando su inconstitucionalidad; esto es, las sentencias **desestimatorias** de recursos y cuestiones de inconstitucionalidad. Y por supuesto no tendría cabida en esa referencia ni las sentencias de **conflictos de competencias, ni las de los recursos de amparo**.

No obstante, la segunda difusa referencia a las sentencias que **no se limiten a la estimación subjetiva** de un derecho tiene la suficiente amplitud para poder extender su radio conceptual de aplicación a sentencias de todo tipo de procesos, incluso las sentencias de procesos de inconstitucionalidad que acaben no declarándola, centrándose en este y en los demás casos la clave de los efectos, no en el fallo, sino en la **doctrina** elaborada en la sentencia de que se trate que desborde el simple contenido de la estimación subjetiva de un derecho.

El proclamado efecto frente a todos se extiende no solo al fallo, sino a la doctrina conducente a él en cuanto posible canon para decisión de otros casos similares (SSTC 158/2004, de 21 de septiembre, FJ 4; 302/2005, de 2 de noviembre, FJ 6; 95/2016, de 12 de mayo, FJ 8; 90/2017, de 5 de julio, FJ 12; AATC 273/2006, de 17 de julio, FJ 4; 120/2010, de 4 de octubre, FJ 1; 141/2016, de 19 de julio, FJ 2).

El término subjetivo «todos» es absolutamente plenario, lo que supone la inclusión en él tanto de los poderes públicos como de los ciudadanos y de las instituciones privadas y públicas, todos los cuales deberán atenerse a la interpretación de la Constitución expresada por el Tribunal Constitucional en las sentencias a la hora de ejercer sus respectivos poderes (incluyendo en esa referencia al legislativo, al ejecutivo y al judicial) o derechos y facultades jurídicas los sujetos privados.

El precepto constitucional no concreta los medios para garantizar la virtualidad real de esos efectos frente a todos, debiéndose entender que serán en general los que el ordenamiento jurídico arbitra para reaccionar frente a las vulneraciones de la Constitución por las diversas normas o actos jurídicos, públicos o privados.

Como manifestación más genuina de la consagración constitucional de esos «plenos efectos frente a todos», y en la medida que ello implica una poderosa incidencia en la configuración del ordenamiento jurídico, debe traerse a colación su especial **proyección sobre el poder judicial**, y en relación con él lo dispuesto en el art. 161.1.a), inciso segundo, CE:

«La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a esta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada.»

Tras la reforma de la LOTC por la Ley Orgánica 6/2007, esa norma constitucional viene a reiterarse, ampliando la inicial limitación del primigenio art. 40.2 de la LOTC a los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad a todos los procesos constitucionales. Dice así el actual art. 40.2:

«En todo caso la jurisprudencia de los Tribunales de justicia recaída sobre leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el Tribunal Constitucional habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos *que resuelvan los procesos constitucionales.*»

Y al mismo tiempo la LOTC en el art. 40.1, además de reiterar en general la garantía de la cosa juzgada de las sentencias de los Tribunales establecida en el inciso final del art. 161.1.a), introduce en esa salvedad una **excepción** para «el caso de los **procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad.**».

Lo que no hace el precepto constitucional, salvo la previsión más concreta del citado art. 161.1.a), es definir con precisión cuáles sean los concretos efectos que la Sentencia deba producir, sino solo la proyección subjetiva de los mismos. En realidad, esos efectos concretos dependerán en cada caso del propio contenido de la sentencia y del sentido de su fallo.

En otros términos, la Constitución no define en términos cerrados el alcance de la declaración de inconstitucionalidad de la ley, lo que abre un amplio espacio a la regulación de la LOTC y a la doctrina del Tribunal Constitucional.

Y así, **la Constitución sería en principio compatible, bien con un sistema de derogación de la norma por efecto de su declaración de inconstitucionalidad, bien con otro de declaración de nulidad, y esta, a su vez, con efectos *ex tunc* o *ex nunc*; o incluso con la mera declaración de inconstitucionalidad sin inmediata expulsión del ordenamiento jurídico**, dejando a disposición del legislador o de los jueces el remedio de la inconstitucionalidad declarada.

De las posibilidades constitucionales en principio posibles el **art. 39.1 LOTC opta por vincular a la declaración de inconstitucionalidad la de nulidad**, que además permite extender no solo al precepto impugnado, sino a «la de aquellos otros de la misma Ley o acto con fuerza de Ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia», permitiendo así disociar la pretensión impugnatoria, el objeto del recurso o cuestión de inconstitucionalidad, de la decisión final de la sentencia.

Y a su vez la **doctrina del Tribunal ha ampliado la gama de tipos de sentencia posibles de procedimientos de declaración de inconstitucionalidad** en términos que no es posible desarrollar aquí en detalle, sino simplemente enunciar, como son, sin un propósito exhaustivo de la enunciación, las sentencias interpretativas (de constitucionalidad o de inconstitucionalidad); las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad sin nulidad; las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad con declaración **de nulidad aplazada**; las sentencias que incidan **en el ámbito territorial de la disposición** sin declaración genérica de inconstitucionalidad o en el carácter formal de la norma impugnada (orgánica o de bases); o las que **modifican el ámbito material de la disposición**, llamadas también reductoras, etcétera.

El art. 40 de la LOTC completa la regulación del art. 39 con la regulación de los efectos de esas sentencias, en los términos que ya antes se han expuesto.

En línea con el inciso que nos ocupa, el art. 38.1 LOTC refuerza y amplía la previsión constitucional, cuando por una parte no se refiere a las sentencias que declaren la inconstitucionalidad (lo que supone la limitación que antes se indicó), sino a «las sentencias recaídas en **procedimiento de inconstitucionalidad**», de modo que resultan comprendidas en la disposición tanto las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad como las que, desestimando los recursos o cuestiones, no la declaran. Y por otra parte singulariza a los poderes públicos, individualizando su posición y reforzando en cuanto a ellos los efectos frente a todos de que habla el art. 164, al decir que «vincularán a todos los poderes públicos», aparte de concluir con la afirmación, casi reproducción de la del art. 164.1 CE, de que «producirán efectos generales frente a todos». Sus efectos frente a todos lo extiende además la LOTC en el art. 71.3 a «los conflictos entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de estas entre sí».

El efecto de vinculación de los poderes públicos, ya sin limitación a ningún tipo de proceso concreto, se refuerza en el art. 87.1 LOTC, cuando dice que «todos los poderes públicos están obligados al cumplimiento de lo que el Tribunal Constitucional resuelva».

Tales previsiones de la versión inicial de la LOTC después de la modificación de la misma por la Ley Orgánica 6/2007 resultan especialmente intensificados con las nuevas versiones de los arts. 4 y 92, párr. 2.º, que prevén expresamente la posibilidad de anular resoluciones contrarias a lo resuelto por el Tribunal (STC 133/2013, de 5 de junio, FJ 6; AATC 107/2009, de 24 de marzo, FJ 2; 177/2012, de 2 de octubre, FJ 2).

Esa especial vinculación de todos los poderes públicos, ampliada de los procedimientos de inconstitucionalidad a todo tipo de procesos, tiene una muy especial concreción respecto de los órganos del poder judicial en el art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ en adelante), cuando dice:

«La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, *conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.*»

La aplicación de ese precepto en el ámbito de la jurisdicción ordinaria ha suscitado a veces **dificultades** de gran repercusión en la doctrina, ampliada en múltiples ocasiones por los medios de comunicación, cuando de la actuación del Tribunal Supremo se trata, dado lo dispuesto en el art. 123.1 CE, sobre cuya base el Tribunal Supremo reivindica la superioridad en la interpretación de la Ley, diferenciándola de la superioridad, aceptada, del Tribunal Constitucional en la interpretación de la Constitución. No es la ocasión de entrar en

el análisis de la cuestión, baste aquí con dejarla simplemente señalada.

En esa línea de vinculación a todos los poderes públicos o de «plenos efectos frente a todos», **no puede entenderse comprendido en los mismos términos o con la misma intensidad que otros poderes el propio Tribunal Constitucional.**

Sin perjuicio de la inalterabilidad de los fallos y de las decisiones de cada caso, cuya inalterabilidad viene garantizada por la cosa juzgada que proclama el inciso segundo, la vinculación inalterable del Tribunal Constitucional a su propia doctrina no puede comportar un principio de petrificación de esta que le impida adecuarla, si lo considera preciso, a los cambios producidos en el ordenamiento jurídico o en la realidad social. Por lo que los posibles cambios de doctrina, cuando sean precisos en criterio del Tribunal, no pueden considerarse en ningún modo opuestos a la previsión constitucional comentada.

Cuando es una Sala la que considera necesario apartarse de la doctrina constitucional precedente, «la cuestión se someterá a la decisión del Pleno», según dispone el art. 13 LOTC. Y aunque no hay precisión expresa en la LOTC respecto a la posible modificación por el Pleno de su propia doctrina, la posibilidad no puede ser puesta en duda.

El Tribunal Constitucional ha visto incrementadas las facultades para la ejecución de sus resoluciones, respecto de las inicialmente conferidas, **con la aprobación de la Ley Orgánica 15/2015, de 16 de octubre,** de reforma de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, para la ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional como garantía del Estado de Derecho. La finalidad de esta ley, según se indica en su preámbulo, es la de introducir «en sede constitucional, instrumentos de ejecución que dot[e]n al Tribunal de un haz de potestades para garantizar el cumplimiento efectivo de sus resoluciones». El legislador

—como ha tenido ocasión de resaltar el propio Tribunal— ha dejado constancia en el mismo preámbulo «de la conveniencia de completar los principios generales en materia de ejecución contenidos hasta ahora en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de desarrollar “los instrumentos necesarios” para que la garantía de la efectividad de aquellas resoluciones sea real, por “la necesidad de adaptarse a las nuevas situaciones que pretenden evitar o soslayar tal efectividad”» (STC 185/2016, de 3 de noviembre, FJ 2). Entre las novedades que introduce la ley se destacan en la citada Sentencia la aplicación supletoria de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en materia de ejecución de resoluciones constitucionales (art. 80 LOTC); la posibilidad de que el Tribunal pueda acordar su notificación personal a cualquier autoridad o empleado público que considere necesario (art. 87.1 LOTC); la atribución a las mismas del carácter de título ejecutivo (art. 87.2 LOTC); el mandato de que el Tribunal ha de velar por su cumplimiento efectivo, pudiendo disponer en ellas de las medidas de ejecución necesarias (art. 92.1 LOTC); poder recabar el auxilio de cualquiera de las administraciones y poderes públicos para garantizar su efectividad (art. 92.2 LOTC); así como, en fin, el establecimiento de un régimen específico para el supuesto de incumplimiento de sus resoluciones (art. 92.4 y 5 LOTC). En las SSTC 185 y 215/2016, de 3 de noviembre y 15 de diciembre, respectivamente, se desestimaron los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la citada Ley Orgánica 15/2015 y, en particular, contra la nueva redacción del art. 92, en sus aps. 4 y 5, que regula el procedimiento a seguir para instar la ejecución de las resoluciones del Tribunal en caso de incumplimiento y las posibles medidas a adoptar.

En relación con el denominado «proceso secesionista catalán», el Tribunal ha dictado distintos Autos en los que ha resuelto diversos incidentes de ejecución promovidos ante el incumplimiento de sus resoluciones, en algunos de los cuales ha llegado a acordar la impo-

sición de multas coercitivas a fin de garantizar su cumplimiento (AATC 141/2016, de 17 de julio; 170/2016, de 6 de octubre; 24/2017, de 14 de febrero; 123/2017, de 19 de septiembre; 124/2017, de 19 de septiembre; 126/2017, de 20 de septiembre; 127/2017, de 21 de septiembre; 144/2017, de 8 de noviembre).

2. Apartado 2

Es un precepto de **problemática interpretación e incluso de dudosa utilidad por su casi inútil obviedad**.

Claramente se refiere a los **procesos sobre la constitucionalidad de las leyes**, y no a otros.

Decir que «subsistirá la vigencia de la ley en la parte no afectada de inconstitucionalidad», en principio puede parecer una pura obviedad, pues es de difícil explicación la razón de que la ley debiera perder su vigencia por la sola declaración de inconstitucionalidad de uno de sus contenidos.

No puede descartarse como posible explicación la de que el constituyente quisiera salir al paso de una posible inteligencia de que la ley tiene una identidad concreta, de la que forma parte cada uno de los contenidos que la integran, de modo que la declaración de inconstitucionalidad de uno de sus contenidos pudiera ser susceptible de alterar esa identidad, y que en tal caso incumbiese al legislador, autor de la ley, y no al Tribunal, decidir si, descalificado uno de sus contenidos, y alterada por tanto la identidad de la ley, debe o no mantenerse vigente. Sin duda, el precepto ha cerrado la posibilidad de esa interpretación, limitando el efecto sobre la ley de la declaración de inconstitucionalidad de una de sus partes a esa parte y no a la ley en su conjunto, cuya vigencia en lo restante no resulta alterada.

Ello no es óbice, naturalmente, para que, si el contenido declarado inconstitucional fuese

de tal entidad en la economía total de la ley, que sin aquel esta perdiese su razón de ser, o quedase sustancialmente alterada en su designio ordenador, el legislador pudiera reaccionar como tuviese por conveniente, derogando o modificando la ley, según procediera.

El elemento problemático del precepto, no obstante, lo constituye la salvedad con que se inicia («salvo que en el fallo se disponga otra cosa») que, en principio, y en un plano teórico, deja **abierta la posibilidad de que el fallo pueda privar de vigencia a contenidos de la ley no impugnados y respecto de los que la sentencia no haya declarado su inconstitucionalidad**.

Teóricamente privar de vigencia por el fallo de la sentencia, como el precepto constitucional parece permitir, a contenidos de la ley no calificados de inconstitucionales, podría producir efectos similares a los derivados de una declaración de inconstitucionalidad, aunque en rigor conceptualmente no exista equivalencia entre ambas resoluciones. No obstante, es posible encontrar en esta previsión del art. 164.2 CE la base constitucional de la extensión de la declaración de inconstitucionalidad por conexión o consecuencia del art. 39 LOTC citado antes.

III. LA APLICACIÓN DEL ART. 164 CE EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. Aplicación del inciso primero en las resoluciones del Tribunal Constitucional

A) *Apelaciones genéricas a la publicidad del art. 164.1 CE*

A lo largo del tiempo ha sido corriente esa apelación para justificar la necesidad de no exponer con mayor precisión y detalle la doctrina aplicada a los respectivos casos. Como ejemplos, sin un propósito de exhaustividad en la cita, pueden indicarse: SSTC 61/1988,

de 8 de abril, FJ 2; 62/1988, de 8 de abril, FJ 2; 263/1988, de 22 de diciembre, FJ 1; 182/1989, de 3 de noviembre, FJ 2; 7/1991, de 17 de enero, FJ 3; 33/1991, de 14 de febrero, FJ 1; 22/1992, de 14 de febrero, FJ 3; 39/1998, de 17 de febrero, FJ 3. B); 202/1999, de 8 de noviembre, FJ 6; 201/2013, de 5 de diciembre, FJ 2; 193/2014, de 20 de noviembre, FJ 2; 81/2016, de 25 de abril, FJ 3.

B) *Aparición de la necesidad de publicación de Autos*

Durante mucho tiempo el inciso referido no ha suscitado una especial problemática reflejada en resoluciones del Tribunal.

Por la trascendencia de las decisiones o de la doctrina contenida en ciertos autos el Tribunal se vio ante la necesidad de darles una publicidad similar a la de las sentencias, aun sin base legal para ello.

Precisamente esa necesidad explica la reforma legal introducida por la Ley Orgánica 6/2007 en el art. 86.2 y 3 de la LOTC citada en otro momento. Tras la cual no es infrecuente la publicación de Autos, que se ordena, en su caso, en su parte dispositiva. Se han publicado, a título de ejemplo, autos de inadmisión de cuestiones de inconstitucionalidad (AATC 11/2008, de 16 de enero; 24/2008, de 22 de enero; 174 y 175/2017, de 19 de diciembre), de recursos de inconstitucionalidad (AATC 7 y 9/2012, de 13 de enero), de recusaciones de Magistrados (ATC 180/2013, de 17 de septiembre) o resolutorios de incidentes de ejecución de resoluciones del Tribunal Constitucional (AATC 141/2016, de 19 de julio; 170/2016, de 6 de octubre; 24/2017, de 14 de febrero; 124/2017, de 19 de septiembre; 144/2017, de 8 de noviembre). También se ha publicado en alguna ocasión un Auto de admisión de un recurso de amparo (ATC 134/2017, de 5 de octubre).

En todo caso, la inclusión de los autos en la publicación oficial de la doctrina del Tribunal

Constitucional en su propia recopilación ordenada en la LOTC ha sido constante desde el principio.

C) *Votos particulares*

La inclusión de los votos particulares en la sentencia, ordenada por el art. 164.1 CE, ha permitido al Tribunal apreciar el carácter de **estricta función jurisdiccional de dichos votos** para negar la posibilidad de que las opiniones expresadas en los mismos pudieran justificar la recusación del magistrado que los emitió. Tal es el caso de los AATC 394/2006, de 7 de noviembre y 454/2006, de 12 de diciembre, en los que se inadmitió liminarmente la recusación de un magistrado por el voto particular formulado en proceso precedente ligado en cierto sentido con el proceso en que la recusación se formuló.

D) *Publicación de sentencias y posible incidencia negativa en el derecho a la intimidad u otros intereses de las partes*

Lo normal era la integridad de la publicación, incluyendo en ella los nombres completos de los participantes en los recursos, singularmente en los de amparo, en los que, al intervenir ciudadanos particulares, la **publicación de sus nombres** pudiera no ser en ocasiones deseable para ellos, sin que en general esa práctica suscitase dificultades.

En algunas ocasiones, no obstante, y ello incluso desde muy temprano, el Tribunal espontáneamente optó por sustituir los nombres de las personas implicadas en los procesos, por sus iniciales, sin considerarse obligado a dar una especial explicación justificatoria al respecto. Tales son los casos de las SSTC 31/1981, de 28 de julio; 114/1997, de 16 de junio; 288/2000, de 27 de noviembre; 124/2002, de 20 de mayo; 221/2002, de 25 de noviembre y 144/2003, de 14 de julio. Sin embargo, en **sentencias referidas a menores**,

como en las SSTC 94/2003, de 19 de mayo, 30/2005, de 14 de febrero, 183/2008, de 22 de diciembre, y 41/2009, de 9 de febrero, se incluye en la fundamentación jurídica de cada una de ellas la justificación expresa de la omisión del nombre completo y su sustitución por las iniciales en la publicación, lo que incluso en la primera de las sentencias citadas se lleva como contenido dispositivo del fallo.

El Tribunal ha afrontado la cuestión en términos de decidida **formulación de doctrina en la STC 114/2006, de 5 de abril, en los FF. JJ. 6 y 7**, cuyo rico contenido puede resumirse en los siguientes puntos:

1.º Afirmación, sobre la base de una interpretación conjunta de los arts. 120 y 164.1 CE, 86.2 y 99.2 LOTC, 9.1 CE y 5.1 LOPJ, de la existencia en el art. 164.1 CE de, además de una «obvia y expresa **obligación formal de publicación** de determinadas resoluciones en el Boletín Oficial», una «implícita [...] obligación material de dar la mayor accesibilidad y difusión pública al contenido de aquellas resoluciones jurisdiccionales que incorporen doctrina constitucional, con independencia de su naturaleza y del proceso en que se dicten». Que «la publicidad lo ha de ser de la resolución **íntegra**, incluyendo en ella la **completa identificación** de quienes hayan sido parte en el proceso constitucional respectivo».

Tal deber de publicidad y de máxima accesibilidad de su doctrina debe hacerse efectivo por el Tribunal, aparte de sus recopilaciones oficiales, «por los medios —impresos, informáticos o de otra índole— que resulten precisos».

2.º Que «cualquier cuestión relativa a la eventual omisión de la identificación de las partes intervinientes en un proceso constitucional tanto en la resolución judicial que se dicte como en la publicidad que de la misma se haga por parte de este Tribunal al amparo de la obligación formal de publicación en el Boletín Oficial o de la obligación material de dar-

le la máxima difusión es de **naturaleza jurisdiccional** y corresponde resolverla de manera exclusiva y excluyente a este Tribunal con la sola sujeción a lo previsto en la Constitución y en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional».

3.º Que «la exigencia constitucional de máxima difusión y publicidad del contenido íntegro de las resoluciones jurisdiccionales de este Tribunal que incorporan doctrina constitucional no es de carácter absoluto y **cabe ser excepcionada** en determinados supuestos». Como criterios para justificar las excepciones la Sentencia apela al art. 6.4 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD) y al art. 266.1 LOPJ, reformado por la Ley Orgánica 19/2003, si bien advirtiendo la cautela precisa en la aplicación supletoria de este precepto de la LOPJ.

4.º La necesidad, en caso de establecer restricciones de la publicidad de las partes intervinientes en el proceso, de adoptar una decisión jurisdiccional, «haciendo una ponderación individualizada de los intereses constitucionales concurrentes en el caso con los que el principio de publicidad pueda entrar en conflicto», poniendo «de manifiesto **cuáles son los intereses que pudieran resultar prevalentes**, singularmente el derecho a la intimidad, los derechos de quienes requieren un especial deber de tutela, la garantía del anonimato, cuando proceda, de las víctimas y perjudicados, y la evitación de que dichos datos puedan ser usados con fines contrarios a las leyes».

Es razonable ver en la doctrina de esa sentencia la base de la modificación operada por la Ley Orgánica 6/2007 en el art. 86.2 y 3 de la LOTC.

Por Acuerdo del Pleno del Tribunal Constitucional, de 23 de julio de 2015, se regula la exclusión de los datos de identidad personal en la publicación de las resoluciones jurisdiccionales (BOE núm. 178, de 27 de julio). De conformidad con di-

cho Acuerdo, el Tribunal «en sus resoluciones jurisdiccionales preservará de oficio el anonimato de los **menores y personas que requieran un especial deber de tutela, de las víctimas de los delitos de cuya difusión se deriven especiales perjuicios y de las personas que no estén constituidas en parte en el proceso constitucional**» (art. 1). En los demás casos se prevé que el Tribunal puede «excepcionar, de oficio o a instancia de parte, la exigencia constitucional de publicidad de sus resoluciones (art. 164 CE), en lo relativo a los datos de identidad y situación personal de las partes intervinientes en el proceso». A tal fin, «si una parte estimase necesario que en un asunto sometido al conocimiento del Tribunal no se divulgue públicamente su identidad o situación personal, deberá solicitarlo en el momento de formular la demanda o en el de su personación, exponiendo los motivos de su petición». El Tribunal accederá a la petición «cuando, a partir de la ponderación de circunstancias debidamente acreditadas concurrentes en el caso, la estime justificada por resultar prevalente el derecho a la intimidad u otros intereses constitucionales» (art. 2). En los casos en los que proceda preservar el anonimato, se sustituirá la identidad de las personas concernidas «por las iniciales correspondientes y se omitirán los demás datos que permitan su identificación» (art. 3).

2. Aplicación de los incisos segundo y tercero del art. 164.1 en las resoluciones del Tribunal Constitucional

A) Observación previa de orden sistemático

Deliberadamente se ha renunciado a la opción de examinar separadamente la proyección diferenciada de cada uno de esos dos incisos porque lo más corriente es que se mezcle en los distintos autos y sentencias la referencia al contenido de cada uno de los dos; esto es, la alusiva a la cosa juzgada y la

alusiva a la vinculación de los poderes públicos establecidos en la LOPJ.

Ya se señaló antes la dificultad de elaborar una teoría mínimamente aceptable de la categoría procesal constitucional de la cosa juzgada, a la que como *ratio* exclusiva de la decisión adoptada en las distintas resoluciones se acude muy raramente, aunque no falta algún caso, como se tendrá ocasión de indicar.

La sistemática a seguir en la exposición partirá de la aplicación de esos incisos en los distintos tipos de procesos constitucionales, siguiendo el mismo orden de los Títulos de la LOTC.

B) La aplicación del art. 164.1 CE en los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad

El marco genérico de referencia es el del fenómeno que suscita el hecho de que, declarada la inconstitucionalidad o la constitucionalidad de una disposición legal en un proceso a ello referente, en otros procesos, bien simultáneos, bien sucesivos, se esté impugnando también el mismo precepto. En esos casos la jurisprudencia del Tribunal se ha visto en la tesitura de apelar al art. 164.1 CE, unido al art. 38 LOTC para decidir lo procedente, elaborando al respecto una ya rica doctrina.

Junto a las ideas de cosa juzgada, efectos frente a todos y vinculación de los poderes públicos (arts. 164.1 y 38 LOTC) el Tribunal Constitucional utiliza reiteradamente en estos casos la de **pérdida sobrevinida de objeto**.

A efectos de nuestro comentario, podemos diferenciar entre los casos de sentencias iniciales estimatorias de recursos o cuestiones de inconstitucionalidad y las de sentencias desestimatorias.

a') Casos de precedentes sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de preceptos legales y procesos diferentes en los que se impugnan los **mismos preceptos, de penden-**

cia simultánea con el proceso en que se declara la inconstitucionalidad.

En una **primera época** en casos de **cuestiones de inconstitucionalidad** pendientes en el momento de dictarse la declaración de inconstitucionalidad del precepto cuestionado, estas se solían resolver por medio de sentencias, en las que corrientemente se hacía alusión como *ratio* al art. 164.1 CE y en general al valor de cosa juzgada, vinculación de todos los poderes públicos, efectos frente a todos y expulsión del ordenamiento jurídico del precepto declarado inconstitucional, declarando normalmente que no ha lugar a pronunciarse sobre la cuestión de inconstitucionalidad, o incluso desestimándola.

Al respecto pueden citarse las SSTC 150/1985, de 9 de noviembre; 169/1985, de 13 de diciembre; 170/1985, de 13 de diciembre; 171/1985, de 13 de diciembre; 152/1986, de 4 de diciembre; 387/1993, de 23 de diciembre; 166/1994, de 26 de mayo (si bien en esta sin citar el art. 164.1 CE, ni ninguno de la LOTC, se basa la fundamentación en la **expulsión de la norma** del ordenamiento jurídico y el valor de cosa juzgada).

Una fórmula distinta de fallo aparece en las SSTC 72/1997, de 19 de abril; 91/1997, de 8 de mayo; 172/1998, de 23 de julio y 175/1998, de 23 de julio; 160/2011, de 19 de octubre; 86/2012, de 20 de abril, de pronunciamiento de **extinción** del proceso («apreciar la desaparición sobrevenida de objeto de las cuestiones de inconstitucionalidad...»), basando la fundamentación exclusiva en el valor de cosa juzgada de la Sentencia precedente, con cita de los arts. 164.1 CE y 38.1 LOTC. Y en esa misma línea de **desaparición sobrevenida**, pero sin alusión a los arts. 164.1 CE y 38.1 LOTC, pueden citarse las SSTC 259/2007, de 19 de diciembre; 260, 261, 262 y 263 y 264/2007, de 20 de diciembre (si bien limitada la desaparición sobrevenida a solo algunos de los preceptos impugnados en los sucesivos recursos, declarando la inconstitucionalidad de otros); 47/2017, de 27 de abril; 55/2017, de 11 de mayo. En algunas de estas senten-

cias el fallo de pérdida sobrevenida y extinción del proceso se refiere a los preceptos antes declarados inconstitucionales, pues junto a ellos se impugnaban otros, respecto de los que la precedente sentencia había desestimado recurso, considerándolos constitucionales, solución que se reitera en la nueva.

En tiempos más recientes va prevaleciendo la técnica, iniciada en los AATC 894/1985, de 12 de diciembre y 75/1986, de 23 de enero, de resolver mediante Auto: unas veces declarando la **inadmisión** de las cuestiones de inconstitucionalidad correspondientes (AATC 93/1991, de 12 de marzo; 347/1996, de 3 de diciembre; 25/1997, de 28 de enero; 277/2000, de 28 de noviembre y 17, 18, 19, 21 y 22/2001, de 18 de enero; 203/2014, de 22 de julio; 230/2014, de 23 de septiembre; 57/2016, de 1 de marzo; 70/2016, de 12 de abril; 73/2016, de 12 de abril; 101/2017, de 4 de julio), y otras declarando explícitamente la **extinción del proceso por pérdida sobrevenida de objeto** (tales los AATC 109 a 117/2001, de 8 de mayo; 251 a 253 y 255 a 263/2006, de 4 de julio; 77 a 173/2007, de 27 de febrero y 290 a 310/2007, de 19 de junio; 88/2011, de 20 de junio; 126/2011, de 17 de octubre; 6/2012, de 13 de enero; 73/2013, de 8 de abril; 77/2013, de 9 de abril; 193/2016, de 28 de noviembre; 6/2017, de 18 de enero; 21/2017, de 13 de febrero).

En relación con los **recursos de inconstitucionalidad**, también ha sido declarada la extinción del proceso por desaparición sobrevenida del objeto como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad en otro proceso constitucional del precepto legal recurrido (STC 137/2010, de 16 de diciembre; AATC 114/2017, de 18 de julio; 144/2017, de 8 de noviembre).

También en las **cuestiones prejudiciales sobre la validez de normas forales** se ha declarado la extinción del proceso por pérdida sobrevenida de su objeto, al haber sido declarada la inconstitucionalidad de la misma norma foral en un anterior proceso STC 48/2017, de 17 de abril; ATC 4/2017, de 17 de enero).

b') Casos de precedentes sentencias desestimatorias de pretendidas declaraciones de inconstitucionalidad y **procesos diferentes de impugnación de esos mismos preceptos, de simultánea pendencia con el proceso** en el que se dictó la Sentencia desestimatoria de la inconstitucionalidad.

Lo normal en estos casos es la **sentencia desestimatoria** (por ejemplo, STC 234/1997, de 18 de diciembre).

En algunas de ellas se hacen interesantes consideraciones sobre el alcance de la cosa juzgada, para rechazarla, aunque resaltando las razones de la vinculación de los Tribunales a la doctrina de las sentencias precedentes.

En este sentido se pueden citar las SSTC 166/1986, de 19 de diciembre; 65/1990, de 5 de abril y, muy especialmente, la STC 6/1991, de 15 de enero; así como la STC 319/1993, de 27 de octubre.

Últimamente lo más normal es la fórmula sintética de **remisión a la fundamentación de la Sentencia precedente**, desestimando las cuestiones (tales son los casos de las SSTC 205/2004, de 15 de noviembre, 206 a 217/2004, de 18 de noviembre y 228 a 241/2004, de 2 de diciembre; 85/2012, de 18 de abril; 194/2012, de 10 de mayo).

No obstante deben traerse a colación varios Autos del Tribunal Constitucional recaídos en cuestiones de inconstitucionalidad planteadas **antes** de que en otros procesos de simultánea pendencia, referentes a los mismos preceptos legales cuestionados, **se dictasen las correspondientes sentencias desestimatorias de la inconstitucionalidad**, en cuyos Autos se declara la inadmisión de la correspondiente cuestión (tales los AATC 387/1997, de 27 de noviembre; 193/2008, de 1 de julio; 196 a 198/2008, de 1 de julio; 241 a 244/2008, de 22 de julio y 249 a 259/2008, de 24 de julio). Incluso existen una serie de Autos de inadmisión de cuestiones de inconstitucionalidad referidos a preceptos respecto de los

que en otra cuestión de constitucionalidad de simultánea pendencia; pero de planteamiento anterior, se había declarado por Auto la inadmisión de la precedente, para declarar igualmente la inadmisión (AATC 434 a 507/2005 y 509/2005, todos de 13 de diciembre).

c') Casos de cuestiones de constitucionalidad planteados **después de que se haya declarado antes la inconstitucionalidad del precepto cuestionado**.

Cuando la cuestión de inconstitucionalidad se formula después de la publicación de la sentencia desestimatoria de la declaración de inconstitucionalidad del precepto nuevamente cuestionado, la fórmula seguida es la del Auto **de inadmisión por manifiesta falta de fundamento**.

En alguna ocasión singular, caso de la STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 2, sin embargo se justifica la admisión de unas cuestiones de inconstitucionalidad pese a la existencia de una precedente desestimación de un recurso de inconstitucionalidad, aunque a la postre de desestimación, arguyendo que «por último, [...] que las cuestiones objeto del presente proceso constitucional no adolecen, por reiterativas, de notoria falta de fundamento, ya que resulta relevante el **lapso de tiempo** transcurrido desde que se dictó la STC 160/1987, de 27 de octubre, a la vista de la actividad normativa y del intenso debate político y social que han tenido por objeto la institución de la prestación social sustitutoria y la respuesta anudada a la negativa a realizarla».

C) *La aplicación del art. 164.1 en los recursos de amparo constitucional*

a) Consideración previa sobre alusión a la cosa juzgada

Como consideración previa de orden general debe destacarse que, por versar los **recursos de amparo sobre situaciones singularizadas**, y no, en principio, sobre normas abstrac-

tas, en este tipo de procesos la aplicación del valor de la cosa juzgada a que se refiere el inciso segundo del art. 164.1 CE podría operar con mayor aproximación que en los procesos de inconstitucionalidad a los esquemas conceptuales de la teoría procesal general al respecto. Pero al tiempo también la difusa referencia final del inciso tercero del precepto constitucional citado puede situar a los recursos de amparo en el marco de la aplicación de los plenos efectos frente a todos que se dispone en el aludido inciso.

Podemos distinguir los **supuestos** siguientes:

a') Respecto a la **irrecurribilidad** de las Sentencias.

Es expresivo al respecto, a modo de ejemplo, el ATC 3/1996, de 15 de enero, que inadmite a trámite un incidente de nulidad de actuaciones en un recurso de amparo pretendido por los afectados por una resolución administrativa anulada en el recurso de amparo, al que no habían sido citados, debiendo haberlo sido, los solicitantes de la nulidad. El ATC invoca el art. 164 CE y el 93.1 LOTC para afirmar el valor de cosa juzgada de la Sentencia desde el día siguiente de su publicación y que no cabe frente a ella recurso alguno (en el mismo sentido, STC 133/2013, de 5 de junio, FJ 6; AATC 220/2013, de 9 de octubre; 234/2013, de 21 de octubre).

b') Sobre el **alcance** de la cosa juzgada.

Pueden traerse a colación aquí el ATC 232/1982, de 30 de junio, y en cierto sentido las SSTC 66/1983, de 21 de julio y la 159/1987, de 26 de octubre.

En línea en cierto sentido similar a la argumentación de la STC 159/1987, de 26 de octubre; pero quizás con mayor contundencia en la argumentación, la STC 300/2006, de 23 de octubre (FJ 3), recaída en un recurso de amparo por vulneración del derecho a la intimidad y a la propia imagen del recurrente, se funda en el art. 164.1 CE sobre el valor de

cosa juzgada de las sentencias y la vinculación de los jueces y Tribunales *ex* art. 87.1 LOTC para estimar el amparo. Este se interponía contra una Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo que después de una anterior Sentencia del Tribunal Constitucional, asimismo estimatorio de un precedente amparo del mismo recurrente por los mismos hechos contra otra Sentencia de dicha Sala, que la del Tribunal Constitucional anuló, volvió a dictar en el mismo proceso una nueva Sentencia, fijando una indemnización que el Tribunal Constitucional estimó contraria a los criterios de su anterior Sentencia de estimación del primer amparo.

Es destacable en la Sentencia (lo que ya desborda el escueto sentido técnico del valor de cosa juzgada), la afirmación de que «la especial vinculación que para todos los poderes públicos tienen las Sentencias de este Tribunal no se limita al contenido del fallo, sino que se extiende a la correspondiente fundamentación jurídica, en especial la que contiene los criterios que conducen a la *ratio decidendi* (STC 302/2005, de 21 de noviembre, FJ 6)». Se anula la Sentencia del Tribunal Supremo, y se declara la firmeza de la Audiencia Provincial que aquella había revocado.

Con ello se aplica en realidad a una sentencia de amparo, aun sin una precisa invocación del mismo, el inciso tercero del art. 164.1 CE, que abordaremos más adelante.

La excepción de cosa juzgada prevista en el art. 38 LOTC en relación con los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad no es aplicable a los recursos de amparo, que están sometidos a lo dispuesto en el art. 55 LOTC. De modo que el efecto de cosa juzgada de una sentencia estimatoria de un recurso de amparo que anula los actos recurridos no constituye obstáculo para que el Tribunal resuelva otro recurso de amparo contra los mismos actos admitidos con anterioridad al dictado de aquella sentencia para que, en su caso, se reconozca con carácter declarativo la vulneración de los dere-

chos de los recurrentes (STC 71/2017, de 5 de junio, FJ 2).

c) Sobre el **ámbito objetivo de la cosa juzgada en un recurso de amparo mixto** contra una resolución administrativa y la Sentencia del recurso contencioso-administrativo, respecto a ella debe traerse a colación el ATC 232/1982, de 30 de junio, ya citado antes, FJ 1, y la STC 40/2008, de 16 de marzo y el ATC 90/2008, de 14 de abril.

b) Aplicación del inciso tercero art. 164.1 CE (efectos frente a todos en los recursos de amparo)

Aun sin la precisión que se contiene en el epígrafe y con referencia a la doctrina de las Sentencias del Tribunal Constitucional, eso es en realidad lo que se hace en el ATC 232/1982, de 30 de junio, FJ 1, citado a otros efectos en el epígrafe anterior y en las SSTC 135/1997, de 21 de julio, FJ 7, y 302/2005, de 21 de noviembre, FJ 6 *in fine*.

c) Posibilidad de modificación por el Tribunal Constitucional de su propia doctrina como límite del efecto frente a todos

Como exponentes de la misma deben traerse a colación las SSTC 167/2002, de 18 de septiembre; 155/2009, de 25 de junio; 78/2010, de 20 de octubre; 119/2011, de 5 de julio. Precisamente la STC 155/2009 enuncia, sin afán de exhaustividad, los supuestos en los que los recursos de amparo pueden revestir **especial trascendencia constitucional**, entre los que se incluyen que **el recurso de amparo «dé ocasión al Tribunal Constitucional para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna [...] o por el surgimiento de nuevas realidades sociales o de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido**

del derecho fundamental, o de un cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el art. 10.2 CE» (FJ 2). El Tribunal Constitucional ha estimado concurrente este motivo de especial trascendencia constitucional en algunas demandas de amparo (SSTC 216/2013, de 19 de septiembre, FJ 9; 226/2016, de 19 de diciembre, FJ 2; 42/2017, de 24 de abril, FJ 2; 74/2017, de 19 de junio, FJ 1; 105/2017, de 18 de septiembre, FJ 2; 146/2017, de 14 de diciembre, FJ 8).

D) *La aplicación del art. 164.1 CE a los conflictos de competencias*

En general en la jurisprudencia recaída en este tipo de proceso se destaca el **doble contenido** de las sentencias resolutorias de los conflictos de competencia: por una parte, referidas a la definición de la titularidad de la competencia controvertida y, por otra, al análisis de la legitimidad de la disposición o acto impugnado. De esa doble consideración es la primera la que normalmente opera como clave para la aplicación del art. 164.1 CE en ulteriores conflictos afectantes a la nueva competencia discutida, y, en su caso, para la inadmisión del nuevo conflicto suscitado en relación con disposiciones o actos distintos; pero en la que está en juego el ejercicio de la misma competencia sobre la que se pronunció ya el Tribunal bien en recurso de inconstitucionalidad de fondo competencial o en anterior conflicto.

Las resoluciones recaídas en estos casos en general inciden en el valor de cosa juzgada y el efecto vinculante de sentencias anteriores definitorias de la titularidad de la competencia controvertida, atribuible tanto al fallo como a la doctrina de las sentencias. En alguna ocasión con base en ellas, la sentencia elude hacer declaración sobre el conflicto; no así en otras, a la vez que sobre la base de esa misma fundamentación hay Autos, bien

de inadmisión del conflicto, bien de terminación por desaparición sobrevenida de la controversia competencial.

Es destacable que con el primer modo de solución, si bien la cuestión competencial se resuelve, no resulta así en cuanto al contenido atinente a la impugnación de la disposición del acto o resolución, que hay que entender confiada a la jurisdicción contencioso-administrativa, donde puede estar simultáneamente impugnado (caso previsto en el art. 61.2 LOTC), en cuyo caso se levantaría la suspensión que ese precepto de la LOTC establece, o puede no haberse impugnado, en cuya hipótesis quedará abierta la posibilidad del recurso contencioso-administrativo, si es que el juego de los plazos para su interposición no lo impide.

Al respecto son significativas las SSTC 110/1983, de 25 de noviembre; 8/1987, de 29 de enero; 230/2003, de 18 de diciembre; 158/2004, de 21 de septiembre; 201/2013, de 5 de diciembre; 1943/2014, de 20 de noviembre; 95/2016, de 12 de mayo, y los AATC 726/1986, de 18 de septiembre y 14 y 15/1991, de 15 de enero.

BIBLIOGRAFÍA

AHUMADA RUIZ, M. A.; FERRER COMELLA, V.; LÓPEZ GUERRA, L. y VIVER PI-SUNYER, C., *Com vinculen les sentències constitucionals el legislador?*, Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona, 2012.

BLASCO SOTO, M. C., *La Sentencia en la Cuestión de Inconstitucionalidad*, Bosch, Barcelona, 1995.

— *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, dirigidos por GONZÁLEZ RIVAS, J. J., La Ley-Wolters Kluwer, Madrid, 2010.

DE LA OLIVA SANTOS, A., *Sobre la cosa juzgada: civil, contencioso-administrativa y penal, con examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Ceura, Madrid, 1991.

DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, I., «Reflexiones sobre el contenido y efectos de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en el recurso de amparo», en *La Sentencia de amparo constitucional. I Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, CEC, Madrid, 1996, págs. 17-107.

3. Alusión a los demás procesos

En relación con los conflictos entre órganos constitucionales del Estado (Cap. III, del Tít. IV LOTC), no hay jurisprudencia relacionada con la aplicación del art. 164.1 CE, como tampoco la hay en relación al ap. 2.º del propio artículo.

Respecto a los conflictos en defensa de la autonomía local, aunque sin hacer ninguna mención al art. 164 CE, ha sido declarada la extinción de este concreto proceso constitucional por pérdida sobrevenida de objeto como consecuencia de la expulsión del ordenamiento jurídico, por inconstitucionalidad, de las normas impugnadas (SSTC 143/2013, de 11 de julio; 92/2015, de 14 de mayo; 107/2017, de 21 de septiembre).

En fin, en las dos declaraciones del Tribunal Constitucional (Declaración 1/1992, de 1 de julio, y Declaración 1/2004, de 13 de diciembre) sobre constitucionalidad de los Tratados, se equiparan las mismas a las Sentencias a los efectos del art. 164 CE.

GARCÍA ROCA, J., «Una teoría de la sentencia en el conflicto constitucional de competencia entre entes territoriales», en *La Sentencia en los conflictos constitucionales de competencia. II Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, CEPC, Madrid, 1998, págs. 11-91.

GARRIDO FALLA, F., «Art. 164», en GARRIDO FALLA, F. (Dir.), *Comentarios a la Constitución*, 3.^a ed., Civitas, Madrid, 2001, págs. 2696-2401.

GARRORENA MORALES, A., «Art. 164. Condiciones y efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Eder-sa, Madrid, 1999, t. XII, págs. 299-385.

GÓMEZ MONTORO, A. J., «Efectos de las Sentencias del Tribunal Constitucional», en CAAMAÑO DOMÍNGUEZ F.; GÓMEZ MONTOSO, A. J.; MEDINA GUERREO, M. y REQUEJO PAGÉS, J. L., *Jurisdicción y procesos constitucionales*, 2.^a ed., MacGraw-Hill, Madrid, 2000, págs. 143-154.

— «Capítulo IV. De la sentencia en procedimientos de inconstitucionalidad y sus efectos», en REQUEJO PAGÉS, J. L. (Coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2001, págs. 553-631.

JIMÉNEZ CAMPO, J., «La declaración de inconstitucionalidad de la Ley», en RUBIO LLORENTE, F. y JIMÉNEZ CAMPO, J., *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, McGraw-Hill, Madrid, 1994, págs. 109-154.

— «Qué hacer con la Ley inconstitucional», en *La Sentencia sobre la constitucionalidad de la Ley. III Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, CEC, Madrid, 1997, págs. 15-79.

LEPSIUS, O., «Sobre la vinculación de las sentencias del Tribunal Constitucional», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 6, págs. 28-33.

RUBIO LLORENTE, F. y ARAGÓN REYES, M., «Enunciados aparentemente vacíos en la regulación constitucional del control de inconstitucionalidad», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 7, 1979, págs. 161-168.

Artículo 165

Una ley orgánica regulará el funcionamiento del Tribunal Constitucional, el estatuto de sus miembros, el procedimiento ante el mismo y las condiciones para el ejercicio de las acciones.

LA LEY RECTORA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sumario: I. La Ley del Tribunal Constitucional y sus reformas. II. La reserva de ley. 1. General. 2. Ley orgánica. 3. Una ley. III. El ámbito material y el alcance de la reserva. 1. El estatuto de los magistrados y personal del Tribunal. 2. El funcionamiento del Tribunal. 3. Los procesos constitucionales.

IGNACIO BORRAJO INIESTA

CATEDRÁTICO DE DERECHO

LETRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. LA LEY DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y SUS REFORMAS

La Constitución cierra el título dedicado al Tribunal Constitucional con una remisión a «una ley orgánica» para que complete la regulación que llevan a cabo sus arts. 159 a 163.

El legislador cumplió su tarea con prontitud, aprobando la Ley del Tribunal Constitucional mediante la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre. Lo cual hizo posible la elección de los primeros Magistrados constitucionales en febrero de 1980 quienes, previos los preparativos imprescindibles, se constituyeron en Tribunal en julio de ese mismo año.

La prontitud en aprobar la Ley tuvo que ver con la necesidad de contar con una instancia de resolución de los conflictos territoriales: los primeros Estatutos de Autonomía fueron aprobados en esas mismas fechas, y las Comunidades Autónomas vasca y catalana se

constituyeron en paralelo al propio Tribunal (TOMÁS Y VALIENTE, 1993). En cuanto a su contenido, se debe a la aportación de la Comisión redactora, compuesta por los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA Y RUBIO LLORENTE y el magistrado AROZAMENA; su trabajo, de un elevado nivel técnico, apenas fue modificado por el Gobierno al asumirlo como proyecto de ley (aunque sí introdujo algunas innovaciones en temas menores pero de alto voltaje político) ni, luego, por las Cortes al aprobar la Ley. La regulación se inspiró en la experiencia alemana e italiana y, en sentido positivo y negativo, en la obtenida por el funcionamiento del Tribunal de Garantías de la II República (BASSOLS, 1981).

La Ley vigente es, sustancialmente, la aprobada en 1979. Los cambios que se han sucedido en el tiempo han afectado a elementos importantes pero accesorios.

Las normas que rigen el recurso de amparo son las que se han visto sometidas a

un mayor número de cambios. El primero fue introducido en 1984, cuando finalmente se reguló la objeción de conciencia al servicio militar prevista en 1978 por el art. 30.2 CE: la Ley Orgánica 8/1984, de 26 de diciembre, introdujo un régimen de recursos que dio lugar a la derogación del recurso de amparo directo que había establecido el art. 45 LOTC. Es interesante advertir que, en la actualidad, sería difícilmente sostenible la constitucionalidad de un recurso directo en sede constitucional para revisar actos adoptados por una Administración pública, en este caso militar, sin previo agotamiento de ninguna vía judicial: el principio de subsidiariedad de la jurisdicción constitucional de amparo, tal y como ha sido desarrollado por la jurisprudencia, parece vedar ese tipo de proceso (SSTC *contencioso-disciplinario militar*, 31/2000, de 3 de febrero; *junta electoral central*, 149/2000, de 1 de junio). Sin embargo, el amparo directo en materia de objeción de conciencia al servicio militar dio lugar a sentencias de gran importancia en su momento (*v. gr.*, STC *Soler Vizcaíno*, 15/1982, de 23 de abril).

La otra modificación del amparo fue introducida en 1988. La Ley Orgánica 6/1988, de 9 de junio, introdujo una reforma procesal de la protección constitucional de los derechos fundamentales con el fin de facilitar la gestión de los miles de recursos que, ya en aquella época, empezaban a saturar los registros del Tribunal. La agilización de la fase de admisión consistió, esencialmente, en permitir la inadmisión de recursos mediante mera providencia, sin trámite de alegaciones previas. Sus resultados fueron positivos pero insuficientes, en parte por el crecimiento imparable de la marea de recursos; también, por los titubeos del Tribunal al aplicar las nuevas normas. En particular, las providencias de inadmisión fueron aprobadas con una sucinta motivación, por «cortesía procesal»; lo que detrajo de la agilidad que pretendía la ley y generó más de un problema jurisprudencial.

Esta experiencia agri dulce fue determinante de la reforma más amplia llevada a cabo en la

Ley Orgánica del Tribunal: la acometida mediante Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo. Su núcleo consiste en cambiar profundamente la admisión del recurso de amparo: las demandas deben ser admitidas a trámite, en vez de poder ser inadmitidas; la decisión se adopta mediante una mayoría cualificada de votos de los Magistrados, cuatro como regla general; y solo son tramitados hasta sentencia los recursos que ofrezcan una especial trascendencia constitucional.

La reforma de 2007 ha sido la más ambiciosa de la Ley de 1979: incluye también otras muchas innovaciones, que atañen a otros aspectos procesales y aun institucionales del Tribunal (véase VV. AA., 2006). Hasta entonces, las reformas habían sido muy limitadas: en 1985, el recurso previo de inconstitucionalidad fue suprimido; en 1999, se había incorporado el conflicto en defensa de la autonomía local; y pocos meses después, se había previsto la ampliación del plazo para interponer recurso de inconstitucionalidad con el fin de dar más tiempo a las comisiones bilaterales entre el Estado y cada una de las Comunidades Autónomas para llegar a acuerdos que solucionen posibles conflictos (respectivamente, Leyes Orgánicas 4/1985, de 7 de junio; 7/1999, de 21 de abril, y 1/2000, de 7 de enero; ofrecen información de interés las SSTC *supresión del recurso previo*, 66/1985, de 23 de mayo; *ciudad de Ceuta*, 240/2006, de 20 de julio).

Posteriormente, se han seguido llevando a cabo reformas puntuales en los distintos procesos constitucionales. **En 2010 se llevó a cabo el denominado «blindaje foral»:** se excluyó de la competencia de los Tribunales del Orden Contencioso-Administrativo el conocimiento de los recursos contra las Normas forales fiscales de las Juntas Generales de los Territorios Históricos vascos (Álava, Guipúzcoa y Vizcaya), que fueron asignados «en exclusiva» al Tribunal Constitucional. Este debe conocer de los recursos y cuestiones que versen sobre dichas normas forales fiscales aplicando las previsiones procesales atinentes a los procesos de inconstitucionalidad; así

como las de los conflictos en defensa de la autonomía local, si uno de los territorios históricos impugnare una ley del Estado (a tenor de la disposición adicional 5.^a LOTC redactada por la Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero). **En 2015 se reintrodujo el recurso previo de inconstitucionalidad** que había sido derogado en 1985, pero con un ámbito más reducido: solo comprende los proyectos de ley orgánica que aprueban o modifican estatutos de autonomía (Ley Orgánica 12/2015, de 22 de septiembre). Finalmente, **ese mismo año se reforzaron las potestades de ejecución de las sentencias y otras resoluciones constitucionales** «como garantía del Estado de Derecho» (Ley Orgánica 15/2015, de 16 de octubre, de reforma de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre).

Llama la atención que estas reformas han dado lugar a intensos debates, que han tenido que ser zanjados por el propio Tribunal Constitucional. Así, las impugnaciones contra la reasignación de competencias en materia de normas vascas fueron resueltas por la sentencia *normas forales fiscales* (STC 118/2016, de 23 de junio), que confirmó su validez: no sin interpretar que se trata, simplemente, de someter a dicho tipo de normas al mismo mecanismo de control jurisdiccional que tienen las disposiciones de la Comunidad Foral de Navarra, al responder unas normas y otras (legales y reglamentarias) a la misma finalidad constitucional, actualizada en el marco de la Constitución y los Estatutos de Autonomía: el mantenimiento, establecimiento y regulación, dentro de su territorio, de su propio régimen tributario (disposición adicional 1.^a CE). La polémica acerca de las nuevas potestades del Tribunal para la ejecución de sus resoluciones dio lugar a dos sentencias, que confirmaron la validez constitucional de la reforma emprendida por el legislador; no sin la presentación de varios votos particulares (SSTC 185/2016, de 3 de noviembre, y 215/2016, de 15 de diciembre).

Los debates más delicados atañeron a la composición del propio Tribunal Constitucional y

el estatuto de su Presidencia. Ambas cuestiones dieron lugar a impugnaciones de la reforma acometida en 2007: las sentencias *prórroga presidencial y elección de magistrados por el Senado* (SSTC 49/2008, de 9 de abril, y 101/2008, de 24 de julio) analizaron la participación de las Comunidades Autónomas en la elección de Magistrados del Tribunal Constitucional por parte del Senado; así como la prórroga de la duración de la Presidencia en los supuestos en que su mandato no coincidiera con la renovación parcial del Tribunal. En ambos casos, el Tribunal juzgó que la reforma de la LOTC respetaba la Constitución; aunque introdujo una importante inflexión, al interpretar que el Senado podía elegir magistrados constitucionales a candidatos distintos a los propuestos por las Asambleas autonómicas (STC 101/2008). Facultad que fue ejercida en la renovación del Tribunal llevada a cabo en 2010.

En este plano orgánico, queda por mencionar la reforma introducida por la Ley Orgánica 8/2010, de 4 de noviembre: esta norma, al hilo de reformar las papeletas para elegir a los miembros del Senado, introdujo una norma para reajustar la duración de los mandatos de los magistrados constitucionales. Concretamente, introdujo dos reglas (nuevo apartado 5 del art. 16 LOTC): 1) «Las vacantes producidas por causas distintas a la de la expiración del periodo para el que se hicieron los nombramientos serán cubiertas con arreglo al mismo procedimiento utilizado para la designación del Magistrado que hubiese causado vacante y por el tiempo que a este restase»; 2) «Si hubiese retraso en la renovación por tercios de los Magistrados, a los nuevos que fuesen designados se les restará del mandato el tiempo de retraso en la renovación».

La totalidad de la ley parece sufrir un claro vicio de inconstitucionalidad formal en este punto: la norma vigente fue introducida como enmienda durante la tramitación parlamentaria de un proyecto de ley sobre elecciones al Senado; por lo que parece evidente que adolece de una manifiesta heterogeneidad mate-

rial, lo que arrastra su nulidad por exceso en el ejercicio de las facultades de enmienda del Parlamento (a tenor de la doctrina de las SSTC 119/2011, de 5 de julio, y 136/2011, de 13 de septiembre). En el plano material, en cambio, la valoración es dispar: la primera regla se limita a ratificar una práctica habitual que no suscita ningún reparo sustancial; por el contrario, la segunda regla introduce una grave novedad, al recortar drásticamente el mandato de los magistrados constitucionales cuya renovación se haya visto retrasada por dilaciones parlamentarias. En efecto, al restar del mandato de nueve años que fija taxativamente la Constitución (art. 159.3 CE), «el tiempo de retraso en la renovación», la Ley Orgánica 8/2010 parece contradecir frontalmente el mandato constitucional. Mandato que, al fijar un plazo mínimo de nueve años en el desempeño de la magistratura constitucional, forma un elemento esencial de garantía de independencia del Tribunal Constitucional. Y que se ve afectado, no por situaciones ajenas a la voluntad de las Cámaras (como el fallecimiento o la incapacidad sobrevenida de un magistrado o su dimisión), sino directamente por un designio que depende de la voluntad parlamentaria. El precepto permite que uno o varios grupos políticos reduzcan el mandato de los magistrados que toca designar, simplemente posponiendo su elección y, por ende, el nombramiento por parte del Rey: el incumplimiento de los plazos para llevar a cabo la renovación del Tribunal Constitucional (tasado por el legislador en cuatro meses, previos al vencimiento del mandato anterior: art. 17.1 LOTC) no solo no se ve penalizado ni corregido, sino que se traduce en una posibilidad de manipular la composición del Tribunal y de alterar el ritmo de renovaciones fijado por la Constitución. No creo que sea aventurado afirmar que, más pronto o más tarde, estas graves dudas de constitucionalidad requerirán la atención del Tribunal Constitucional.

Las sucesivas reformas de la Ley rectora del Tribunal Constitucional han incidido en numerosos aspectos, tanto orgánicos como procesales. Sin embargo, todas ellas se

han limitado a construir sobre el sólido torso construido por la Ley de 1979. Como dijo expresamente el preámbulo de la Ley Orgánica 6/2007, el texto original de la Ley «ha constituido el instrumento indispensable para la realización de las tareas a cargo del Tribunal Constitucional»: sus preceptos siguen mostrando su acierto y «han arraigado en la vida y la conciencia jurídica españolas», lo que sigue siendo cierto cuarenta años después de su promulgación. Quizá habría que plantearse, en estos momentos, si la frondosidad incorporada por algunas reformas legales al tronco de 1979 no está deformando el árbol de la justicia constitucional: podría ser conveniente abordar una poda normativa, que reduzca el exceso de procedimientos colaterales añadidos a la jurisdicción constitucional. Y derogar o anular la Ley 8/2010 para asegurar la duración completa del mandato de los magistrados constitucionales en aras de la independencia de la institución.

II. LA RESERVA DE LEY

1. General

La jurisdicción constitucional arranca de las previsiones del Título IX, que definen con precisión la institución creada para garantizar la supremacía de la propia Constitución. Sus arts. 159 y 160 (junto con la disposición transitoria novena) perfilan el nombramiento y mandato de quienes forman el Tribunal y de su presidente, lo que le permite constituirse y actuar como sujeto colegiado. En este sentido, **el Tribunal es un ejemplo acabado de la categoría de órgano constitucional**, en el sentido de institución esencial para la estructura de poder creada por la Constitución y, por ende, regulada directamente por la Ley suprema en sus elementos configuradores (GARCÍA-PELAYO, 1981).

Por su parte, los arts. 161 y 163 CE definen las competencias esenciales del Tribunal, en términos que completan los arts. 95 y 53.2: revisión constitucional de la ley, conflictos terri-

toriales y entre altas instancias del Estado, amparo de las libertades y derechos fundamentales. Los arts. 162 y 164 CE introducen algunas reglas esenciales sobre los sujetos legitimados para instar la actuación de este Tribunal tan novedoso en nuestro Derecho como esencial, así como sobre sus potestades, cuya expresión última se plasma en las sentencias y los votos particulares reglamentados por este capital art. 164 CE (véase STC *Magaz*, 114/2006, de 5 de abril, FF. JJ. 5-8).

La cuidada regulación que la Constitución dedica al Tribunal que debe velar por su vigencia efectiva no es completa, sin embargo. Como ha afirmado la Sentencia *prórroga presidencial* [STC 49/2008, de 9 de abril, FJ 7.a)], el grado de detalle con el que nuestra Constitución ha regulado al Tribunal Constitucional (en el caso se trataba del modo de elegir a sus miembros) «no cierra las puertas de modo absoluto a que otras normas puedan desarrollar [la] regulación constitucional»; regulación que «guarda silencio» sobre numerosos aspectos necesitados de desarrollo o donde, más simplemente, el legislador puede considerar más conveniente establecer normas. Pues la regla general en esta materia es que el contenido de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional «es disponible para el legislador» (STC *supresión del recurso previo*, 66/1985, de 23 de mayo, FJ 4; en el mismo sentido, STC *ejecución constitucional I*, 185/2016, de 3 de noviembre, FJ 3).

En esa misma línea, el Tribunal Constitucional ha sostenido que «nuestro constituyente no quiso diseñar un modelo cerrado de jurisdicción constitucional, petrificado y congelado en el tiempo, e incompatible con el carácter evolutivo del Derecho, sino que dejó al legislador orgánico su determinación última. Basta con acudir a los arts. 161.1.d), 162.2 y 165 CE, para constatar la inexistencia de un modelo cerrado de jurisdicción constitucional y la existencia de una amplia habilitación al legislador orgánico para su ulterior configuración»: esta afirmación sirvió como premisa para aceptar la constitucionalidad de la fa-

milia de nuevos procesos constitucionales relativos a las normas formales fiscales de los territorios históricos del País Vasco, introducidos por la Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero [STC 118/2016, de 23 de junio, FJ 3.d)]; también fue premisa para apreciar la validez de los nuevos resortes de ejecución forzosa de las sentencias y otras resoluciones constitucionales, introducidas por la Ley Orgánica 15/2015, de 16 de octubre (SSTC 185/2016, de 3 de noviembre, FJ 8; 215/2016, de 15 de diciembre, FJ 6). La jurisprudencia ha destacado que «el art. 165 cierra el Título IX CE... Esta reserva de ley orgánica resulta expresiva, sin duda, del carácter no cerrado o petrificado del modelo de jurisdicción constitucional diseñado por el constituyente, cuya amplitud y vocación de plenitud hemos destacado como manifestación de la estrecha relación que existe entre la Norma Suprema y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. En este sentido, este Tribunal tiene declarado que “los términos en que se formula esta reserva específica (“una ley orgánica...”), la amplitud de las materias (“el funcionamiento del Tribunal Constitucional, el estatuto de sus miembros, el procedimiento ante el mismo y las condiciones para el ejercicio de las acciones”), su posición de cierre del Título IX y el hecho de proyectarse sobre un órgano como el Tribunal Constitucional le otorgan una vocación de completud que debe llevarnos a rechazar una interpretación restrictiva de tales materias”. Aunque no hemos excluido que otras leyes orgánicas incidan en el alcance de la jurisdicción constitucional atribuyéndole nuevas competencias [art. 161.1.d) CE], sí hemos descartado la traslación a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de la doctrina sobre el carácter estricto de las reservas de ley orgánica, pues se trata de un supuesto enteramente diferente, dado que “[a]quellas reservas pueden ser interpretadas estricta o incluso restrictivamente porque el ordenamiento tiene a su disposición otro instrumento (la ley ordinaria) para regular aquello que se le veda a la ley orgánica”, lo que no sucede “con la reserva prevista en el art. 165 CE, ya que únicamente la Ley Orgáni-

ca del Tribunal Constitucional y no cualquier otra ley puede desarrollar la institución del Tribunal Constitucional en todos los ámbitos en que quepa tal desarrollo, bien por requerirlo la Constitución, bien porque no esté constitucionalmente impedido» [STC *ejecución constitucional I*, 185/2016, de 3 de noviembre, FJ 8, que cita las SSTC 49/2008, FF. JJ. 3 y 16, y 118/2016, FJ 4.d)].

Ahora bien, la libertad de configuración del legislador no es, en esta como en ninguna otra materia, absoluta. Por supuesto, debe respetar las reglas enunciadas por el propio Título IX de la Constitución. Los artículos que lo forman (159 a 163) deben ser interpretados de acuerdo con su tenor literal y, además, «en el contexto de los demás preceptos constitucionales y, en especial, de las normas que integran el Título IX CE y, en definitiva, del modelo de Tribunal Constitucional que se deriva de nuestra Norma Suprema» (STC *prórroga presidencial*, 49/2008, FJ 7 párrafo 3). **El legislador puede introducir en la Ley rectora del Tribunal «los cambios o modificaciones que entienda oportunos**, sin que haya de limitarse a aquellos indispensables para evitar la inconstitucionalidad o asegurar el cumplimiento de los objetivos constitucionales» (STC *supresión del recurso previo*, 66/1985, FJ 4). O dicho de otra forma, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional «no está vinculada positiva sino negativamente por la Constitución» (STC *prórroga presidencial*, 49/2008, FJ 16). **El límite a la potestad normadora del legislador consiste en el «respeto a las normas constitucionales y a la independencia y función del Tribunal»** (SSTC *supresión del recurso previo*, 66/1985, FJ 4; *normas forales fiscales*, 118/2016, de 23 de junio, FJ 3). La función del Tribunal viene perfilada por los preceptos de la Ley de 1978 que le asignan sus competencias esenciales: el art. 161, sin duda; pero también los arts. 53.2, 95 y 163 CE.

La independencia del Tribunal es un principio ínsito en el texto constitucional. Hasta ahora no ha recibido concreción jurisprudencial,

salvo quizá en el atípico Acuerdo adoptado por el Pleno del Tribunal Constitucional el 3 de febrero de 2004, en relación con la Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2004 que declaró a once Magistrados constitucionales incurso en responsabilidad civil por negligencia profesional al inadmitir un recurso de amparo. El Acuerdo declaró que «el examen o enjuiciamiento acerca de si se hallan o no ajustadas a Derecho las resoluciones dictadas por este Tribunal en los procesos constitucionales de los que conoce, y en este caso en el de amparo, es materia vedada, por principio, a la jurisdicción ordinaria, incluido el Tribunal Supremo, sin que, por tanto, pueda este, con ocasión de pronunciarse sobre la exigencia de responsabilidad civil, y cualquiera sea el resultado al que llegue sobre la procedencia de la acción resarcitoria, enjuiciar en cuanto al fondo la juridicidad de las resoluciones de este Tribunal». La reafirmación de la jurisdicción constitucional (que en la actualidad se canalizaría por el nuevo incidente de nulidad incorporado por la Ley Orgánica 6/2007 a los arts. 4 y 92 LOTC), «rechazando, con serenidad pero también con rigor, la invasión de nuestra jurisdicción que supone la utilización de la vía civil como indebida prolongación del recurso de amparo», puede considerarse una manifestación del principio de independencia, que sin embargo es más relevante cuando se opone a otros poderes públicos o, incluso, privados. La sentencia que cerró este desgraciado incidente no dejó de afirmar que «la normativa reguladora del Tribunal Constitucional determina que, como intérprete supremo de la Constitución, es único en su orden, independiente de los demás órganos constitucionales y sometido exclusivamente a la Constitución y a su Ley Orgánica (art. 1 LOTC), siendo sus Magistrados independientes en el ejercicio de su mandato (art. 159.5 CE)... con el fin de garantizar esa supremacía institucional como supremo intérprete de la Constitución, también en lo referido a la tutela de los derechos fundamentales, se establece el carácter irrecusable de las decisiones jurisdiccionales del Tribunal Constitucional ante cualquier

otro órgano —jurisdiccional o no— del Estado (arts. 164.1 CE y 93 LOTC)»; por lo que «la conclusión judicial de que cabía sustanciar un procedimiento de responsabilidad civil individual contra cada uno de los Magistrados del Tribunal Constitucional basado en una supuesta incorrección jurídica de la interpretación de concretos preceptos de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional» vulnera la Constitución (STC *Jiménez de Parga y otros contra Mazón Costa*, 133/2013, de 5 de junio, FJ 6).

2. Ley orgánica

El art. 165 CE traza una reserva de ley orgánica. Este tipo de ley, como es sabido, requiere una mayoría absoluta de votos en el Congreso de los Diputados para ser aprobada (art. 81.2 CE).

De ahí podría desprenderse una previsión de estabilidad normativa (GARRORENA, 1999, 391). Incluso una llamada a renovar el consenso constitucional al definir o introducir cambios en la institución que debe asegurar el respeto a la Constitución (REQUEJO, 2008). Sin embargo, es posible entender este rango orgánico de la ley dedicada a regular el Tribunal Constitucional más modestamente: una denominación iniciada en 1870, con la venerable Ley Orgánica del Poder Judicial, que tiene un sentido eminentemente descriptivo pero lleno de prestigio un siglo después; y el interés en procurar un grado de consenso al desarrollar la regulación de los derechos fundamentales, los estatutos de autonomía y el régimen electoral general, que son las materias más importantes y más polémicas asignadas a esta forma de ley, y las únicas mencionadas expresamente por el art. 81.1 CE. Materias que la Constitución ha mezclado con las materias «orgánicas» en el sentido propio de la expresión, mencionadas en distintos preceptos de su texto: la regulación del Tribunal Constitucional, del Poder Judicial, del Tribunal de Cuentas o de los cuerpos y fuerzas de seguridad (arts. 165, 122.1, 136.4 o 104.2 CE).

Lo cierto es que la aprobación de la Ley del Tribunal en 1979, así como casi todos los cambios normativos introducidos en ella hasta 2007, fueron **votados afirmativamente por los dos grandes partidos nacionales. Esta sana costumbre constitucional ha sido rota en dos ocasiones:** al suprimir el recurso previo de inconstitucionalidad creado por la Ley de 1979; y al introducir la amplia reforma de 2007. Ambas ocasiones han sido reflejadas con precisión de sismógrafo por la jurisprudencia (SSTC *supresión del recurso previo*, 66/1985, y *prórroga presidencial*, 49/2008). Aquí basta con advertir que no es fácil determinar si la culpa de esta inobservancia de la costumbre constitucional de regular al Tribunal de la Constitución con el acuerdo de, al menos, los grandes partidos presentes en las Cortes Generales se debe al afán de la mayoría por introducir cambios o a la obstinación de la minoría por negarlos todos: esa apreciación queda confiada a la política.

El resultado tangible de que la reserva de ley sea orgánica es que la **Ley de 1979 no puede ser refundida en un texto legislativo oficial** con los de las Leyes que la han ido modificando a lo largo del tiempo (art. 82.1 *in fine* CE). El Tribunal ofrece en Internet un «texto integrado» de su Ley Orgánica, cuyo valor jurídico no es superior al que ofrecen las editoriales jurídicas. También ofrece un «texto consolidado» el Boletín Oficial del Estado, tanto en su web (www.boe.es, con la referencia BOE-A-1979-23709) como en su valiosa colección de códigos electrónicos (<https://www.boe.es/legislacion/codigos/>).

3. Una ley

El art. 165 CE se remite a «una ley» para completar la regulación del Tribunal Constitucional. Sin embargo, el art. 161 termina la enumeración de las competencias asignadas al Tribunal mediante una remisión a «las demás materias que le atribuyan la Constitución o las leyes orgánicas» [art. 161.1.d) CE].

Esta tensión entre unidad o pluralidad de leyes para regular al Tribunal de la Constitución (analizada por GARRORENA, 1999, 393) ha conducido a la jurisprudencia a sostener que **la reserva del art. 165 tiene una «vocación de completud»** (STC *prórroga presidencial*, 49/2008, FJ 16; en el mismo sentido, SSTC *normas forales fiscales*, 118/2016, de 23 de junio, FJ 3, y *ejecución constitucional I*, 185/2016, de 3 de noviembre, FJ 8). Vocación que se sustenta en «los términos en que se formula» la reserva de ley; «la amplitud de las materias» comprendidas en ella; «su posición de cierre del título IX»; y «el hecho de proyectarse sobre un órgano como el Tribunal Constitucional».

La vocación de completud de la reserva a favor de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional tiene dos efectos inmediatos y correlativos: ampliar su ámbito material y reducir el de las «otras leyes orgánicas» que pueden regular el Tribunal. Como dice la jurisprudencia, «dicha vocación no impide que otras leyes orgánicas incidan en el alcance de la jurisdicción constitucional atribuyéndole nuevas competencias [art. 161.1.d) CE]» o regular aspectos que afectan «a las competencias del Tribunal»: ese es el único papel aceptable para leyes orgánicas distintas a la prevista por el art. 165.

Inversamente, «únicamente la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y no cualquier otra ley puede desarrollar la institución del Tribunal Constitucional en todos los ámbitos en que quepa tal desarrollo, bien por requerirlo la Constitución, bien porque no esté constitucionalmente impedido». De esta premisa, la Sentencia 49/2008 dedujo que «la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional constituye el cauce constitucionalmente idóneo para introducir una participación autonómica en la elección de los Magistrados del Tribunal Constitucional [...] En efecto, en la medida en que dicha participación excede la esfera interna del Senado y precisa el concurso de los Parlamentos autonómicos, es dicha Ley, que no está vinculada positiva sino negativa-

mente a la Constitución, la única fuente del Derecho —excepto la propia Constitución— que puede introducirla».

La misma Sentencia tuvo cuidado en aclarar que **la reserva del art. 165 es diferente a la común a las leyes orgánicas, enunciada en el art. 81 CE** (y desarrollada a partir de la STC *estatuto de centros escolares*, 5/1981, de 13 de febrero, en términos que sintetiza la STC *derecho de asilo*, 53/2002, de 27 de febrero, FF. JJ. 12-14). «No cabe [...] trasladar a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional la doctrina sobre el carácter estricto de las reservas de leyes orgánicas, pues se trata de un supuesto enteramente diferente. Aquellas reservas pueden ser interpretadas estricta o incluso restrictivamente porque el ordenamiento tiene a su disposición otro instrumento (la ley ordinaria) para regular aquello que se le veda a la ley orgánica. No ocurre así con la reserva prevista en el art. 165 CE, ya que únicamente la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y no cualquier otra ley puede desarrollar la institución del Tribunal Constitucional en todos los ámbitos en que quepa tal desarrollo, bien por requerirlo la Constitución, bien porque no esté constitucionalmente impedido. Tratándose, además, de un aspecto que no afecta a las competencias del Tribunal, es solo, pues, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y no otras leyes orgánicas, la que puede desarrollar la previsión constitucional de elección de los Magistrados por parte de la Cámara de representación territorial, previendo una participación de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas» (STC *prórroga presidencial*, 49/2008, FJ 16).

Lo cierto es que la legislación se inspira en esta misma idea. Las únicas normas que rigen al Tribunal Constitucional fuera de su Ley Orgánica se contienen en la legislación electoral y en la que regula al Tribunal de Cuentas. Ambos cuerpos legales se han limitado a «afectar a las competencias» del Tribunal de la Constitución: la primera ha creado los recursos de amparo electorales, tanto el que versa sobre

candidaturas como el relativo a electos; la segunda ha precisado la competencia del Tribunal Constitucional sobre los conflictos de competencias o atribuciones que atañen al de Cuentas (Ley Orgánica del Régimen Electoral General, 5/1985, de 19 de junio, reformada en este punto por la Ley Orgánica 8/1991, de 13 de marzo, arts. 49 y 114.2; Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, reguladora del Tribunal de Cuentas, art. 8).

No deja de resultar curioso que **esta enérgica reserva de ley no se traduce en «una» ley, sino en muchas:** la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional se contiene en un número creciente de instrumentos legislativos, que no pueden ser refundidos en un texto legislativo único. La razón es que la forma de ley orgánica impide la refundición de textos, como vimos (art. 82.1 CE). Por lo tanto, el Tribunal se ve sometido a un número creciente de Leyes Orgánicas: todas aquellas que han introducido reformas en la Ley de 1979.

La reserva del art. 165 CE se traduce, en el terreno práctico, en que las leyes de reforma del Tribunal solo se dedican a ello; no forman parte de otras leyes, acompañen o no a los presupuestos como es tan frecuente hoy en día. Lo cual no ha impedido que sus disposiciones adicionales o finales sí afecten a otras leyes, como por ejemplo la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuya regulación del incidente de nulidad de actuaciones ha sido modificado por una reforma de la Ley del Tribunal Constitucional (disposición final primera de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo). La reserva de ley orgánica también ha dado pie a una repetición del título de las leyes de reforma, que no deja de incurrir en un pleonasma («Ley Orgánica que reforma la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional»). Descuella, como excepción, la anómala Ley Orgánica 8/2010, de 4 de noviembre, cuyo título lo dice todo: «de reforma de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, y de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional». En su momento nos hemos referido a la grave sospecha de inconstitucio-

nalidad de esta ley por razón de esa heterogeneidad, introducida mediante enmienda en el procedimiento legislativo (*supra*).

III. EL ÁMBITO MATERIAL Y EL ALCANCE DE LA RESERVA

El art. 165 menciona cuatro aspectos del Tribunal Constitucional que quedan reservados a su ley orgánica propia. Uno se refiere al estatuto de sus miembros; los restantes abarcan el funcionamiento del Tribunal, el procedimiento ante él y las condiciones para el ejercicio de las acciones.

1. El estatuto de los magistrados y personal del Tribunal

Los miembros cuyo estatuto está reservado a esta ley orgánica son los «doce miembros» a quienes alude el art. 159 CE y que, desde 1979, la Ley Orgánica del Tribunal ha denominado Magistrados del Tribunal Constitucional (art. 5 LOTC). Su estatuto se contiene en el Capítulo II de su primer Título (arts. 16-26).

El detalle de las normas constitucionales en este punto ha dejado un margen escaso a la ley. Como no dejó de observar la Sentencia *prórroga presidencial* [STC 49/2008, de 8 de abril, FJ 7.a)], «se da la paradoja que el art. 159.1 CE es una norma más completa que el original art. 16.1 LOTC», que solo tras la reforma de 2007 ha desarrollado aspectos no previstos por la Constitución. La Sentencia, como vimos, analizó detenidamente las relaciones entre esta y la ley orgánica que prevé su art. 165. De donde concluyó que «no existe impedimento constitucional para que la regulación constitucional sea desarrollada y concretada siguiendo los requisitos formales y materiales que se derivan del texto constitucional».

La regulación legal no se limita al estatuto de los Magistrados. Se ha ampliado con naturalidad a las demás personas

que prestan servicios en el Tribunal Constitucional: el Secretario General, los letrados, los secretarios de justicia y los demás funcionarios que sean adscritos al Tribunal Constitucional (Título VIII LOTC, arts. 96-102). Las normas que regulan su estatuto son mucho más sucintas que las dedicadas a los Magistrados y, sustancialmente, quedan deferidas a los reglamentos que aprueba el propio Tribunal sobre, entre otros extremos, «el régimen de su personal» (art. 2.2 LOTC).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reconocido la amplitud de la potestad reglamentaria del Tribunal en materia de personal. Primero, en relación con la contratación de personal en régimen laboral, prevista por el Reglamento de organización y personal del Tribunal (aprobado inicialmente por Acuerdo de 15 de enero de 1981) a pesar de no encontrarse previsto explícitamente por la Ley del Tribunal (SSTS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 23 de enero de 1993, recurso núm. 2956/1989, y de 13 de mayo de 1996, recurso 1789/1990). En un segundo momento, el Tribunal Supremo confirmó la validez de la norma reglamentaria que permitía la existencia de Letrados al servicio del Tribunal Constitucional adscritos temporalmente a su servicio, junto a los seleccionados mediante concurso oposición en los términos del art. 97 LOTC 1979 (SSTS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 21 de enero de 2002, recurso 516/1999, y de 24 de junio de 2002, recurso 139/1999).

La reforma de 2007 ha recogido en el texto de la propia Ley Orgánica ambos aspectos (arts. 102 y 97), disipando cualquier duda que pudiera albergarse en este punto.

2. El funcionamiento del Tribunal

La Constitución completa su enumeración de las materias reservadas a la Ley Orgánica del Tribunal mencionando «el funcionamiento del Tribunal, el procedimiento ante él y las condiciones para el ejercicio de las acciones».

Qué **significa exactamente el funcionamiento de un Tribunal**, como objeto de normación, ha dado lugar a alguna dificultad interpretativa en el ámbito del Poder Judicial (art. 122.1 CE). No así en referencia al Tribunal Constitucional, cuya Ley Orgánica dedica pacíficamente su articulado a regular su «constitución, funcionamiento y gobierno», especialmente en el Capítulo Primero de su primer Título (arts. 1-15).

La Ley del Tribunal ha organizado el Tribunal en Pleno, dos Salas y las Secciones que resulten necesarias. Igualmente, ha introducido otras reglas básicas, como el quórum para la formación de Sala jurisdiccional o las potestades de la Presidencia. En lo restante, se ha remitido a los reglamentos que adopte el propio Tribunal, en los términos de su esencial art. 2.2: «El Tribunal Constitucional podrá dictar reglamentos sobre su propio funcionamiento y organización, así como sobre el régimen de su personal y servicios, dentro del ámbito de la presente Ley. Estos reglamentos, que deberán ser aprobados por el Tribunal en Pleno, se publicarán en el “Boletín Oficial del Estado”, autorizados por su Presidente».

El primer «Reglamento de organización y personal del Tribunal Constitucional» fue aprobado por Acuerdo del Pleno del Tribunal el 15 de enero de 1981. Ha sido sustituido por el vigente, de 5 de julio de 1990 (*BOE* de 3 de agosto), modificado en varias ocasiones, la última el 21 de abril de 2016 (pueden consultarse todos los textos en la web del Tribunal, así como un texto consolidado: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Paginas/Default.aspx>). El Reglamento ha detallado las normas de la Ley Orgánica en cuanto a la organización del Tribunal, en el plano gubernativo más que en el jurisdiccional, y apenas han introducido reglas novedosas, como las atinentes a las precedencias de los Magistrados en actos públicos. El Acuerdo vigente dedica a estas cuestiones sus primeros cuarenta artículos, modificados con gran frecuencia desde 1990. No obstante, la mayor parte de la regulación reglamentaria se

dedica al desarrollo del régimen del personal al servicio del Tribunal.

3. Los procesos constitucionales

El art. 165 de la Constitución reserva a la ley orgánica, en su inciso final, «el procedimiento ante [el Tribunal Constitucional] y las condiciones para el ejercicio de las acciones». Esta es la materia a la que se dedica un mayor número de preceptos en la Ley Orgánica del Tribunal (Títulos II al VII, que comprenden los arts. 27-95). Sin embargo, ni siquiera en este punto la regulación de la Ley es completa. Su importante Título VII, dedicado a dar disposiciones comunes sobre procedimiento, se encabeza por una remisión a otras disposiciones legales. Concretamente, el art. 80 LOTC dice lo siguiente: «Se aplicarán, con carácter supletorio de la presente Ley, los preceptos de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en materia de comparecencia en juicio, recusación y abstención, publicidad y forma de los actos, comunicaciones y actos de auxilio jurisdiccional, día y horas hábiles, cómputo de plazos, deliberación y votación, caducidad, renuncia y desistimiento, lengua oficial y policía de estrados. En materia de ejecución de resoluciones se aplicará, con carácter supletorio de la presente Ley, los preceptos de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa» (el segundo párrafo ha sido añadido por la Ley Orgánica 15/2015, de 16 de octubre).

Esta remisión expresa no es la única que efectúa la Ley: varios de sus preceptos se remiten también, de manera más o menos explícita, a otras normas de nuestro ordenamiento. Un ejemplo claro lo ofrecen los arts. 81.1 y 101 LOTC, que incorporan las normas reguladoras de la profesión de abogado y procurador, el primero, o de los secretarios judiciales, el segundo.

Ni estas remisiones implícitas ni las que expresamente establece el art. 80 LOTC traicionan en modo alguno la reserva de

ley del art. 165 CE. La Constitución no obliga a que la Ley del Tribunal contenga un código procesal completo: es suficiente con que establezca las reglas esenciales, cuya concreción puede remitirse a otros textos legales. El reenvío a la Ley Orgánica del Poder Judicial y, en un plano más procesal, a la Ley de Enjuiciamiento Civil es, por lo demás, limitado: solo juega en determinadas materias, las que enumera el precepto, a diferencia de las remisiones que articulan las leyes que diseñan los procesos en los distintos órdenes jurisdiccionales del Poder Judicial (HUELIN, 2001, 1272).

Cuestión distinta es que la remisión a las leyes comunes del tercer poder del Estado en las materias previstas por la Ley de 1979, en vez de establecer una disciplina específica para el Tribunal de la Constitución, sea la más acertada en las distintas cuestiones. Así se ha podido suscitar **un debate en torno a la regulación de las causas de abstención y recusación de los Magistrados**, en particular a partir de las preocupantes doctrinas alumbradas en los casos *Pérez Tremps y Calvo y Zapata* (AATC 26/2007, de 5 de febrero, y 81/2008, de 12 de marzo). **Pero se trata de un debate de política legislativa, no de cumplimiento de la reserva constitucional de ley. Otro debate, especialmente intenso, atañe a las potestades de ejecución de las resoluciones constitucionales:** la jurisprudencia ha sostenido la tesis de que «El Tribunal Constitucional ha sido configurado en el texto constitucional como un verdadero órgano jurisdiccional que tiene conferido en exclusiva el ejercicio de la jurisdicción constitucional, de modo que, en cuanto cualidad inherente a la función de administrar justicia, también de la justicia constitucional, ha de postularse del Tribunal la titularidad de una de las potestades en que el ejercicio de la jurisdicción consiste, cual es la de la ejecución de sus resoluciones... Cuestión distinta a la de la titularidad de la potestad de ejecución de sus propias resoluciones es la de la forma o el modo en que se pueda articular dicha ejecución, que, por razones de efectividad o, incluso, de oportunidad, puede llegar a

reclamar el auxilio de otros órganos públicos, así como la de los instrumentos o medidas puestas a su disposición para garantizar el cumplimiento y la efectividad de aquellas resoluciones... estas son cuestiones que el constituyente ha dejado a disposición del legislador orgánico del Tribunal Constitucional *ex art.* 165 CE. Así pues, en principio, sin perjuicio de las tachas que puedan llegar a dirigirse o merecer sus concretas previsiones o los singulares instrumentos o medidas destinados a garantizar la efectividad de las resoluciones del Tribunal Constitucional, la regulación de la ejecución de sus resoluciones es materia que encuentra cobertura en la reserva de ley orgánica del art. 165 CE» (STC *ejecución constitucional I*, 185/2016, de 3 de noviembre, FJ 9).

Desde el punto de vista del alcance de la reserva de ley del art. 165 CE, la principal cuestión que se suscita es la relativa al desarrollo reglamentario de las previsiones de la Ley Orgánica del Tribunal. Como se indicó antes, la Ley de 1979 optó decididamente por confiar esa potestad al propio Tribunal. Por ende se la quitó al Gobierno, quien la había venido ejerciendo antes y después de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870, en general, y en particular tras la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1888. El antecedente inmediato procede de la experiencia de la Segunda República, cuando el Gobierno reglamentó al Tribunal de Garantías Constitucionales en términos de legalidad dudosa (GARRORENA, 1999, 401). La Ley de 1979 dio el paso de **atribuir potestad reglamentaria al propio Tribunal Constitucional**, lo cual constituye una novedad en nuestro Derecho.

El Tribunal lo ha ejercido en diversas ocasiones (en general, RODRÍGUEZ-PATRÓN, 2005). Las más conocidas atañen a la asistencia jurídica gratuita en los procesos constitucionales y al amparo en materia electoral. La primera había dado lugar a un Acuerdo de Pleno de 20 de diciembre de 1982, que adaptaba las previsiones sobre «defensa por pobre» de la Ley

De Enjuiciamiento Civil; Acuerdo sustituido por el vigente, de 18 de junio de 1996, aprobado al calor de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita. También han sido adoptadas previsiones reglamentarias acerca de los recursos en sede constitucional previstos por la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (arts. 49, aps. 3 y 4, y 114, ap. 2, de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio): inicialmente por Acuerdos de 1986 y 1991, luego refundidos en el vigente Acuerdo de 20 de enero de 2000.

El Tribunal ha dictado otros reglamentos, de menor enjundia procesal quizá pero no de menor trascendencia. El caso más importante, quizá, lo ofrece el Acuerdo por el que se aprueban las normas que han de regir el funcionamiento del Tribunal durante el período de vacaciones: aprobado inicialmente el 15 de junio de 1982, ha sido reformado el 17 de junio de 1999 y el 18 de enero de 2001. Junto a aspectos organizativos, estos Acuerdos precisan normas sobre días inhábiles y, en particular, han decidido la vidriosa cuestión de los plazos para interponer recursos durante el mes de vacaciones en agosto.

Esta es una cuestión estrictamente jurisdiccional y que, como tal, ha dado lugar a diversas sentencias y autos que interpretan los preceptos correspondientes de la Ley Orgánica del Tribunal (arts. 42, 43.2 y 44.2 LOTC, en el proceso de amparo; y arts. 33, 62 y 76 para los del Pleno: por ejemplo, SSTC 14/1982, de 21 abril, FF. JJ. 1-3; 1/1989, de 16 de enero, FJ 3; o ATC 423/2003, de 17 de diciembre). Es loable la razón por la que el Tribunal quiso dar publicidad a los criterios sentados en autos que, entonces, no se hacían públicos en internet: para «evitar cualquier posible inseguridad de los recurrentes en el cómputo de los plazos» (ATC 7/1983, de 12 de enero, FJ 2, en relación con el ATC 121/1981, de 18 noviembre). Pero es indudable que esta previsión reglamentaria roza peligrosamente con la reserva de ley en materia de «condiciones para el ejercicio de las acciones» (art. 165 *in fine* LOTC).

La dificultad del **deslinde entre la jurisprudencia y la reglamentación como medios de establecer criterios de actuación procesal** (RODRÍGUEZ-PATRÓN, 2003) se ilumina con un segundo ejemplo: la *vexata questio* del lugar de presentación de escritos cuando el registro del Tribunal Constitucional se encuentra cerrado. La solución tradicional, como es sabido, recargaba en tareas impropias a los Juzgados de instrucción penal que se encontraban de guardia. La racionalización introducida por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 consistió en prescribir que los escritos fueran siempre recibidos en la sede ordinaria, en el horario de mañana en que se mantienen los registros judiciales; y, para no malograr el último día de los plazos preclusivos, permitir la recepción de escritos en la mañana del día siguiente. Esta racionalización no llegó a la jurisdicción constitucional. El auto *Rabourdin* (ATC 138/2001, de 1 de junio), con discutibles

fundamentos, sostuvo que esas normas no eran de aplicación al Tribunal Constitucional (criterio luego confirmado por sentencia: STC *Borrega Zamoro*, 230/2006, de 17 de julio, FJ 2). En este punto no se adoptó un reglamento, en virtud del art. 2.2 LOTC; el Tribunal estableció un criterio interpretativo, en uso correcto de su potestad jurisdiccional *ex art.* 161 y concordantes de la Constitución. Afortunadamente, el legislador ha introducido una regla más razonable en la reforma de 2007 (el vigente art. 85.2 LOTC); aunque con unos recovecos de redacción que hacen posible recrear un laberinto forense delante de la puerta del Tribunal (riesgo evitado por la STC Pleno *Pastor Antón*, 88/2013, de 11 de abril; pero cuyo realidad es atestiguada por el voto particular que la acompaña. Una aplicación en la STC *Tena Gallench*, 136/2016, de 18 de julio, FJ 3). Pero, de nuevo, esta es una cuestión de técnica legislativa; no de reserva de ley.

BIBLIOGRAFÍA

BASSOLS COMA, M., *La jurisprudencia del Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República Española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981.

CRIBADO GAMEZ, J. M. (Dir.), *El blindaje de las normas forales fiscales*, Iustel, Madrid, 2011.

GARCÍA-PELAYO, M., «El status del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, 1981, en *Obras completas*, CEC, III, págs. 2893-2914.

GARRORENA MORALES, A., «La reserva del Tribunal Constitucional a Ley Orgánica», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución*, Edersa, Madrid, 2.ª ed. 1999, págs. 387-407; y en VV. AA., *Estudios de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Madrid, 2001, págs. 1397-1422.

HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, J., «Art. 80», en REQUEJO PAGÉS, J. L. (Coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, BOE, Madrid, 2001, págs. 1269-83.

REQUEJO PAGÉS, J. L., «El Tribunal Constitucional» en DEL CAMPO, S. y TEZANOS, J. F. (Dirs.), *La España del Siglo XXI*, Instituto de España y Fundación Sistema, Madrid, 2008, II, págs. 245-282.

RODRÍGUEZ-PATRÓN, P., *La «autonomía procesal» del Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 2003.

— *La potestad reglamentaria del Tribunal Constitucional*, Iustel, Madrid, 2005.

TOMÁS Y VALIENTE, F., «El Tribunal Constitucional español como órgano constitucional del Estado: competencias, riesgos y experiencias», *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, 1993; en *Obras completas*, Madrid, CEC, 1997, III, págs. 2123-2329.

VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., «Cumplir o ejecutar. La ejecución de sentencias del Tribunal Constitucional y su reciente reforma», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 38, 2016, págs. 643-682.

VV. AA., *El privilegio jurisdiccional de las normas forales fiscales vascas*, Instituto de Derecho Público, Madrid, 2010.

VV. AA., *La reforma de la justicia constitucional*, CEJ-Thomson-Aranzadi, 2006.

TÍTULO X

DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL [ARTS. 166 A 169]

DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

Sumario: I. Mutación constitucional y reforma de la Constitución. II. La rigidez de las Constituciones revolucionarias. III. La flexibilidad de las Constituciones monárquicas. IV. La rigidez de las Constituciones democráticas. El poder de reforma. V. El modelo español.

FRANCISCO RUBIO LLORENTE

CATEDRÁTICO EMÉRITO UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
MAGISTRADO EMÉRITO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. MUTACIÓN CONSTITUCIONAL Y REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN

El concepto de Constitución formal, cuya supremacía sobre la ley ordinaria está garantizada de una u otra forma, obligaría a concluir que la única vía posible para modificar el contenido normativo de la Constitución es el de reformar su texto, alterar el enunciado de sus preceptos, o eliminarlos, o adicionar otros. Esta conclusión teórica o lógica choca abiertamente con las necesidades de la práctica y es insostenible por ser incapaz de dar cuenta de la realidad, abiertamente en contraste con ella. El propio KELSEN ha criticado la insuficiencia de esa doctrina, aunque su crítica está a mi juicio debilitada por referirla específicamente a las normas constitucionales que se pretenden irreformables (KELSEN, 1979, págs. 331-332).

Al margen de la reforma de su texto, el contenido normativo de la Constitución cambia en muchos casos, y no de los menos importantes, sin modificación alguna de éste. A veces porque el significado que la interpretación (en especial, aunque no exclusivamente, la interpretación judicial) les atribuye, va evolucionando a lo largo del tiempo; o para decirlo de forma más técnica y más pedante, se va modificando el contenido vinculante de las

normas que la interpretación detrae de ellos. En otras ocasiones porque han desaparecido o se han alterado profundamente las circunstancias que determinaron la voluntad de los constituyentes, o se han abandonado los prejuicios o las ideas que la inspiraron. Incluso, simplemente, porque a la hora de aplicarlo por primera vez, se ha advertido que el texto del precepto era producto de un error, una expresión defectuosa de la voluntad constituyente.

Como ejemplos de estos cambios en el contenido normativo de Constituciones cuyo texto se mantiene inmutable, ofrece JELLINEK, el primero en estudiarlos, algunos concretos tomados de la práctica norteamericana y la del Segundo Imperio, pero de modo genérico incluye también entre ellos los que resultan de innovaciones introducidas por vía de ley ordinaria (1979, págs. 536-541). Aunque esta inclusión desdibuja los contornos de la categoría, seguimos utilizando para designarla, aunque referida ya exclusivamente a Constituciones rígidas, cuya supremacía frente a la ley está garantizada de una u otra forma, el término de «mutaciones», que él acuñó.

Muchas de estas mutaciones están postuladas por la propia Constitución rígida, en aquellos preceptos que, por estar enunciados en térmi-

nos muy generales o incluir conceptos axiológicos o éticos cuyo contenido concreto varía con el correr del tiempo, obligan al juez a ir acomodando su significado a las ideas imperantes en cada momento. Una necesidad que negaba la absurda doctrina que pretendía interpretar la Constitución de acuerdo con el *original intent*, que estuvo en boga en los medios conservadores norteamericanos hace algunos años.

Pero además de estas mutaciones necesarias de los preceptos materiales, en todos los Estados constitucionales se pueden encontrar ejemplos de otras que afectan a preceptos de organización y procedimiento. La Constitución de los Estados Unidos sigue incluyendo (artículo primero, sección 9.^a) la disposición transitoria que impide al Congreso prohibir la importación de esclavos antes de 1808, o la permanente (artículo primero, sección 10.^a) que impide a los Estados autorizar otro medio de pago que no sea la moneda de oro o plata. Son ciertamente ejemplos de preceptos pintorescos que han perdido sentido hace mucho, y de forma tan evidente que no vale la pena tomarse el trabajo de eliminarlos, una empresa no fácil en una Constitución tan rígida.

Pero más cerca de nosotros, en una Constitución tan joven como la nuestra, cabe detectar mutaciones profundas, derivadas muchas de ellas del cambio de circunstancias que implica nuestra incorporación a la Unión Europea, prevista sin embargo y propiciada por los constituyentes. Esta «puesta en común» de nuestra soberanía con la de los demás Estados miembros de la Unión, no sólo ha alterado profundamente el sistema de fuentes, sino que hace inaplicables preceptos tales como el 128.2, que hace posible reservar al sector público la explotación de recursos o la prestación de servicios esenciales «especialmente en caso de monopolio», o el 131, que permite la instauración de una economía planificada. Una referencia a la planificación económica que aparece también en el 149.1.13, y que el Tribunal Constitucional eludió desde el co-

mienzo mismo de su actividad por el simple procedimiento de leer este precepto como si su enunciado fuera el del precepto homólogo del Estatuto de Autonomía de Cataluña, en donde no se hace referencia alguna a la planificación.

Buen ejemplo de mutación exigida por un manifiesto error de redacción del constituyente es el cambio de significado que, mediante una decisión interpretativa del Presidente del Congreso, se llevó a cabo en el art. 79.2. En la primera ocasión en que hubo de aplicarlo, D. Landelino LAVILLA decidió en efecto, con buen criterio, que aunque ese precepto exige para la aprobación de los actos parlamentarios «la mayoría de presentes», debía entenderse que quería decir «mayoría simple».

Estas modificaciones por así decir espontáneas del contenido normativo de las Constituciones escritas son importantes y han de ser tenidas en cuenta para establecer el concepto de las Constituciones de esta naturaleza, en cuya configuración eficaz juega la historia un papel mayor del que una visión simplista suele atribuirle. El *tempo* propio de esas modificaciones, y sobre todo lo azaroso de su producción, impiden confiar en ellas para lograr los cambios que las generaciones que han heredado el texto constitucional desean introducir en él. Estos cambios deliberados requieren la modificación del texto, la reforma de la Constitución.

II. LA RIGIDEZ DE LAS CONSTITUCIONES REVOLUCIONARIAS

La posibilidad de alterar el texto constitucional es cuestión que ha recibido a lo largo del tiempo respuestas muy distintas. Los textos constitucionales que John LOCKE redacta para las dos Carolinas, la del Norte y la del Sur, se pretenden sagrados e inalterables («*these fundamental constitutions shall be and remain the sacred and unalterable form and rule of government [...] forever*») (LEVINSON, 1995, pág. 3). Esta tesis,

congruente con la identificación de Constitución y pacto social, no fue seguida, sin embargo, por las Constituciones de los primeros Estados norteamericanos, que ya introdujeron previsiones para su reforma. En sentido diametralmente opuesto se sostuvo también en los albores del constitucionalismo que el poder de reformar la Constitución no era una facultad que ésta ponía a disposición del pueblo o sus gobernantes y de la que cabía hacer uso o no, sino el medio adecuado para cumplir la obligación inexcusable que éstos tenían de revisar periódicamente el texto recibido. En sus *Notas sobre el Estado de Virginia*, JEFFERSON sostuvo la necesidad de revisar la Constitución cada veinticinco años, pues «la tierra pertenece siempre a las generaciones vivas» y es difícilmente compatible con la democracia la sujeción de las generaciones presentes a las pasadas. Esta tesis, demolida por MADISON en los arts. 49 y 50 de *El Federalista*, en los que critica también el Colegio de Censores al que la Constitución de Pennsylvania atribuía competencia para revisar cada siete años el funcionamiento de la Constitución, no fue tomada en consideración por la Convención de Filadelfia, como tampoco la Asamblea Nacional Francesa incorporó a la Constitución de 1791 las ideas del mismo género defendidas en su seno, que sin embargo sí recogió la primera Constitución polaca, de esa misma fecha, que preveía con este fin la reunión cada veinticinco años de una Dieta Constitucional Extraordinaria.

Salvo esta curiosa excepción de Polonia (tan apegada a esta idea de la revisión periódica que volvió a introducirla en la Constitución de 1921, aunque tampoco en esta ocasión, como en la anterior, pudiera ponerse en práctica la institución porque las respectivas Constituciones dejaron de estar en vigor mucho antes de que el plazo se cumpliera) las primeras Constituciones, tanto en América como en Europa, se limitan a prever para la reforma constitucional un procedimiento lento y plagado de obstáculos. La Constitución de los Estados Unidos (artículo V), que

exige la aprobación de al menos una tercera parte de los Estados y ofrece dos fórmulas alternativas para llevarla a cabo, incluye también una limitación temporal para las enmiendas que se propongan abolir el tráfico de esclavos y excluye la posibilidad de que por esta vía se prive a un Estado, en contra de su voluntad, de la representación igual en el Senado. La Constitución francesa de 1791 atribuye el poder de reforma en exclusiva a la Asamblea Legislativa, pero impone un procedimiento engorroso que exige que la propuesta de reforma sea aprobada por tres legislaturas sucesivas, antes de que la siguiente, es decir, la cuarta, incrementada con 249 miembros elegidos *ad hoc*, pueda decidir definitivamente la cuestión. No contentos con la larga duración de este procedimiento (siete años en el mejor de los casos), los constituyentes prohibieron además la presentación de propuestas de reforma durante las dos primeras legislaturas. La Constitución que de acuerdo con todo ello hubiera debido mantenerse inmutable hasta diez años después de su promulgación, en 1801, sólo se mantuvo, sin embargo, en vigor durante diez meses. Como en ella, junto al procedimiento de reforma, se reconocía el «derecho imprescriptible de la Nación a cambiar de Constitución», tras la tumultuosa jornada del 10 de agosto de 1892, la propia Asamblea Legislativa decidió la convocatoria de una Convención constitucional.

Muy semejante al procedimiento de reforma que se acaba de describir es el previsto en la Constitución española de 1812 que ofrece, sin embargo, a la segunda legislatura que aprueba la proposición de reforma la posibilidad de decidir que sea la tercera legislatura, en lugar de la cuarta, la que ha de pronunciarse definitivamente y duplica la duración de la moratoria prevista en la Constitución francesa, elevándola a ocho años. El debate sobre este precepto (el 375 en la ordenación definitiva del texto constitucional), tuvo una extensión y una densidad realmente notables. Se alargó durante cuatro días (*Diarios de Sesiones* 271 a 274, correspondientes a los días 17

a 23 de enero de 1812), y en el discurso con el que concluye, ARGÜELLES afirma que ese precepto es la piedra angular de toda la Constitución y que sin él, nada se habría hecho. Los diputados americanos se opusieron a él por consideraciones teóricas, pero sobre todo por el deseo de no establecer un obstáculo más para la reforma del art. 22, que discriminaba a las «castas». La oposición más enconada fue, no obstante, la de los realistas, movidos por la esperanza de reformar cuanto antes la Constitución. Para los liberales (MUÑOZ TORRERO, OLIVEROS, CANEJA, TORENO y ARGÜELLES), era por el contrario esta posibilidad, que ellos contemplaban no con esperanza, sino con temor, la que justificaba la necesidad del precepto.

En España, como en Polonia, la Constitución fue derogada antes de que surgiera la posibilidad de reformarla y tras el largo paréntesis absolutista, el restablecimiento del régimen constitucional se lleva a cabo con arreglo a ideas y categorías que cambian sustancialmente los términos del problema.

III. LA FLEXIBILIDAD DE LAS CONSTITUCIONES MONÁRQUICAS

En la primera mitad del siglo XIX, el paso de la Monarquía absoluta a la constitucional es un fenómeno común a todos los países continentales europeos, aunque el proceso de cambio no sea simultáneo en todos ellos, ni sean exactamente las mismas las ideas que lo inspiran y las categorías utilizadas para dar forma a la nueva realidad. La diferencia más acusada es, con todo, la que media entre lo que cabría llamar vía germánica y la latina. En los países latinos, en efecto, a lo largo de la tercera década del siglo, se impone la idea de la soberanía compartida, trasunto más o menos fiel del modelo británico, que se plasma en las Constituciones llamadas «doctrinarias». Ni las teorías utilizadas para legitimarlas, ni el contenido de estas Constituciones son los mismos en todos ellos. Pero estas diferencias, en muchos casos apenas percepti-

bles para el lego, no ocultan la identidad del modelo seguido.

En España, el tránsito de la Constitución basada en la idea de soberanía nacional a la que se apoya en la idea de soberanía compartida se opera ya en la Constitución de 1837, que por eso ha sido calificada por SUÁREZ CARPEGNA «transaccional». Su consagración plena se produce, sin embargo, sólo con la reforma plasmada en la «nueva» Constitución de 1845, a iniciativa del Gobierno presidido por Narváez. La finalidad que la reforma persigue es claramente conservadora, pero lo que aquí interesa no es el sentido de la reforma, sino el procedimiento seguido. Se contemplaron al menos tres posibilidades distintas. Dos de ellas implicaban el «otorgamiento» de una Constitución nueva, pero en una de ellas el Trono se amparaba sólo en su propio derecho, mientras en la otra se apoyaba también, de manera más o menos artificiosa, en el Estatuto Real de 1834. Frente a estas dos fórmulas, que volvían a la afirmación enérgica del principio monárquico, a la idea de que el Monarca es el titular único de la soberanía, la que finalmente se impuso fue la de una reforma llevada a cabo mediante el acuerdo del Rey con las Cortes, como titulares ambos de una soberanía compartida. El rey y las Cortes no han recibido su poder de la Constitución que se proponen reformar, sino de una Constitución anterior, no escrita, de la que la Constitución escrita es simplemente manifestación ocasional. Estos poderes «soberanos» por obra de esta Constitución que a lo largo del tiempo se calificó de histórica, o natural, o interna, eran también, sin embargo, los que de acuerdo con la Constitución escrita ostentaban el poder legislativo ordinario, de manera que, desde el punto de vista jurídico positivo, era el poder legislativo el que asumía la tarea de reformar la Constitución.

Como esta posibilidad de llevar a cabo una reforma constitucional mediante el procedimiento legislativo ordinario es la que suele considerarse como criterio distintivo de las

Constituciones flexibles, se suelen considerar como tales las Constituciones españolas de 1837, 1845 y 1876, junto con el Estatuto Albertino y otras muchas Constituciones de la Europa del siglo XIX. Frente a esta tesis, abrumadoramente dominante en la doctrina, un ilustre constitucionalista italiano ha sostenido recientemente que, por el contrario, estos textos constitucionales que no prevén procedimiento alguno para su reforma deben ser calificados de absolutamente rígidos. La resistencia de algunos autores constitucionalistas españoles a aceptar esta original postura ha dado lugar a una controversia erudita y brillante, aunque tal vez un tanto artificiosa, en la que no pretendo mediar. Creo firmemente que si la dicotomía entre rigidez y flexibilidad se mantiene como contraposición de dos categorías nítidamente separadas, es forzoso incluir entre las flexibles las mencionadas Constituciones españolas. Sólo querría puntualizar que quizás la categoría de las Constituciones flexibles requiere una reelaboración más cuidadosa, pues evidentemente no tiene el mismo significado una reforma constitucional explícita que, sea cual sea el órgano que la lleva a cabo y el procedimiento que utiliza, pretende sustituir los preceptos de la Constitución, que aquellas otras que, sin alterar su letra, ni derogarlos, los privan de eficacia o alteran sustancialmente su sentido. Estas reformas «encubiertas», sólo teóricamente posibles cuando no existen instrumentos eficaces para controlar la constitucionalidad de las normas, no tienen que ver con la rigidez o flexibilidad de la Constitución, sino con su normatividad. Una calidad que, por cierto, tampoco se ve alterada cuando es la propia Constitución la que encomienda al legislador la tarea de concretar sus preceptos para detraer de ellos normas accionables ante la jurisdicción. Hay buenas razones para sostener la conveniencia de sustituir al legislador por el juez como intérprete supremo de la Constitución, pero no cabe ignorar que esta sustitución implica un cambio radical de la jurisdicción, que inevitablemente asume con ello una función creadora del Derecho que desborda con mu-

cho la que le permitía la interpretación de las normas legales.

IV. LA RIGIDEZ DE LAS CONSTITUCIONES DEMOCRÁTICAS. EL PODER DE REFORMA

En todo caso, y para volver al tema de esta Introducción, una vez que el principio democrático desplaza por entero al monárquico y el poder constituyente se identifica con la soberanía popular, o nacional, la flexibilidad cede al paso a la rigidez y las Constituciones comienzan a incluir normas que sustraen su reforma a la voluntad del legislador ordinario. Una evolución que se inicia en España ya con la Constitución de 1869 y que tras el paréntesis de la Restauración se afirma en la Constitución de 1931 y en la actualmente en vigor.

La razón de ser de la rigidez no es, sin embargo, en esta nueva etapa la misma que daba sentido a la institución en las primeras Constituciones europeas, ni se identifica por entero con la que explica la rigidez de la Constitución de los Estados Unidos. No se trata ahora de preservar la obra de la soberanía nacional frente a la voluntad, que se pretende soberana, del monarca, o de garantizar a los Estados miembros de la Federación su ámbito de libertad respecto de ésta. Son finalidades de otro género: garantizar los derechos individuales sustrayéndolos a la «voluntad movable y tornadiza de las Asambleas políticas», como se dice en el Dictamen de la Comisión redactora de la Constitución de 1869, y asegurar que la organización del poder no pueda ser modificada a su antojo y conveniencia por mayorías ocasionales.

Para alcanzar estas finalidades plausibles, las Constituciones de nuestro tiempo recurren a diversas técnicas a las que después me referiré brevemente. Pero antes de ello quisiera aludir, siquiera de modo también muy sumario, al problema que plantea la legitimidad de esta limitación que el poder constituyente

«originario» impone a la libertad de decisión de quienes han de sucederle. Más precisamente, al poder de reforma o «poder constituyente constituido o instituido», en el *oxymoron* que desde Francia se ha extendido por el resto del mundo.

En sus términos más simples, más elementales, tal problema es el que, como se recordaba al comienzo, viene del hecho de que tanto el órgano que ejerce el poder constituyente, como el que recibe de la Constitución el poder legislativo, son representantes de la soberanía nacional, son órganos a través de los que se forma y se manifiesta la misma voluntad soberana. La soberanía nacional, o popular, a diferencia de la monárquica, sólo puede actuar de modo jurídicamente eficaz mediante órganos representativos, que siendo emanación del mismo poder soberano han de ostentar en principio poderes iguales o equivalentes. Frente a esta presunción de equivalencia, derivada de la igualdad de representación, suele argumentarse que el órgano constituyente actúa en plena libertad, es un poder *ab legibus solutus*, no vinculado jurídicamente, en tanto que el poder de reforma nace de la Constitución y por tanto con las limitaciones materiales, orgánicas y procedimentales que ésta le impone. El argumento es, no obstante, inválido porque hace supuesto de la cuestión. Vale sólo si se parte de la capacidad del órgano constituyente para imponer limitaciones a los órganos que, en el futuro, representarán al ente soberano, nación o pueblo, pero lo que está en cuestión es justamente la existencia de esa supuesta capacidad; la fuerza vinculante de una legalidad, que en último término no puede apoyarse sino en la legitimidad que comparte con los órganos destinatarios de las normas.

La contraposición entre legitimidad y legalidad ofrece otra vía para abordar el problema. La rutinización del carisma, la transformación de la legitimidad carismática en legitimidad burocrático-racional hace de la legalidad la única legitimidad posible del poder que se ejerce en nombre del Estado. El poder consti-

tuyente no es, con todo, un poder del Estado, sino un poder sobre el Estado (pero también un poder en el Estado. El órgano que lleva a cabo la reforma es siempre un poder jurídicamente organizado, aunque el derecho no limite su libertad, o por propia decisión prescindida de estas limitaciones. La Convención de Filadelfia fue convocada por el Congreso Continental y sólo la Convocatoria real de los Estados Generales ofreció al Tercer Estado la posibilidad de constituirse como Asamblea Nacional. Este paso de la legalidad cuya legitimidad se niega a una nueva legalidad es una constante con pocas excepciones y no un rasgo peculiar de nuestra transición). Aunque esto suene a herejía para los puristas del método, la idea de la soberanía nacional o popular sigue estando en la base de la Teoría del Estado. Atribuirle esta condición sólo al mítico poder constituyente «originario», para negársela al poder de reforma, sería tanto como afirmar que con la entrada en vigor de la Constitución, el pueblo perdió el poder que antes tenía. Para eludir esta conclusión, se afirma que el poder constituyente subsiste, pero una vez promulgada la Constitución sólo puede ejercerse en la forma prevista en ella, o bien contra ella, mediante la revolución. La tesis es algo extremada, pues la historia contemporánea ofrece más de un ejemplo de reformas de la Constitución que se llevan a cabo al margen de ésta, mediante la apelación al «soberano», al poder constituyente del pueblo. Baste recordar la reforma de la Constitución francesa que el General De Gaulle impuso en 1962 a través de un referéndum no precedido de acuerdo parlamentario. Pero aunque tosca, esta construcción resulta útil para dotar de sentido a la configuración constitucional del poder de reforma como un poder limitado.

La limitación más drástica es la implicada por la prohibición, temporal o ilimitada en el tiempo, de reformar algunos preceptos constitucionales. Así la que imponen las Constituciones de Alemania (art. 79.2.º y 3.º), Francia (art. 91), Portugal (art. 288) y, de manera quizás algo extremada, Turquía (art. 4, en rela-

ción con los tres precedentes). Este género de prohibiciones, que resuelven en favor del constitucionalismo la tensión siempre latente entre constitucionalismo y democracia, suelen utilizarse en situaciones en las que se ve en ésta una amenaza grave para aquél y, paradójicamente, sólo prevalecen cuando esa amenaza resulta ser ilusoria.

Las limitaciones habituales, menos rotundas, son las que exigen que la reforma sea obra de un órgano especial, distinto del que ostenta la potestad legislativa, o que éste sólo pueda aprobarla mediante mayorías cualificadas, o que haya de reiterar su decisión, dentro de la misma legislatura, o en legislaturas sucesivas, o que en la decisión participe también directamente el pueblo, bien sea mediante la ratificación en referéndum del acuerdo ya adoptado, bien sea, con carácter previo, otorgando a las Cámaras una habilitación *ad hoc* para deliberar sobre la reforma de la Constitución. Aunque algunos autores incluyen también entre estas limitaciones la necesidad de que la reforma sea expresa, parece dudoso que esta exigencia, que deriva del principio de seguridad jurídica más que de la primacía de la Constitución, deba ser considerado como una limitación del poder de reforma.

V. EL MODELO ESPAÑOL

Estas técnicas, que todas las Constituciones combinan de distintas formas, también son utilizadas por la nuestra para establecer en su Título X, no uno, sino dos procedimientos, reservado cada uno de ellos a la eventual reforma de las dos partes de la Constitución que con este fin se delimitan, una en positivo y la otra en negativo, en el art. 168. El Título entero ha sido objeto de numerosas críticas; algunas apuntan a defectos técnicos que pueden dificultar el buen funcionamiento de los procedimientos previstos; otras muchas, quizás la mayoría de ellas, van dirigidas contra la estructura misma del poder de reforma en nuestra Constitución. Contra la dualidad de procedimientos y sobre todo contra el proce-

dimiento «reforzado» del art. 168. De una parte se ve en él un obstáculo poco menos que insalvable para cualquier reforma en el que hubiera de aplicarse; de la otra se denuncia la escasa racionalidad del criterio de delimitación de su ámbito de aplicación, que obliga a acudir a él para reformas superficiales de normas constitucionales relativamente banales, pero excluye su utilización en modificaciones que alterarían radicalmente nuestro sistema constitucional.

Estas críticas de fondo no son infundadas, pero tampoco absolutamente incontestables. Reprochan la excesiva rigidez constitucional que este procedimiento reforzado origina, pero pasan por alto tanto las razones que lo justifican y que explican su amplia presencia en el Derecho Comparado, como las peculiaridades de nuestro sistema político, responsables en buena medida de ese exceso de rigidez de la Constitución española en relación con otras que emplean procedimientos análogos de reforma. Objetan la delimitación material entre los dos procedimientos de reforma, pero no exploran las posibilidades de remediar sus defectos sin prescindir de la dualidad y manteniendo, por tanto, el procedimiento «reforzado».

Las razones que justifican la necesidad, o al menos la conveniencia, de que la reforma de la Constitución requiera la intervención de dos legislaturas sucesivas son obvias y casi abrumadoras. El poder de reforma es poder constituyente y por consiguiente su configuración constitucional ha de asegurar en la mayor medida posible que la voluntad del órgano que ha de llevar a cabo la reforma coincide con la del pueblo soberano al que ésta se imputa. La coincidencia puede buscarse por dos vías diferentes. Una, la vía previa, que al dejar en manos de los ciudadanos la elección de quienes han de integrar el órgano al que se encomienda la reforma, les permite predeterminar su contenido y su alcance. Otra, la intervención del pueblo *a posteriori*, para ratificar o rechazar la reforma que se propone, pero sin alterar los términos de la propuesta.

Aunque las dos vías persiguen la misma finalidad y a veces, como sucede entre nosotros y también en Dinamarca, pueden utilizarse conjuntamente, no parece dudoso que la vía previa permita una participación del pueblo en la elaboración de la reforma más intensa que la que le depara la posibilidad de aceptar o rechazar *in toto* la obra ya acabada. El precio a pagar por esa mayor eficacia es el de su considerable lentitud. Una lentitud que puede parecer deseable en la mayor parte de los casos y que sin duda fue muy deliberadamente buscada en los orígenes del constitucionalismo, pero que puede resultar inconveniente en otros muchos casos. Este inconveniente no ha impedido que el procedimiento se mantenga en muchas Constituciones contemporáneas, algunas de las cuales lo han remediado

ofreciendo a las Cámaras la posibilidad de excepcionar, mediante mayorías muy reforzadas, de 4/5 e incluso 5/6, la aplicación de ese método cuando, en razón de su lentitud o por otros motivos, se considere inadecuado. Es una técnica que quizás podría incorporarse a nuestra Constitución, incluso ampliándola en la medida necesaria para corregir todos los defectos que se reprochan al criterio que en ella se sigue para delimitar el ámbito de aplicación de los dos procedimientos de reforma. Tanto el que fuerza a utilizar el procedimiento reforzado para reformas que afectan sólo a cuestiones menores, como el que impide hacer uso de él para modificaciones que, aunque no versen sobre ninguno de los preceptos especialmente protegidos, alterarían sustancialmente la arquitectura constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

AMÉRIGO ALONSO, J. y JEREZ CALDERÓN, J., «El procedimiento de reforma constitucional en dos legislaturas: un análisis comparado e histórico», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 76, enero-abril 2006.

DE VEGA, P., *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Editorial Tecnos, Madrid, 1985.

JELLINEK, G., *Allgemeine Staatslehre*, Reimpresión de la 3.^a ed., Verlag Athenäum, Kronberg, 1979.

KELSEN, H., *Teoría General del Estado*, traducción castellana de Legaz Lacambra, 15.^a ed., Editora nacional, México, 1979.

LEVINSON, S., *Responding to Imperfection*, Princeton University Press, 1995.

MARCELLO BENEDICTO, J. I., *La Constitución de 1845*, Iustel, Madrid, 2007. Para la discusión sobre el método de la reforma son de especial interés la Exposición a la Reina del Ministro de Estado, los artículos y otros textos de Balmes y el discurso del Ministro de la Gobernación en el Congreso en la sesión de 30 de octubre de 1844.

PACE, A. y VARELA, J., «La rigidez de las Constituciones escritas», *CEPC, Cuadernos y Debates*, núm. 58, Madrid, 1995. Una extensa y aguda reseña de este debate, obra de B. ALÁEZ y con un interesante postscriptum, en *Revista Española de Derecho constitucional*, núm. 47, mayo-agosto 1996.

SUÁREZ CARPEGNA, J., «La Constitución española de 1837: una Constitución transaccional», en *Revista de Derecho Político*, núm. 20, 1983-1984.

Artículo 166

La iniciativa de reforma constitucional se ejercerá en los términos previstos en los apartados 1 y 2 del art. 87.

Sumario: I. Iniciativa constituyente e iniciativa legislativa. II. Las iniciativas estatales: 1. El Gobierno. 2. El Congreso de los Diputados. 3. El Senado. III. La iniciativa autonómica. Las Asambleas legislativas. IV. La exclusión de la iniciativa popular.

JUAN LUIS REQUEJO PAGÉS

LETRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. INICIATIVA CONSTITUYENTE E INICIATIVA LEGISLATIVA

El Estado constitucional se fundamenta en el trazado de una divisoria infranqueable entre el **poder constituyente** y los **poderes constituidos**. La propia continuidad de la Constitución en el tiempo requiere, sin embargo, cuando su acompañamiento a las necesidades de cada momento histórico no puede alcanzarse con las técnicas de la **interpretación constitucional** —es decir, cuando la realidad que pretende disciplinarse con el deber-ser de las normas constitucionales adquiere una autonomía que termina por hacer de la infracción la verdadera norma de conducta de los sujetos sometidos a los límites constitucionales—, requiere, decimos, la intervención de un poder intermedio entre aquellas dos categorías: el llamado **poder constituyente constituido**, verdadero *tertium genus* que hace posible la **reforma de los enunciados constitucionales** sin perjuicio alguno para la indemnidad de la cadena de imputaciones que permiten remitir el contenido actualizado de las normas constitucionales a la **voluntad originaria del poder constituyente**. El poder constituyente constituido es, así, poder constituyente en la

medida en que le cabe modificar legítimamente los enunciados constitucionales, esto es, contradecirlos sin incurrir en su infracción; y es, también, poder constituido, por cuanto solo puede hacer tal cosa en las **condiciones, con los límites y por los procedimientos establecidos por el constituyente originario**. Naturalmente, una reforma constitucional verificada con infracción de esos límites y procedimientos no padecerá en su eficacia si las circunstancias de la realidad así lo imponen. Jurídicamente, sin embargo, el sujeto de tal reforma no habrá procedido como un poder constituyente constituido, sino como un verdadero poder constituyente sin más, es decir, como un poder del que resulta un orden jurídico irreconducible a un orden positivo antecedente y sin otro fundamento legitimador que su sola y propia voluntad.

Su condición de híbrido entre el constituyente y los constituidos hace del **poder de reforma** un sujeto de muy difícil tratamiento constitucional. En ningún otro sector del ordenamiento se manifiesta como aquí la delicadeza del sutilísimo artificio sobre el que se erige la voluntad de sometimiento del poder a la disciplina del Derecho. El hecho de que

una de esas variables del poder sometido pueda ocasionalmente elevarse a la condición de **sujeto soberano** (o, cuando menos, de sujeto sometido a límites cuya garantía solo podrá oponerle jurisdiccionalmente, en su caso, un poder constituido) hace del poder de revisión un poder incómodo en cualquier estructura de limitación del poder político. Con independencia de que los **límites materiales, procedimentales y formales** a la reforma constitucional puedan llegar a ser efectivos y, en consecuencia, termine haciéndose valer su condición de fruto de la voluntad de un poder constituido, lo cierto es que la sola **activación del poder de reforma**, y aun la tentativa de activarlo, suponen ya poner en cuestión uno de los principios fundamentales de la lógica del **Estado constitucional**, a saber, la de que la vida pública ha de ordenarse en el marco de unos **procedimientos de definición de la voluntad colectiva** que, decididos en la Constitución, quedan **al margen del poder de disposición** de los sujetos participantes, como sustraídas quedan de cualquier debate aquellas decisiones materiales que el constituyente haya decidido formalizar en la Norma primera del Ordenamiento. Sin que ninguna iniciativa de reforma tenga asegurada jurídicamente más tramitación que la que puede conducir a su fracaso, es evidente que, en términos políticos, cualquier iniciativa de esa naturaleza implica siempre un principio de cuestionamiento del orden constitucional establecido, propiciando justamente el debate que la Constitución excluye, posterga o excepciona.

Se explica así que, sobre todo en los momentos previos a la consolidación del Estado constitucional, las **Constituciones hayan sido recelosas frente a la posibilidad de su reforma**, prohibiéndola sin más y para siempre, estableciendo moratorias o imaginando, en fin, procedimientos tortuosos capaces de desincentivar iniciativas políticamente impracticables. La Constitución española de 1978, a diferencia de la Constitución de Cádiz, no ha decretado la imposibili-

dad de su reforma durante un plazo determinado, ni, en contraste con la Ley Fundamental de Bonn, ha excluido determinados preceptos o materias como objeto de la revisión constitucional. Ha dotado a sus preceptos de una cierta **rigidez** (art. 167 CE), en ocasiones muy notable (art. 168 CE), pero las dificultades para la reforma se agotan en el terreno del **procedimiento** —nunca en el de las **mayorías** requeridas para el éxito de la revisión. Por lo que hace a la iniciativa, sin embargo, el constituyente ha considerado suficiente la remisión (parcial) al régimen de la **iniciativa legislativa** (art. 87 CE) y el establecimiento de una **prohibición circunstancial** para su ejercicio (**art. 169 CE**). No ha querido, en definitiva, confiar la iniciativa de la revisión constitucional —tampoco la materialización de la reforma— a un órgano *ad hoc* o a un órgano complejo integrado por el concurso de las voluntades de varios poderes constituidos, ni someter su disciplina a otras normas que las que regulan la iniciativa del procedimiento legislativo. Hay en esta opción del Título X una notable sabiduría política, pues con ello el poder constituyente constituido **no se formaliza y toma cuerpo en un órgano específico**, sino que aparece en todo caso como una **función ejercida por poderes constituidos**, esto es, por órganos dotados circunstancialmente con un poder formidable, pero, al fin y al cabo, órganos por definición limitados. La formalización del poder de reforma como una función y no como un órgano evita todas las dificultades inherentes al control jurídico-constitucional de un sujeto que a la excepcionalidad de su función añadiría la de su misma existencia; una combinación con la que se le brindaría una posición de fuerza políticamente extraordinaria y frente a la que en caso de conflicto normativo poco podrían los poderes constituidos de la jurisdicción. Una combinación, en definitiva, que terminaría franqueando el paso al **interior del Estado constitucional** a un remedo del sujeto que bajo ningún concepto puede ser admitido en su estructura: el **poder soberano**.

El art. 166 CE no ofrece, en definitiva, mayor singularidad que la de no haber singularizado para la reforma de la Constitución un régimen propio de iniciativa procedimental. Ha de bastar aquí, por tanto, con **remitirse al comentario del art. 87 CE**, cuyos dos primeros apartados regulan la iniciativa legislativa que el art. 166 CE hace suya para la revisión de la Constitución. Con todo, no pueden dejar de hacerse aquí algunas consideraciones particulares. De un lado, para dar cuenta de los matices —mínimos— que determinadas normas infraconstitucionales han introducido en la **normativa de desarrollo de la iniciativa** de reforma de algunos de los órganos mencionados en el art. 87 CE. De otro, para detenerse en el examen las razones que han justificado la **exclusión en este terreno de la iniciativa popular**.

Queda para el **comentario del art. 167 CE** la cuestión de si el procedimiento que comienza con el ejercicio de esta iniciativa de reforma concluye, caso de prosperar en todos sus trámites (y puede frustrarse *ab initio* si la **iniciativa no es tomada en consideración por las Cámaras**; arts. 112, 126 y 127 RCD y art. 153 RS), con la producción de una **ley** o con la adopción de una **Constitución**. Esto es, la cuestión de la **forma jurídica** bajo la que se integra en el ordenamiento la voluntad lograda con el procedimiento de revisión.

II. LAS INICIATIVAS ESTATALES

1. El Gobierno

La iniciativa atribuida al Gobierno por el art. 87.1 CE ha de ordenarse en los términos previstos por el **art. 88 CE**, es decir, mediante un **proyecto de reforma aprobado en Consejo de Ministros** y sometido al Congreso de los Diputados, acompañado de una **exposición de motivos** y de los **antecedentes** necesarios para pronunciarse sobre el mismo. En lo que hace a la reforma constitucional, el **art. 22 de la Ley 50/1997, de 27 de**

noviembre, del Gobierno, no ha introducido ninguna especialidad en el régimen común de la iniciativa legislativa del Ejecutivo.

2. El Congreso de los Diputados

Por el contrario, el **Reglamento del Congreso de los Diputados** sí ha distinguido allí donde el art. 166 CE no ha querido hacerlo, de manera que el **art. 146.1 RCD** dispone que las **proposiciones de reforma** constitucional deben ir suscritas por **dos Grupos parlamentarios o por una quinta parte de los Diputados**, en tanto que las **proposiciones de ley** pueden serlo por **un solo Diputado con la firma de otros catorce** miembros de la Cámara o por **un Grupo parlamentario** con la única firma de su portavoz, según dispone el **art. 126.1 RCD**.

3. El Senado

También el **Reglamento del Senado** ha agravado las condiciones para el ejercicio de la iniciativa de la reforma constitucional. Así, mientras el **art. 108.1 RS** exige que las proposiciones de ley senatoriales sean suscritas por **un Grupo parlamentario o por veinticinco Senadores**, el **art. 152 RS** reserva la iniciativa de revisión de la Constitución a **cinuenta Senadores que no pertenezcan a un mismo Grupo parlamentario**.

III. LA INICIATIVA AUTONÓMICA. LAS ASAMBLEAS LEGISLATIVAS

La **remisión al comentario del art. 87 CE** no merece otro matiz que el necesario para recordar que en su momento fue objeto de **debate doctrinal** el acierto del constituyente al incluir a los Parlamentos autonómicos en el círculo de los legitimados para iniciar un procedimiento de reforma de la Constitución (PÉREZ ROYO, 1999, 444 y ss.). En buena medida la discusión vino dada por el problema de la **naturaleza constitucional de las**

Comunidades Autónomas y por la **dualidad de regímenes autonómicos** característica de los primeros tiempos del **Estado autonómico**. Siendo una iniciativa atípica en el ámbito de los Estados federales (SANTAOLALLA LÓPEZ, 2001, 2719), su previsión en el art. 166 CE responde sin duda al interés del constituyente en integrar a las **Comunidades Autónomas como sujetos partícipes de la condición de Estado**.

IV. LA EXCLUSIÓN DE LA INICIATIVA POPULAR

La **iniciativa popular** solo cabe en el Derecho español para el **ejercicio de la potestad legislativa**. En línea con la tradición europea, fuertemente marcada por la experiencia plebiscitaria de los regímenes totalitarios del período de entreguerras, el constituyente ha sido muy receloso frente a los mecanismos de la **democracia directa**, apenas reducida a la iniciativa del **art. 87.3 CE** (sometida, además, a restricciones de formalización y de sustancia inexistentes para los otros órganos dotados de iniciativa legislativa), a previsiones apenas testimoniales como el **derecho de petición** (art. 29 CE) o a un modelo de **referéndum** que, salvo en el caso, precisamente, de la reforma constitucional, solo tiene carácter consultivo (**art. 92 CE**).

En palabras de la STC 76/1994, de 14 de marzo, FJ 3, «[n]uestra Constitución en su art. 1.3 proclama la **Monarquía parlamentaria** como forma de gobierno o forma política del Estado español y, acorde con esta premisa, diseña un **sistema de participación política** de los ciudadanos en el que priman los **mecanismos de democracia representativa** sobre los de participación directa. Siendo esto así, ninguna vulneración del orden constitucional puede advertirse en el hecho de que el propio Texto constitucional, al regular las características de los **instrumentos de participación directa**, restrinja su alcance y condiciones de ejercicio y, más concretamente, que la iniciativa legislativa sobre determi-

nadas materias, por lo delicado de su naturaleza o por las implicaciones que entrañan, quede reservado a la mediación de los representantes políticos».

Por lo que hace a la reforma constitucional, el Tribunal ni siquiera admitirá que su exclusión del ámbito de la iniciativa popular pueda sorprenderse por los particulares mediante el ejercicio de una iniciativa legislativa dirigida a la activación de una iniciativa de reforma ajena. De acuerdo con la misma STC 76/1994, FJ 5, «[l]a prohibición consagrada en este artículo [art. 166 CE] implica, sin necesidad de que venga reiterada en otros preceptos, que en esta materia **no cabe ejercer la iniciativa legislativa popular en modo alguno** —tampoco indirectamente—; es decir, supone vetar la posibilidad de instar, por medio de una iniciativa legislativa popular, el ejercicio de las facultades de iniciativa que en aquel ámbito se reconocen, en lo que aquí interesa, al Parlamento Vasco. La Constitución ha querido **reservar la iniciativa legislativa de reforma constitucional al Gobierno, al Congreso de los Diputados, al Senado y a las Asambleas Legislativas** de las Comunidades Autónomas, primando los **mecanismos de democracia representativa** sobre los de participación directa. Si la Constitución ha prohibido expresamente que la reforma constitucional pueda incoarse como consecuencia del ejercicio de una iniciativa popular, es evidente que servirse de esta para provocar el ejercicio de una iniciativa parlamentaria, esta sí legitimada por aquel precepto para iniciar el proceso de reforma, supone **contravenir la finalidad perseguida por el constituyente** al prever la referida exclusión».

En definitiva, la reforma de la Constitución no puede iniciarse por voluntad popular. **Sin esa voluntad**, sin embargo, **no puede perfeccionarse ningún proceso de revisión constitucional** que haya de sustanciarse por la vía del **art. 168 CE** ni, eventualmente, aquel que lo haga por la del **art. 167 CE**. La prevención del constituyente

frente a los riesgos del populismo plebiscitario no le han llevado al extremo, por tanto, de hurtar al juicio directo de las generacio-

nes vivas la revisión de las decisiones fundamentales acordadas en su día por el constituyente originario.

BIBLIOGRAFÍA

JIMÉNEZ CAMPO, J., «Algunos problemas de interpretación en torno al Título X de la Constitución», *Revista de Derecho Político*, núm. 7, 1980, págs. 81 y ss.

OTTO PARDO, I., *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987.

PÉREZ ROYO, J., *La reforma de la Constitución*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1987.

— «Art. 166. La iniciativa de la reforma», en ALZAGA VILLAMIL, O. (Dir.), *Comentario a las Leyes Políticas. Constitución de 1978*, vol. XII, Edersa, Madrid, 1999, págs. 437 y ss.

PUNSET BLANCO, R., «La iniciativa legislativa en el ordenamiento español», en *Estudios parlamentarios*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, págs. 311 y ss.

RALLO LOMBARTE, A., «Iniciativa popular: Estado autonómico y reforma constitucional», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 50, 1998, págs. 205 y ss.

SANTAOLALLA LÓPEZ, F., «Art. 166», en GARRIDO FALLA, F. (Dir.), *Comentario a la Constitución*, 3.^a ed., Civitas, Madrid, 2001, págs. 2717 y ss.

VEGA GARCÍA, P., *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 1985.

Artículo 167

1. Los proyectos de reforma constitucional deberán ser aprobados por una mayoría de tres quintos de cada una de las Cámaras. Si no hubiera acuerdo entre ambas, se intentará obtenerlo mediante la creación de una Comisión de composición paritaria de Diputados y Senadores, que presentará un texto que será votado por el Congreso y el Senado.

2. De no lograrse la aprobación mediante el procedimiento del apartado anterior; y siempre que el texto hubiere obtenido el voto favorable de la mayoría absoluta del Senado, el Congreso, por mayoría de dos tercios, podrá aprobar la reforma.

3. Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación cuando así lo soliciten, dentro de los quince días siguientes a su aprobación, una décima parte de los miembros de cualquiera de las Cámaras.

Sumario: I. Inconstitucionalidad y reforma de la Constitución. II. Identidad y rigidez constitucionales. La reforma implícita. III. Tramitación de la reforma. 1. Aprobación por cada Cámara. 2. La Comisión paritaria. 3. El referéndum de ratificación. IV. La formalización de la reforma. V. El control de la constitucionalidad de la reforma. 1. El control interno de constitucionalidad. 2. El control internacional. VI. El ordenamiento tras la reforma.

JUAN LUIS REQUEJO PAGÉS

LETRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. INCONSTITUCIONALIDAD Y REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN

La Constitución de 1978 responde al modelo de las llamadas **Constituciones rígidas** que, por oposición a las **flexibles**, sujetan su reforma a **procedimientos distintos y agravados** de los comunes para la **legislación ordinaria**. No es una Constitución irreformable en su conjunto, ni existen formalmente **cláusulas de intangibilidad** para determinados principios o preceptos, de ma-

nera que es posible distinguir entre las **categorías de la reforma y de la infracción**. La norma incompatible con la Constitución merecerá entonces la **calidad de inconstitucional** o la de **norma de reforma** constitucional según el procedimiento observado para su elaboración. Los **dos procedimientos previstos en el Título X** son los únicos capaces de producir normas cuya contradicción con la Constitución no se resuelve con la **sanción de su antijuridicidad**, sino con el efecto de la **modificación de los precep-**

tos constitucionales contradichos. Ello confiere a las normas incluidas en ese Título una cualidad específica, hasta el punto de que puede verse en ellas el verdadero **núcleo de la Constitución**, toda vez que esta tendrá en cada momento el contenido que, decidido por el constituyente originario, no haya sido modificado válidamente por el **constituyente constituido**. Con todo, aquella **diferencia estructural** entre las normas reguladoras de la reforma y el resto de las normas constitucionales no confiere a las primeras una superioridad jerárquica sobre las segundas, pues positivamente **todas las normas incluidas en la Constitución formal tienen el mismo valor** y rango, siendo un imposible el concepto de las llamadas **normas constitucionales inconstitucionales**.

II. IDENTIDAD Y RIGIDEZ CONSTITUCIONALES. LA REFORMA IMPLÍCITA

La **rigidez de la Constitución** sirve al fin de asegurar su **estabilidad en el tiempo**, pero no al de hacer de la Constitución la **norma suprema** del Estado. Esto último es solo consecuencia de la **estructura misma del ordenamiento**, en cuya cúspide se encuentra una norma positiva que es **fundamento de la validez de las restantes normas positivas**, sin estar ella misma fundada en ninguna norma positiva superior. La supremacía de la Constitución es una **cualidad inherente a su concepto**, que no viene asegurada por la garantía de que su reforma haya de verificarse por un procedimiento específico, sino solo por la exigencia de que su reforma, por sencilla que resulte procedimentalmente, sea en todo caso una **reforma expresa**.

Solo la reforma expresa permite la **identificación** en cada caso de la **Constitución vigente**. De otra forma, aun en el supuesto de que la revisión constitucional estuviera agravada con la exigencia de una mayoría muy

cualificada, sería imposible discernir si una ley que, contradiciendo a la Constitución, ha sido aprobada con esa mayoría, es una norma inconstitucional y, por tanto, antijurídica, o una norma de reforma de la Constitución, a la que, en consecuencia, modifica. Tal fue exactamente el problema al que hubo de enfrentarse la **Constitución de Weimar**, con el resultado de que, siendo una Constitución estabilizada en el tiempo por un procedimiento agravado de revisión, terminó siendo una Constitución «inidentificable» como tal.

La Constitución de 1978 no ha establecido la exigencia de que su reforma haya de ser expresa, pero ha de entenderse que **tal exigencia está implícita en el Título X**; más precisamente, es una exigencia lógica de la supremacía normativa de la Constitución proclamada en el **art. 9.1 CE**, cuyo presupuesto obvio es su misma identidad. En realidad, el problema de la reforma constitucional tácita solo podría darse en el caso del procedimiento del art. 167 CE, es decir, en el de una **ley ordinaria aprobada casualmente por la mayoría de los tres quintos** de cada una de las dos Cámaras de las Cortes Generales, algo perfectamente factible. El procedimiento del art. 168 CE, sin embargo, contempla trámites tan específicos (una convocatoria electoral y un referéndum preceptivo) que nunca podrían cumplirse casualmente en el curso de la elaboración de una ley de las Cortes.

Cada uno de los procedimientos de reforma constitucional ofrece **distintos niveles de agravación**. El regulado en el **art. 167** es relativamente **sencillo**, mientras que el del **art. 168** resulta tan complicado que prácticamente equivale a una **verdadera cláusula de intangibilidad**. En ambos casos se trata de estabilizar el contenido de las normas constitucionales, requiriendo para su modificación unas **mayorías cualificadas** que aseguren para la reforma un **consenso** equiparable al que hizo posible la adopción de la Constitución. En términos democráti-

cos, el procedimiento del art. 167 CE, con sus mayorías de tres quintos, no merece mayor crítica en la medida en que la excepción del principio general de la mayoría simple encuentra perfecto fundamento en la necesidad de asegurar la estabilidad de la norma en la que se establecen y regulan los procedimientos de ordenación democrática de la vida colectiva y, por tanto, las reglas que garantizan la reversibilidad de las decisiones mayoritarias y la eventualidad de que la minoría del presente pueda convertirse en la mayoría del futuro. En beneficio de la minoría, por tanto, se hace necesario su concurso para la modificación de la norma ordenadora del sistema. Por el contrario, la extraordinaria complejidad del procedimiento del art. 168, en sí misma difícilmente justificable incluso en el caso de la revisión total de la Constitución (y, llegado el caso, políticamente contraproducente e inútil, al no dejar para los supuestos de crisis institucional profunda otra salida que la infracción), lo es mucho menos si se atiende al contenido de muchas de las normas que caen bajo su cobertura, según tendrá ocasión de verse en el comentario de ese precepto.

III. TRAMITACIÓN DE LA REFORMA

1. Aprobación por cada Cámara

El art. 167.1 CE se limita a exigir una **mayoría de tres quintos de cada una de las Cámaras** para la aprobación de los proyectos de reforma, **sin establecer ningún requisito procedimental** para la tramitación de la iniciativa. De ello se ocupan los Reglamentos del Congreso y del Senado, el primero de ellos en su art. 146, que remite a «las normas establecidas en este Reglamento para los proyectos y proposiciones de ley» (ap. 1.º), y el segundo en su art. 154, que disciplina para la reforma un procedimiento propio, aunque similar al legislativo ordinario.

Ambos Reglamentos parlamentarios coinciden al exigir que la mayoría de tres quintos ha de alcanzarse en una **votación final sobre el conjunto del proyecto** de reforma (art. 146.2 RCD y art. 156.1 RS).

2. La Comisión paritaria

El estudio y aprobación de **la reforma constitucional comienza siempre en el Congreso** de los Diputados (arts. 153 y 108.5 RS). Por tanto, el supuesto de la falta de acuerdo entre las dos Cámaras contemplado en el art. 167.1 CE solo puede ser el de la **enmienda por el Senado** del texto aprobado en el Congreso o el de la **no aprobación de dicho texto** en la Cámara alta. La posibilidad del **veto senatorial** (art. 90.2 CE) está implícitamente descartada en el art. 154.1 RS (por contraste con el art. 106 RS, referido al procedimiento legislativo ordinario). **Tampoco es de aplicación el plazo de dos meses** concedido al Senado por el **art. 90.2 CE** para enmendar los textos legislativos procedentes del Congreso, operándose siempre en los plazos dispuestos por la Mesa (art. 154.1 RS) o por la Presidencia, de acuerdo con la Mesa (arts. 154.2 y 155.3 RS) y oída la Junta de Portavoces (art. 154.2 RS).

Si el texto remitido por el Congreso es aprobado en el Senado por mayoría de tres quintos habrá **concluido la tramitación parlamentaria** de la reforma. De no ser así, y a diferencia del procedimiento legislativo, el desacuerdo del Senado no da lugar a la devolución del proyecto a la Cámara baja, sino a la creación de una **Comisión paritaria** que habrá de presentar un texto a la votación del Congreso y del Senado.

Nada dice el art. 167.1 CE sobre la **Comisión conciliadora**, salvo que ha de estar compuesta **paritariamente** de Diputados y Senadores. Los Reglamentos de las Cámaras no han regulado esta materia. Llegado el caso, por tanto, el Congreso y el Senado habrán de acordar el **número de sus componentes** y

proceder a su elección. El **funcionamiento de la Comisión y el régimen de mayorías** son también cuestiones sobre las que **no hay previsión normativa** alguna. En cuanto al texto que se espera de la Comisión, tampoco, aunque cabe entender que supondrá un **compromiso entre los textos** aprobados por cada Cámara. Si la Comisión **no llega a un acuerdo** sobre el texto que ha de proponerse al Congreso y al Senado, se entiende que habrá **fracasado el procedimiento** de reforma.

No solo puede hablarse de desacuerdo si el Senado aprueba un texto contradictorio, esto es, enmendado, por mayoría de tres quintos, sino que todo lo que no sea aprobar en sus propios términos y por tres quintos el texto del Congreso supondrá un **desacuerdo entre las Cámaras, a los efectos del art. 167.1 CE**. En ese caso, y según dispone el mismo precepto, las Cámaras deberán votar el texto que les presente aquella Comisión paritaria, exigiéndose una **nueva mayoría de tres quintos**, según previenen el art. 146.3 RCD y el art. 156.4 RS.

De no lograrse la aprobación del texto propuesto por la Comisión paritaria, y según dispone el art. 167.2 CE, la reforma podrá aprobarse por mayoría de dos tercios del Congreso, pero **solo si el texto de la Comisión (no el proyecto aprobado inicialmente por el Congreso) ha alcanzado en el Senado la mayoría absoluta**. En efecto, el «texto» al que se refiere el art. 167.2 CE no puede ser sino el propuesto por la Comisión paritaria, toda vez que el art. 167.1 CE utiliza el término «texto» por referencia, justamente, a la propuesta de esa Comisión, debiendo entenderse que a ella remite también el art. 167.2 CE cuando utiliza ese mismo término.

3. El referéndum de ratificación

Aprobado el proyecto de reforma por las Cortes Generales, la **décima parte de los**

miembros de cualquiera de la Cámaras pueden solicitar, dentro de los **quince días** siguientes a la aprobación, que se someta, para su ratificación, a **referéndum**. En tanto no transcurran esos quince días no es posible someter el texto a la **sanción del Jefe del Estado**. El referéndum, **facultativo** en su convocatoria, es **vinculante** en su resultado, no meramente consultivo (**art. 92 CE**). En ausencia de toda previsión constitucional acerca de la mayoría necesaria para la ratificación por referéndum, ha de entenderse que será bastante la **mayoría simple de los votos**.

IV. LA FORMALIZACIÓN DE LA REFORMA

La norma resultante de un proceso de reforma de la Constitución modifica, como es obvio, el texto de la Constitución hasta entonces vigente. **Se incorpora**, por tanto, **al ordenamiento como una norma constitucional**. Lo es por su **valor**, por su **fuerza** (capaz de derogar normas constitucionales formales y de resistir la derogación intentada por normas infraconstitucionales) y por su **rango** (el mismo de la Constitución formal en la que se integra). Y lo es, también, por su **forma**, que **no es la forma de ley**; ni siquiera la forma de **ley constitucional** o de **ley de reforma de la Constitución**, una y otra desconocidas en nuestro sistema de fuentes, aunque manejadas con naturalidad por la mayor parte de la doctrina.

La primera reforma experimentada por la Constitución de 1978 no sirvió en su momento para aclarar las dudas sobre este particular, sino más bien para confundirlas en mayor medida, pues la **modificación del art. 13.2 CE** se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* (núm. 207, de 28 de agosto de 1992) bajo la rúbrica formal, e insólita, de REFORMA. Con mejor criterio, la **reforma del art. 135 CE** (*BOE* núm. 233, de 27 de septiembre de 2011) responde al título «Constitución Española. Reformas».

V. EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA REFORMA

1. El control interno de constitucionalidad

El **poder de reforma** solo es **poder constituido** mientras no entre en vigor la norma por él elaborada; a partir de ese momento es ya, retrospectivamente, verdadero **poder constituyente** y con el mismo título que el constituyente originario. Por ello, la **inconstitucionalidad** es una condición que solo cabe predicar del **procedimiento de reforma, nunca de su resultado**, esto es, de la Constitución reformada, fruto de un poder constituyente y, en consecuencia, indisponible para los poderes constituidos, incluido el **Tribunal Constitucional**. De lo que se desprende que **no hay más límites constitucionales** a la revisión que los garantizados por medio de **controles preventivos** capaces de abortar todo procedimiento de reforma no acomodado a los constitucionalmente previstos.

La **Constitución de 1978 no ha dispuesto mecanismo alguno de garantía directa de los preceptos reguladores de su reforma**. Tampoco, pudiendo hacerlo, lo ha previsto el **legislador orgánico del Tribunal Constitucional**, no cabiendo, por tanto, otro medio de defensa que el que pueda brindar, **indirectamente**, y no en todos los casos, el **recurso de amparo** por infracción del derecho de participación política (art. 23 CE) eventualmente infringido por la utilización de un trámite de reforma inadecuado. Tal fue la vía intentada contra la tramitación de la **reforma del art. 135 CE** por varios Diputados, cuyo recurso de amparo sería inadmitido, por razones de fondo, por el ATC 9/2012, de 13 de enero.

Lo anterior supone que, en último término, el **poder de reforma** de la Constitución es, al cabo, en la dimensión interna (esto es, desde la perspectiva de la **validez**), un **poder tan libre como el constituyente originario**, pues los límites y condiciones que se le oponen en el Título X pueden ser transgredidos sin

consecuencia jurídica invalidante de ningún género. Sea porque, pudiendo existir, no se han previsto procesos de garantía (**control previo de constitucionalidad de la reforma**); sea porque los mismos son jurídicamente imposibles (**control de constitucionalidad de normas constitucionales**). Lo anterior ha de entenderse, como es obvio, desde la **perspectiva del Derecho positivo**, pues, evidentemente, la inconstitucionalidad puede también predicarse del resultado de la reforma —y no solo de su procedimiento— si esta es objeto de enjuiciamiento desde el **punto de vista lógico-jurídico**. En términos de estricta lógica, el juicio que ha de merecer una revisión constitucional puede no coincidir con el que resulte de su consideración en clave positiva. Así, una reforma ajustada a las prescripciones positivas del texto constitucional y tenida por constitucionalmente conforme por el órgano de garantía de tales prescripciones (en realidad, esto segundo es lo único que verdaderamente importa) puede ser lógicamente incorrecta y suponer antes la ruptura con la Norma fundamental que su simple revisión. La **continuidad positiva** no tiene, en consecuencia, por qué coincidir con la **continuidad lógica**. Pero la que importa en Derecho es solo la primera Y **no hay más límite jurídico-positivo que el asegurado por la jurisdicción**.

Así las cosas, no puede hablarse, en ningún caso, de **reforma inconstitucional de la Constitución**, sino únicamente, y en el mejor de los supuestos, de **tentativas inconstitucionales de revisión** que, así calificadas con ocasión de su enjuiciamiento cuando aún son tales, no llegan a perfeccionarse en norma alguna. Podrá decirse, desde luego, que la reforma ha quebrado el vínculo lógico con las normas constitucionales o que, atendido el alcance político de la misma, se ha operado una modificación fraudulenta del texto constitucional. Pero son esas consideraciones en todo ajenas a lo jurídico.

Lo anterior **no significa que no haya límites a la reforma constitucional**. Significa que los que la Constitución expresamente ha im-

puesto valen tanto como cualesquiera otros, es decir, no valen nada. **No valen jurisdiccionalmente nada.** En ausencia de instrumentos jurisdiccionales de garantía de la continuidad, **todo queda al albur del sentido de la responsabilidad** que sean capaces de demostrar los actores principales de cada proceso de reforma, de quienes cabe exigir un ejercicio de auténtica virtud republicana, tanto mayor cuanto no cabe confiar para esa empresa en la garantía de una tutela dispensada por sujetos que se mueven en el plano, distinto y superior, del control jurisdiccional. En su función de reformadores se desempeñan entonces como un **auténtico poder constituyente** y son, al cabo, tan jurídicamente libres como el poder que los ha constituido; pero precisamente por actuar formalmente como poder constituido lo hacen **bajo la apariencia de una limitación que no lo es en absoluto**, arriesgando así mucho menos que el poder primero y resultando, por ello, potencialmente más peligrosos.

Sería muy comprometido terciar contra Glaucón en el diálogo de la *República* platónica y defender que la integridad también es posible desde la **certeza de la impunidad anticipada**. En todo caso, **el Derecho constitucional es el ordenamiento de la desconfianza y de la sospecha frente al poder público**, del que ha de esperarse siempre, por principio y por sistema, una firme y continuada voluntad de **inobservancia de los límites** a los que jurídicamente se le somete en beneficio de la libertad. No se ha encontrado hasta ahora mejor remedio que el brindado por los mecanismos jurisdiccionales de garantía de la positividad, que nada pueden, sin embargo, cuando se pretende asegurar el **fundamento mismo de lo positivo**. Desprovistos de las ventajas de un sistema de control previo de la juridicidad de cualquier reforma de la Constitución, entre nosotros se ha **anticipado al terreno de la revisión constitucional el ámbito de lo jurídicamente ingobernable, solo estrictamente inevitable en el territorio del poder constituyente originario**.

El entero edificio del ordenamiento constitucional termina así descansando, en tiempos de revisión, y para no abandonar las categorías del mundo antiguo, en la **virtud cívica**, esa suerte de **imperativo ciudadano** que no tiene más fundamento ni requiere de otra garantía que la íntima convicción de que **la libertad política es imposible sin la idea de la fatalidad del sometimiento a lo jurídico**.

2. El control internacional

Paradójicamente, **la reforma de la Constitución española solo es controlable por los Tribunales internacionales, garantes de la indemnidad aplicativa de las normas externas integradas** en el ordenamiento español, que solo podrán ser contradichas por la Constitución reformada si prospera la oportuna **denuncia previa**.

Una vez perfeccionada y cumplida, la **reforma puede ser, en efecto, objeto de otro juicio**, al margen del estrictamente constitucional. Se trata del que haya de merecer desde los **sistemas internacionales** de los que proceden las normas externas incorporadas al ordenamiento por la Constitución objeto de reforma o por otras Constituciones precedentes. Ese juicio no puede ser, obviamente, de **validez**; y tampoco de **aplicabilidad**, sino únicamente de **régimen de aplicación**. Serán los órganos tutelares del sistema externo los que determinen si los nuevos términos de la Constitución son o no compatibles con el **conjunto de las obligaciones internacionalmente asumidas por el Estado**, en el sentido de que la aplicación de las normas internacionales no resulte afectada ni en sí misma ni en su régimen de preferencia frente a las internas.

La **desatención de los límites externos** por parte del poder de reforma no se traduce en la **antijuridicidad de la revisión**, pues la obra del constituyente constituido —como la del originario— fundamenta en sí misma,

e incondicionadamente, su validez. Esa inobservancia, por lo demás, solo sería tal en el supuesto de que la nueva Constitución dispusiera, expresamente y con efectos inmediatos, la **inaplicación o aplicación subsidiaria de las normas externas ya incorporadas** al ordenamiento; más precisamente, si prohibiera que los órganos constituidos interpretaran el nuevo régimen de aplicación de normas en otros términos que los jurídicamente obligados, esto es, como un régimen condicionado en su operatividad al éxito de la **denuncia del Tratado** en el marco del sistema externo. Fuera de ese supuesto —de verdadera infracción del orden jurídico internacional y, por tanto, solo resoluble, a la postre, en términos de eficacia—, toda reforma de la Constitución que se cifre en la instauración de un nuevo modelo de aplicación de las normas externas ha de interpretarse antes como un **mandato de actuación jurídica en el sistema normativo externo** que como una desatención deliberada de las exigencias resultantes de la integración de normas internacionales. En consecuencia, la verdadera **infracción del Derecho internacional** vendrá dada, bien por la **reforma que prohíba el proceder de los órganos constituidos con arreglo a las prescripciones de ese Derecho**, bien por la **negativa** de esos órganos a **ajustarse a ese procedimiento** cuando la Constitución, implícitamente, les obliga a observarlo.

VI. EL ORDENAMIENTO TRAS LA REFORMA

Una vez **reformada la Constitución**, y se haya verificado la reforma de manera lógicamente congruente o en clave de inconsecuencia, seguirá siendo **irrelevante**, como sucedía con la Constitución originaria, la **fundamentación positiva de la Norma fundamental** y el hecho de que pueda o no identificarse un **principio de continuidad positiva con el orden previo** a la reforma, pues, a todos los efectos, el fundamento posi-

tivo de aquella norma reside en su sola existencia y posición. De continuidad positiva podrá hablarse —o no— desde la perspectiva de la Constitución originaria; pero desde la reformada es esa una cuestión intrascendente. Ello no significa, sin embargo, que el Ordenamiento, en su conjunto, no siga estando atravesado por una cierta continuidad, pues también **tras la reforma han de subsistir**, como parte del mismo, **las normas externas ya incorporadas**, del mismo modo que las relaciones entre las normas internas anteriores a la reforma y las posteriores a ella han de estructurarse en los mismos términos en que tuvieron que hacerlo con las precedentes las normas derivadas del constituyente originario.

Así, las **normas externas contrarias a los preceptos constitucionales reformados** seguirán siendo aplicables (y de **preferente aplicación**) en tanto no prospere la **denuncia** que, por causa de aquella contradicción, vienen obligados a formular los poderes constituidos por mandato constitucional. Por su parte, las **normas internas posteriores a la Constitución originaria y anteriores a la revisión** verán afectada su **aplicabilidad**, nunca su validez (que solo trae causa de las normas que condicionaron su procedimiento de producción), en función, únicamente, de su compatibilidad material con los nuevos preceptos constitucionales. Finalmente, las **normas internas anteriores al constituyente originario** continuarán siendo **inaplicables** si también frente a la **Constitución revisada** persiste la **incompatibilidad sustantiva** que les supuso la exclusión del Ordenamiento. Ahora bien —y aquí se demuestra el alcance práctico del debate, tan aparentemente abstracto, en torno a la verdadera naturaleza de las llamadas **cláusulas constitucionales derogatorias**—, si la contradicción material con la Constitución desaparece tras la reforma, aquellas normas, a las que el **constituyente originario no pudo privar de validez** —y continúan, por tanto, existiendo—, podrán ser de aplicación bajo el nuevo orden constitucional.

La **reforma de la Constitución** ha de suponer, en la dimensión puramente interna del ordenamiento, la **aplicabilidad de todas las normas previas que no contradigan los nuevos preceptos constitucionales sustantivos**, con independencia de que la contradicción con Constituciones pretéritas haya supuesto su **inaplicación en algún momento del pasado**. La reforma significa, en consecuencia, bastante más que la simple revisión del texto constitucional; implica, también —y, quizás, sobre todo—, un **verdadero reordenamiento**

del Derecho precedente, estructurado alrededor del criterio de la compatibilidad sustantiva entre las normas hasta entonces inaplicables y el nuevo texto constitucional. **El ordenamiento resulta ser, así, un continuo que, lejos de quebrarse con cada nueva Constitución (o con las sucesivas revisiones de una misma Norma Fundamental), se reordena con múltiples movimientos de regreso**. La verdadera quiebra viene dada, en todo caso, por obra de **injerencias de orden fáctico, no jurídico**.

BIBLIOGRAFÍA

ALÁEZ CORRAL, B., *Los límites materiales a la reforma de la Constitución española de 1978*, Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

CRUZ VILLALÓN, P., «El control previo a los veinte años de su supresión», en REQUEJO PAGÉS, J. L. (Coord.), *La rebelión de las leyes. Demos y nomos: La agonía de la justicia constitucional* (Fundamentos, núm. 4, 2006), Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, 2006, págs. 275 y ss.

DE OTTO PARDO, I., *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987.

JIMÉNEZ CAMPO, J., «Algunos problemas de interpretación en torno al Título X de la Constitución», *Revista de Derecho Político*, núm. 7, 1980, págs. 81 y ss.

KELSEN, H., *De la esencia y valor de la democracia*, edición y traducción de J. L. REQUEJO PAGÉS, KRK, Oviedo, 2006.

PACE, A. y VARELA SUANZES, J., *La rigidez de las Constituciones escritas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995.

PÉREZ ROYO, J., *La reforma de la Constitución*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1987.

— «Artículo 167. La reforma parcial de la Constitución», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentario a las Leyes Políticas. Constitución de 1978*, vol. XII, Edersa, Madrid, 1999, págs. 457 y ss.

REQUEJO PAGÉS, J. L., *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.

— «Límites constitucionales a la reforma de la Corona», en *La reforma constitucional*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2005, págs. 455 y ss.

SANTAOLALLA LÓPEZ, F., «Artículo 167», en GARRIDO FALLA, F. (Dir.), *Comentario a la Constitución*, 3.ª ed., Civitas, Madrid, 2001, págs. 2722 y ss.

VEGA GARCÍA, P., *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 1985.

Artículo 168

1. Cuando se propusiere la revisión total de la Constitución o una parcial que afecte al Título preliminar, al Capítulo segundo, Sección primera del Título I, o al Título II, se procederá a la aprobación del principio por mayoría de dos tercios de cada Cámara, y a la disolución inmediata de las Cortes.

2. Las Cámaras elegidas deberán ratificar la decisión y proceder al estudio del nuevo texto constitucional, que deberá ser aprobado por mayoría de dos tercios de ambas Cámaras.

3. Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación.

Sumario: I. El procedimiento agravado como cláusula de intangibilidad. II. La delimitación de su objeto. 1. Revisión total y revisión sustantiva. 2. Límites implícitos a la revisión. 3. La autorreforma constitucional. III. Tramitación de la reforma: 1. Aprobación de la iniciativa. 2. Elecciones generales y ratificación de la iniciativa. 3. Elaboración y aprobación de la reforma. 4. El referéndum de ratificación.

JUAN LUIS REQUEJO PAGÉS

LETRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. EL PROCEDIMIENTO AGRAVADO COMO CLÁUSULA DE INTANGIBILIDAD

Además del **procedimiento simple o común del art. 167 CE**, la Constitución establece en el **art. 168 un procedimiento agravado** que, dada su dificultad, equivale a una **verdadera cláusula de intangibilidad** de determinados preceptos o principios constitucionales. El art. 168 CE —a diferencia, por ejemplo, del **art. 79.3 de la Ley Fundamental de Bonn**, que declara inadmisibles toda modificación que afecte a determinados principios— no prohíbe la reforma de ningún artículo de la

Constitución ni excluye expresamente la posibilidad de que se supriman o desvirtúen determinados principios, ni siquiera el democrático. Sin embargo, la hipótesis de una revisión total del texto aprobado en 1978 o de una reforma que afecte a ciertos Títulos queda sometida a tales **exigencias de procedimiento** que, en la práctica, deviene casi una **posibilidad inviable**. Ello no obstante, y como veremos, conceptualmente media una gran diferencia entre la **reforma jurídicamente imposible** y la **reforma solo materialmente improbable**. Diferencia de la que resultan consecuencias capitales en punto a la delimitación del ámbito de lo constitucionalmente

admisible, es decir, de la **legitimidad constitucional de las pretensiones políticas** que en cada caso pugnen por traducirse en contenido de las decisiones del poder público.

En el Derecho comparado, la **dificultad extrema de la reforma** de determinados preceptos constitucionales, incluso su misma proscripción, son expedientes que se justifican en beneficio de la **defensa del núcleo estructural e ideológico de la Constitución**, esto es, de los valores y principios definitorios del orden político constituido. En el supuesto del art. 168 CE, la notable rigidez de su procedimiento no se reserva, sin embargo, para la **revisión en abstracto de los principios constitucionales fundamentales o para la reforma de los artículos en los que tales principios se proclaman o concretan**, sino, fuera del caso de la «revisión total», para la **afectación in toto de determinados Títulos o Capítulos** en cuyo interior se encuentran preceptos referidos a **principios constitucionales básicos (art. 1.1 CE)**, pero también otros que en ese contexto resultan **extravagantes (art. 29 CE)**, al tiempo que artículos relativos a principios ideológica y estructuralmente fundamentales **quedan fuera de la garantía de la rigidez agravada (arts. 10 y 14 CE)**. En realidad, la abigarrada composición del núcleo constitucional asegurado con la reforma agravada permite concluir que el verdadero propósito del art. 168 CE es la **defensa de la continuidad de la monarquía** como forma de la Jefatura del Estado, pues solo en relación con ese fin ha sido la Constitución enteramente consecuente (a buen seguro, y con innegable paradoja, en perjuicio de la propia monarquía, cuya adecuación a las circunstancias históricas, por necesaria y conveniente que resulte para sus propios intereses en cuestiones de orden menor, solo podrá hacerse a través de un procedimiento que, de llegar a practicarse, siempre puede derivar en soluciones radicales para la forma política del Estado). La defensa, en cambio, de los elementos estructurales inherentes al **Estado de Derecho** —cuya proclamación como principio (art. 1.1 CE) ha quedado en la órbita del

art. 168 CE— se reduce a la ordinaria del art. 167 CE, pues **el art. 168 CE deja fuera de aquel núcleo privilegiado** a ciertos preceptos referidos a instituciones que le son indisolubles, como la **independencia judicial** (art. 117.3 CE).

En cualquier caso, no debe olvidarse que **la reforma constitucional no es un proceso constituyente**, en el sentido de que no se busca con ella la **fundación ex novo** de un ordenamiento, sino la **continuidad del ya constituido**, al que únicamente se quiere hacer objeto de modificaciones que, con independencia de su calado sustantivo, no dejen de hacer posible la **reconducción del texto constitucional revisado** al mismo centro de imputación del que deriva su validez y legitimación la Constitución originaria, a saber: **la voluntad del poder constituyente** en sentido propio. **Asegurar esa reconducción es el fin perseguido con el Título X**; nunca, por tanto, **permitir o evitar la instauración de una nueva Constitución**. Tampoco, al menos de manera principal, **hacer materialmente imposible o muy difícil la reforma de su sustancia**. La continuidad del orden constitucional no tiene que ver con la modificación de contenidos, sino con el **respeto a la identidad formal**. Identidad que no padecería un ápice con una reforma que, por el cauce formalmente debido, hiciera **materialmente irreconocible a la Constitución reformada** y que, en cambio, se sacrificaría por entero con una **mínima alteración sustantiva a poco que no se respetaran los procedimientos** del Título X.

El procedimiento de reforma sirve, por tanto, al fin de la **continuidad jurídica del orden constitucional establecido** más allá de la modificación de sus previsiones materiales. Con el procedimiento agravado del art. 168 CE se condiciona el éxito de esa continuidad a la satisfacción de exigencias procesales muy notables, lo que al cabo solo significa que las **pretensiones de cambio** que no consientan acomodarse a esas condiciones deberán articularse como **pretensiones de ruptura**, es decir,

constituyentes y, por tanto, **privadas de la legitimación inherente al ordenamiento** con el que quieren romper. Una privación que nada significa, por definición, para un poder que se quiera, efectivamente, constituyente, como demuestra el caso de la **ruptura del constituyente de 1978** respecto del poder de reforma de las **Leyes Fundamentales**, por cuyos cauces comenzó aquel su andadura.

II. LA DELIMITACIÓN DE SU OBJETO

1. Revisión total y revisión sustantiva

El procedimiento del art. 168 CE se reserva para el caso de una **revisión total** de la Constitución o el de una **parcial** que afecte al **Título preliminar** (arts. 1 a 9), a la **Sección 1.ª del Capítulo II del Título I** (arts. 15 a 29, «De los derechos fundamentales y de las libertades públicas») o al **Título II** (arts. 56 a 65, «De la Corona»). El constituyente no ha definido **qué ha de entenderse por una revisión total**, pero es claro que, por lo dicho anteriormente, no puede ser la que dé lugar a una nueva Constitución (esto es, a una **norma formalmente distinta**), sino a una **modificación cuantitativamente significativa** del contenido de la Constitución vigente. Esto plantea inevitablemente la **paradoja sorites**, pues el momento del tránsito, por acumulación, a la revisión total, queda imprejuizado; además, **nunca podrá ser objeto de juicio**, dado que, según se ha visto en el comentario del art. 167 CE, **la regularidad del ejercicio del poder de reforma no está jurisdiccionalmente garantizada**.

En lo que hace a las **revisiones parciales**, es claro que el constituyente ha seleccionado, con desigual fortuna, según hemos visto ya, aquellos conjuntos normativos en los que se han formalizado decisiones que, por referirse a **elementos vertebradores del sistema** o afectar a **cuestiones que ha sido necesario sustraer al debate de los poderes constituidos**, requieren para su reforma del mayor grado posible de consenso. El gran problema

en este punto es que la reforma de muchos de los preceptos cuya revisión ha de encauzarse por el art. 167 CE puede **afectar sustancialmente al contenido de otros solo reformables a través del art. 168 CE**. Tal es el caso del art. 117 CE, antes citado, cuya desaparición o sustitución por un precepto que no reconociera el **principio de independencia judicial** redundaría en claro perjuicio de uno de los elementos definidores de la **cláusula del Estado de Derecho**, incluida en la parte del texto constitucional sometida al procedimiento agravado. Los ejemplos pueden multiplicarse con eventuales reformas del **Título IX** que, de traducirse en la **desaparición del Tribunal Constitucional** y no ir acompañadas con la correlativa **ampliación de las competencias de la jurisdicción ordinaria**, supondría tanto como la «anormatividad» de la Constitución; o con la modificación del **Título IV** en términos que hicieran irreconocible la fórmula del **gobierno parlamentario**.

La delimitación del objeto de la reforma agravada no está, por tanto, satisfactoriamente resuelta en el art. 168 CE. La **primera experiencia de reforma constitucional**, propiciada por la integración en el ordenamiento español del **Tratado de la Unión Europea** (1992) y ceñida a un precepto no incluido entre los contemplados por el art. 168 CE (el art. 13.2 CE), no dejó de suscitar **dudas acerca del procedimiento a observar**. El Tribunal Constitucional pudo disiparlas en su **Declaración de 1 de julio de 1992**, acogiendo una interpretación formalista que se vería confirmada en el ATC 9/1992, de 13 de enero, por el que se inadmitió el recurso de amparo interpuesto por varios Diputados contra la tramitación de la reforma del art. 135 CE por la vía del art. 167 CE. Frente a la alegación de los recurrentes en el sentido de que la revisión de aquel precepto debía encauzarse por la vía del art. 168 CE, dada su conexión con otros artículos de la Constitución sometidos expresamente al procedimiento agravado, el Tribunal ha sido tajante al afirmar que «el texto constitucional establece de manera precisa la finalidad de las dos vías de reforma que prevé, en función de los objetos sobre

los que se puede proyectar, de manera que admitir la pretensión de los recurrentes alteraría el equilibrio buscado por el constituyente, corriendo el riesgo de dejar a la discreción del órgano rector de la Cámara la determinación del procedimiento de reforma constitucional» (ATC 9/2012, de 12 de enero, FJ 2).

2. Límites implícitos a la revisión

Son muchos los autores que defienden que los límites a la reforma de la Constitución española no se agotan en los que conducen su revisión, siempre posible, por las vías de los arts. 167 y 168 CE, sino que a ellos han de sumarse otros, tácitos o implícitos, que **impedirían absolutamente la reforma** de ciertos preceptos o la afectación de determinados principios. Tales límites son, por ejemplo para DE OTTO, I. (1987, págs. 63 y ss.), los representados por el **principio democrático**. Para otros lo serán el **Estado de Derecho**, los **derechos fundamentales** o la **dignidad de la persona** (JIMÉNEZ CAMPO, 1980, 87 y ss.). La razón de esos límites solo puede ser de orden **metapositivo e iusnaturalista**, algo característico de quienes defienden que una Constitución que no reconoce derechos fundamentales no es una Constitución.

Puede parecer que la **polémica en torno a la existencia o inexistencia de límites a la revisión** constitucional es cuestión de transcendencia práctica muy relativa, imperceptible fuera de los casos en los que se decide acometer una concreta reforma. Sin embargo, lo que con ella se plantea es un problema de mayor alcance y cuyos efectos se extienden hasta terrenos insospechados. Si se identifica un **núcleo constitucional irreductible**, indisponible por el poder que, entre los constituidos, lo puede todo (el de reforma), ha de admitirse que queda vedada, por principio, la **posibilidad de convertir en voluntad jurídica cualquier voluntad particular**; en otras palabras, los procedimientos normativos no pueden dar cuerpo a cualquier contenido, sino solo a aquellos respetuosos y compatibles con ese núcleo indisponible: los

que no lo sean quedan, de raíz, prohibidos. Así se explica que en Alemania, cuya Ley Fundamental excluye de la reforma constitucional ciertos principios, sea posible establecer mecanismos de control como los representados por la Oficina de Defensa de la Constitución, expresión última de una **democracia combativa o militante** que califica de enemigo a quien, queriendo lo contrario de aquellos principios, no dejaría de ser alguien cuya voluntad viene obligada a transitar por los procedimientos de reforma si la Ley Fundamental no le hubiera cegado esa vía. En cambio, allí **donde no hay límites absolutos puede quererse cualquier cosa** y, por tanto, no cabe identificar enemigos del orden constitucional, pues en este todo es posible (con la sola condición, claro está, de que se siga el pertinente procedimiento).

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre este particular en la STC 48/2003, de 12 de marzo, afirmando que **«en nuestro ordenamiento constitucional no tiene cabida un modelo de «democracia militante» [...], esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución. Falta para ello el presupuesto inexcusable de la existencia de un núcleo normativo inaccesible a los procedimientos de reforma constitucional** que, por su intangibilidad misma, pudiera erigirse en parámetro autónomo de corrección jurídica, de manera que la sola pretensión de afectarlo convirtiera en antijurídica la conducta que, sin embargo, se atuviera escrupulosamente a los procedimientos normativos. [...] **La Constitución española, a diferencia de la francesa o la alemana, no excluye de la posibilidad de reforma ninguno de sus preceptos ni somete el poder de revisión constitucional a más límites expresos que los estrictamente formales y de procedimiento**. Ciertamente, nuestra Constitución también proclama principios, debidamente acogidos en su articulado, que dan fundamento y razón de ser a sus normas concretas. Son los principios constitucionales, [p]rincipios todos que vincu-

lan y obligan, como la Constitución entera, a los ciudadanos y a los poderes públicos (art. 9.1 CE), incluso cuando se postule su reforma o revisión y hasta tanto esta no se verifique con éxito a través de los procedimientos establecidos en su Título X. Esto sentado, desde el respeto a esos principios, [...] **cualquier proyecto es compatible con la Constitución, siempre y cuando no se defienda a través de una actividad que vulnere los principios democráticos o los derechos fundamentales.** Hasta ese punto es cierta la afirmación de que “la Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo” (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7)». (STC 48/2003, FJ 7).

Se plantea entonces con toda su crudeza el problema de la **defensa de la democracia frente a sus enemigos y aun frente a sí misma, es decir, frente a la mayoría circunstancial.** El episodio de Jesús y Pilatos con el que concluye KELSEN su libro *De la esencia y valor de la democracia* ilustra perfectamente el **componente trágico de la democracia.** El pueblo prefiere a Barrabás, pero solo puede decir que **el pueblo se equivoca** aquel que esté tan seguro de su propio juicio como lo estaba de su misión el Hijo de Dios. ¿Quién puede estarlo? Sin duda, muchos y también KELSEN. Pero seguros hasta el punto de **recurrir a la fuerza contra la voluntad de la mayoría** no pueden estarlo nunca los demócratas. Aquí la imagen no es ya la de Jesús entregado al sacrificio por el Padre, sino la de Sócrates condenado injustamente y contrario a emprender la huida por entender que **quebrantando la ley cometería una injusticia mayor.** Fatalismo que KELSEN asume con resignación kantiana y que ni siquiera corrige para el caso de que **la mayoría se sirva de la democracia para terminar con ella.** En ese caso, cuando ha fallado ya la única defensa efectiva, que no es otra que la de la **educación para la democracia,** se abren para el defensor de la libertad muchas alternativas. La que KELSEN elige es la de la esperanza en que al final siempre terminará por imponerse el sueño de la libertad. Seguramente, por vías nada democráticas.

3. La autorreforma constitucional

Otra de las dificultades planteadas por el Título X radica en que, **previéndose dos procedimientos de reforma** diferenciados en función de los preceptos objeto de revisión y del grado de complejidad procesal característico de cada uno de ellos, es **perfectamente posible,** atendida la literalidad de los arts. 167 y 168, que **el procedimiento más agravado sea revisado a través del más sencillo.** La imposibilidad de esa reforma puede predicarse desde la **lógica** o desde la **conveniencia política** (DE OTTO, 1987, 65 y ss.), pero nada cabe objetar desde la **dimensión positiva,** única jurídicamente relevante. En todo caso, también aquí la **inexistencia de controles jurisdiccionales previos** hará inútil todo intento de deducir una **inclusión implícita del art. 168 en su propio enunciado.**

III. TRAMITACIÓN DE LA REFORMA

1. Aprobación de la iniciativa

Las **distintas fases del procedimiento** del art. 168 CE plantean numerosos y difíciles **problemas de interpretación.** El proceso comienza con la «aprobación del principio», expresión oscura con la que se significa el principio de la reforma, esto es, la **iniciativa** de revisión. Iniciativa que, de acuerdo con el art. 147.1 RCD y el art. 158.1 RS, se sustancia en un **proyecto o proposición de ley,** cuyo contenido ha de entenderse que se reduce a la **identificación de los preceptos cuya reforma se pretende** y al tenor del sentido de la reforma en cuestión, aunque quizás sobre esto último únicamente debieran manifestarse ya las Cortes que, en su caso, aborden la revisión (así, PÉREZ ROYO, J., 1999, pág. 495; en contra, abogando por una iniciativa ya concretada en artículos, SANTAOLALLA LÓPEZ, 2001, 2745).

La iniciativa de reforma ha de ser aprobada **en cada Cámara por mayoría de dos tercios,** mayoría cualificadaísima que, de no alcanzarse en primera y única instancia, no ad-

mite alternativas, de manera que la reforma quedaría frustrada en su mismo arranque.

2. Elecciones generales y ratificación de la iniciativa

Caso de aprobarse la iniciativa de reforma, se procederá a la **disolución inmediata de las Cortes Generales** y, por tanto, a la **convocatoria de elecciones generales**, en las que es de suponer que los programas electorales concurrentes brindarán al electorado las **propuestas de cada formación política en relación con la iniciativa** de reforma aprobada por las Cortes disueltas.

Las Cámaras que resulten de las elecciones deberán «ratificar la decisión» de las Cortes anteriores, esto es, la iniciativa de reforma. El **art. 168.2 CE no especifica cuál es la mayoría necesaria** para este trámite. Tampoco lo hace el Reglamento del Congreso, aunque el del Senado dispone en su art. 159 que la ratificación ha de ser por mayoría absoluta. Parece razonable entender que **la ratificación también ha de contar con el apoyo de una mayoría de dos tercios** (DE OTTO, 1987, 58), aunque se ha sostenido que, a falta de previsión constitucional expresa, ha de aplicarse la regla general en cuestión de mayorías (art. 79 CE) y, por tanto, sería suficiente la mayoría simple (SANTAOLALLA LÓPEZ, 2001, 2746).

3. Elaboración y aprobación de la reforma

El silencio del art. 168.2 CE sobre la **forma en que ha de elaborarse el «nuevo texto constitucional»** remite la cuestión a las previsiones de los respectivos Reglamentos parlamentarios. Como quiera que estos parten de que las Cortes que han aprobado la iniciativa se han pronunciado sobre el texto de un proyecto o proposición, dan a entender también que **las Cortes surgidas de las elecciones tramitarán ese mismo**

texto por los cauces del procedimiento legislativo común (art. 147.5 RCD y art. 159 RS). Es una interpretación plausible, desde luego, pero también lo sería entender que **las Cortes precedentes solo pueden pronunciarse sobre la conveniencia de la reforma y sobre los preceptos a los que la misma haya de extenderse**, de manera que **las Cortes posteriores no podrían reformar preceptos distintos**. Fuera de esa vinculación a lo decidido por aquellas Cámaras, las nuevas serían **libres para materializar la revisión en un texto enteramente propio**.

En cualquier caso, el nuevo texto constitucional debe ser aprobado **por mayoría de dos tercios de ambas Cámaras**, sin que, a diferencia de lo previsto en el **procedimiento del art. 167 CE**, se prevea la constitución de una **Comisión mixta** para lograr un texto de conciliación. Ello supone, en una **interpretación estricta**, que la reforma solo puede prosperar si **el texto aprobado por el Congreso es aprobado sin enmiendas por el Senado**. La consecuencia parece tan absurda que se entiende que el **silencio del art. 168 CE no puede significar la prohibición** de que llegado el caso se recurra a la creación de una **Comisión paritaria** (así, PUNSET BLANCO, 2001, 364). De otro modo el Senado quedaría reducido a la condición de una **Cámara de ratificación**, lo que sería **contradictorio con el espíritu del art. 168 CE**, claramente favorable a la **equiparación de la posición institucional de ambas Cámaras** en el proceso de reforma, única ocasión en el que el modelo español responde, sin matices, a los patrones del **bicameralismo perfecto**.

4. El referéndum de ratificación

Por último, la reforma ha de ser sometida a referéndum de ratificación. A diferencia del previsto en el art. 167 CE, el del procedimiento agravado es **preceptivo** y no meramente facultativo. Desde luego, su resultado es **vinculante**.

Sobre la **formalización de la reforma** y su integración en el ordenamiento, así como acerca del **control de la constitucionalidad**

de la revisión constitucional, baste con remitirse al **comentario del art. 167 CE** (aps. IV y V).

BIBLIOGRAFÍA

ALÁEZ CORRAL, B., *Los límites materiales a la reforma de la Constitución española de 1978*, Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

DE OTTO PARDO, I., *Defensa de la Constitución y partidos políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.

— *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987.

JIMÉNEZ CAMPO, J., «Algunos problemas de interpretación en torno al Título X de la Constitución» *Revista de Derecho Político*, núm. 7, 1980, págs. 81 y ss.

KELSEN, H., *De la esencia y valor de la democracia*, edición y traducción de J. L. REQUEJO PAGÉS, KRK, Oviedo, 2006.

PACE, A. y VARELA SUANZES, J., *La rigidez de las Constituciones escritas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995.

PÉREZ ROYO, J., *La reforma de la Constitución*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1987.

— «Art. 168. La revisión de la Constitución», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentario a las Leyes Políticas. Constitución de 1978*, vol. XII, Edersa, Madrid, 1999, págs. 486 y ss.

PUNSET BLANCO, R., «La fase central del procedimiento legislativo» en *Estudios parlamentarios*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, págs. 339 y ss.

REQUEJO PAGÉS, J. L., *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.

— «Límites constitucionales a la reforma de la Corona», en *La reforma constitucional*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2005, págs. 455 y ss.

SANTAOLALLA LÓPEZ, F., «Art. 168», en GARRIDO FALLA, F. (Dir.), *Comentario a la Constitución*, 3.^a ed., Civitas, Madrid, 2001, págs. 2738 y ss.

VEGA GARCÍA, P., *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 1985.

Artículo 169

No podrá iniciarse la reforma constitucional en tiempo de guerra o de vigencia de alguno de los estados previstos en el artículo 116.

Sumario: I. El vestigio de un constituyente amenazado. II. Remisión.

JUAN LUIS REQUEJO PAGÉS

LETRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. EL VESTIGIO DE UN CONSTITUYENTE AMENAZADO

El art. 169 y último de la Constitución es uno de sus **preceptos más desconcertantes**. De un lado, parece tan obvio que **un proceso de reforma constitucional es incompatible con las circunstancias excepcionales** referidas en el art. 169 CE (aun cuando, paradójicamente, la primera Constitución española se hiciera en tiempo de guerra) que bien podría darse por **implícita** una prohibición como la aquí contemplada, cuya sede más pertinente habría sido, por lo demás, un apartado del **art. 166 CE**. Ello sin perjuicio de que, por ejemplo, ya algunos de los trámites imprescindibles en el procedimiento del **art. 168 CE** no pueden verificarse durante la vigencia de los **estados de alarma, de excepción y de sitio** (así, la disolución de las Cortes Generales, expresamente prohibida por el **art. 116.5 CE**). De otra parte, no es menos obvio que, de optar por la **prohibición expresa**, lo consecuente, en línea con el Derecho comparado (Bélgica, Francia, Portugal), habría sido **extenderla a todas las fases del procedimiento de revisión**.

Para encontrar las razones de esta singular previsión basta examinar los **trabajos parlamentarios** de la elaboración del precepto, donde se advierte que en un principio el **pro-**

yecto de Constitución (art. 159) **prohibía toda operación de reforma** en tiempo de guerra o de declaración de alguno de los estados de excepción. La limitación de la prohibición al caso de la iniciativa se debió a una **enmienda del Grupo parlamentario PCE-PSUC**, defendida por el Diputado Sr. Solé Tura con el argumento de que era de temer que, iniciada una reforma constitucional, pudiera declararse alguno de aquellos estados con el solo propósito, precisamente, de abortarla. Bastaría oponer a ese planteamiento que la **garantía de la correcta aplicación del art. 116 CE** está en las propias manos del **Congreso de los Diputados**. Pero al hacerlo olvidaríamos que el temor abrigado tras la enmienda era el de un poder constituyente tan inseguro del éxito de su empresa como solo podía estarlo una democracia apenas tolerada por poderes que entonces aún podían reclamarse tributarios de una fuente de legitimación preconstituyente.

II. REMISIÓN

Para la **definición de los estados de alarma, de excepción y de sitio** y el examen de su **régimen constitucional** ha de remitirse al lector al comentario del **art. 116 CE**. Sobre el concepto y disciplina constitucional de la **guerra y su declaración**, la remisión ha de ser al comentario del **art. 63.3 CE**.

BIBLIOGRAFÍA

PÉREZ ROYO, J., *La reforma de la Constitución*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1987.

— «Art. 169. La reforma revisión de la Constitución», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentario a las Leyes Políticas. Constitución de 1978*, vol. XII, Edersa, Madrid, 1999, págs. 507 y ss.

SANTAOLALLA LÓPEZ, F., «Art. 168», en GARRIDO FALLA, F. (Dir.), *Comentario a la Constitución*, 3.^a ed., Civitas, Madrid, 2001, págs. 2749 y ss.

DISPOSICIONES ADICIONALES

Disposición adicional primera

La Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales.

La actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía.

Sumario general:

Los derechos históricos, por **JOSÉ TUDELA ARANDA**

Los regímenes de concierto y de convenio económico, por **FERNANDO DE LA HUCHA CELADOR**

LOS DERECHOS HISTÓRICOS

Sumario: I. Consideraciones previas. II. La evolución del debate sobre el régimen «histórico-foral» desde 1978. 1. Breve aproximación histórica. 2. El debate en el periodo constituyente. 3. El apartado 2.º de la disposición derogatoria de la Constitución. III. El desarrollo del texto constitucional. 1. La recepción por los Estatutos de Autonomía. A) País Vasco y Navarra. B) Aragón 2. El desarrollo normativo. IV. La vigencia de los planteamientos historicistas y de los derechos forales en el tiempo de los denominados Estatutos de Autonomía de segunda generación. 1. Una explicación. 2. El debate en la reforma de los textos estatutarios. A) Los derechos históricos en el Plan Ibarretxe. B) El debate «histórico» en el Estatuto de Autonomía de Cataluña. C) El Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana. D) La legitimación histórica en el Estatuto de Autonomía de Aragón. V. Las principales interpretaciones doctrinales. 1 Javier Corcuera, la disposición adicional como principio. 2. Tomás Ramón Fernández, la disposición adicional como garantía institucional. 3. Miguel Herrero de Miñón, el historicismo esencialista y otras visiones foralistas. 4. La aportación de Francisco J. Laporta. VI. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional. VII. A modo de conclusión.

JOSÉ TUDELA ARANDA

LETRADO DE LAS CORTES DE ARAGÓN

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La disposición adicional 1.^a de la Constitución ha sido objeto de numerosos trabajos y comentarios. Desde su redacción en la fase de tramitación parlamentaria se ha considerado la misma, simultáneamente, **un texto de la máxima transcendencia política y un arcano jurídico**. Comprenderla exige un ejercicio de reflexión en el que confluirán el Derecho, la Política y la Historia. Precisamente, en ella alcanzó la historia su máxima expresión en el texto constitucional y advirtió de su potencia para el futuro. En la evolución política de nuestro país, la historia ha tenido un peso significativo bien por su propia fortaleza bien por la tradicional debilidad de la verdad de la razón. La transición no escapó a esta tendencia. Desde el principio, el debate constituyente sobre la organización territorial estuvo trufado de referencias históricas, especialmente por nacionalistas vascos y catalanes que veían en el proceso de descentralización un proceso de devolución histórica de poderes (AJA, 2003, 273). Los lla-

mados derechos históricos ocuparon un espacio privilegiado en ese debate y hasta hoy han demostrado su vigencia extendiendo su presencia a otros territorios de la geografía española.

En todo caso, un análisis necesariamente limitado de la disposición adicional 1.^a, y de su correspondiente reflejo en la disposición derogatoria de la Constitución, exige definir algunas premisas. En primer lugar, **los derechos históricos se identifican con el régimen foral**: su recuperación es la recuperación de la vigencia del régimen foral (como foralidad define el Consejo de Estado la disposición adicional 1.^a). En segundo lugar, no puede olvidarse la transcendencia jurídica y política que para el nacionalismo vasco poseen los fueros. Expresivas de ese significado son las palabras del ponente del Partido Nacionalista Vasco, durante la tramitación parlamentaria del precepto analizado: «Todos los foralistas parten siempre de una afirmación fundamental, que es la libertad, la independencia originaria de los territorios fora-

les. La integración en Castilla solo fue posible «mediante pacto condicionado y reserva de fueros» (Diario de Sesiones del Congreso, núm. 93, de 20 de junio de 1978) Finalmente, y en tercer lugar, que, como indicó GARCÍA PELAYO, **la indeterminación de las expresiones utilizadas en la Constitución, de una ambigüedad calculada y arriesgada**, desplazó con más fuerza que nunca «los efectos reales de ese precepto al juego de los partidos y, en general, a las actitudes y relaciones entre los actores políticos» (GARCÍA PELAYO, 1991, 3175).

El desarrollo y aplicación de este precepto ha sido intenso, con un fecundo debate sobre su significado y alcance. Del mismo se dará cuenta en las páginas que siguen. Pero, **lejos de ser un debate concluido, se trata de una cuestión abierta**. El conjunto de Estatutos de segunda generación y, en particular, los nuevos Estatutos de Autonomía de Cataluña, Aragón y Comunidad Valenciana pusieron de manifiesto la vigencia de los derechos históricos y de la reclamación foral. Todo ello en un contexto de reforzamiento de la historicidad en todos esos textos estatutarios (TUDELA, 2007, 175-176). En la actualidad, la referencia a los derechos históricos es el primer anclaje de la reivindicación nacionalista vasca de un mayor autogobierno y también tiene su espacio en algunos sectores del nacionalismo catalán.

II. LA EVOLUCIÓN DEL DEBATE SOBRE EL RÉGIMEN «HISTÓRICO-FORAL» DESDE 1978

1. Breve aproximación histórica

El estudio de los derechos históricos como categoría jurídica exige realizar siquiera una muy breve aproximación histórica. Desde la perspectiva jurídica que aquí interesa, lo primero que hay que hacer notar es que si bien el debate foral ha protagonizado buena parte de la historia de España desde principios del XIX, los textos constitucionales nunca fueron re-

ceptivos a la incorporación a los mismos del régimen foral (TOMÁS Y VALIENTE, 1979, 3).

En relación con las instituciones político-administrativas, militares y tributarias, el territorio propio de los derechos forales, solo se reducía al Reino de Navarra, el Señorío de Vizcaya y las provincias de Álava y Guipúzcoa. Tras la primera guerra carlista, en 1839 la Reina Isabel confirmó los fueros de las provincias Vascongadas y Navarra «sin perjuicio de la unidad constitucional de la monarquía». En 1841, Navarra acuerda la llamada Ley paccionada, pero con ninguna de las tres provincias vascongadas se llega a un acuerdo en desarrollo de la Ley de 1839. Al finalizar la tercera guerra carlista, se firma el 21 de julio de 1876 la Ley Abolitoria de los Fueros, Ley que, sin embargo, será el fundamento de los conciertos económicos de las tres provincias vascongadas aprobados en 1878.

La Ley de 1839 abrió una escisión teórica entre dos concepciones (racionalismo e historicismo) que no llegó a soldarse (LAPORTA, 2006, 13). Código y fuero, señala expresivamente CORCUERA, son los dos principios antitéticos que expresan la pugna que acabará reflejándose en la débil integración nacional española (CORCUERA, 1985, 19). La bandera de los fueros se convirtió en un mito: el pueblo acaba siendo definido por la apelación a los fueros y los fueros por la apelación al pueblo. Ante esas dos realidades simultáneas no parece haber sitio sino para la fuerza de la historia. De manera inevitable, la idea de los derechos históricos se acabaría fundiendo con la savia del nuevo nacionalismo. Los derechos históricos serán derechos subjetivos del pueblo como nuevo sujeto político que se habrán de proyectar sobre la idea de autodeterminación.

2. El debate en el periodo constituyente. La Constitución de 1978

Desde el primer momento, los planteamientos del constituyente, en el deseo de resolver

el problema regional, fueron los de abrir una nueva etapa de diversidad para los «Derechos hispánicos», mas haciéndolo de manera compatible con un importante régimen común. Ahora bien, si el espacio de la diversidad no ofrecía excesivos problemas al aceptarse como marco general de la misma un flexible Estado descentralizado, no sucedió lo mismo en relación con el País Vasco.

El proceso constituyente tuvo en **este tema uno de los más disputados** con diversas ofertas y contraofertas. El resultado fue la incorporación a la Constitución de la disposición adicional 1.^a: «La Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales. La actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y del Estatuto de Autonomía» y del complementario párrafo segundo de la disposición derogatoria. Se trata de **un precepto insólito en la historia constitucional española y en el Derecho comparado** (ENTRENA, 1985, 2422). En su origen fue fruto de una enmienda presentada en la Comisión Constitucional del Congreso y suscrita por todos los grupos parlamentarios. En este respaldo debe verse la conciencia colectiva de la transcendencia del problema que se pretendía resolver con la introducción de este texto. La unanimidad se rompió en el debate en Pleno al volver a respaldar el Partido Nacionalista Vasco un texto suyo anterior en el que la subordinación de la actualización de los derechos históricos a la Constitución se sustituía por la negociación entre el Estado y el País Vasco. Finalmente, aunque la Comisión del Senado rechazó la enmienda introducida del Congreso, el Pleno de esta Cámara acabó aprobando el texto hoy vigente.

Si bien desde un análisis jurídico, algunas cosas parecen claras, así la comprensión de la disposición adicional 1.^a y del párr. 2.^o de la disposición derogatoria como un todo que debe interpretarse de manera global o que los sujetos de los derechos históricos, identificados con el régimen foral, son los cuatro territorios históricos, es decir, Navarra y las tres

provincias vascongadas, otras, las más, requerirán de una ardua aproximación. Así, el alcance de la expresión «ampara y respeta»; el significado de la frase «la actualización general de dicho régimen se llevará a cabo en su caso en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía»; el propio contenido del régimen foral en la España de 1978 o el alcance del párr. 2.^o de la disposición derogatoria que deroga expresamente el Decreto de 25 de octubre de 1839 y la Ley de 21 de julio de 1876.

Esa ambigüedad se identifica con una definición de los fueros querida por el nacionalismo, de manera que se asimilarían a una situación abierta e incierta cuya concreción y constancia no se busca. En todo caso, **los fueros dejan de ser algo que por naturaleza se opone a la Constitución**. Puede hablarse, en voz de SOLOZÁBAL, de constitucionalismo foral. La constitucionalización alteraba la propia base del sistema foral ya que pasa a intervenir el pueblo español que, como único sujeto constituyente, asume la decisión de constitucionalizar el régimen foral (SOLOZÁBAL, 2000, 38). Esa misma constitucionalización es la que determinaría como límites inexcusables la igualdad jurídica de los ciudadanos y la existencia de particularismos territoriales que mediaticen la organización política general.

De esta forma, **la historia, de manera paradójica, se abrió un camino notable en un texto constitucional tan fundante como el de 1978**: el art. 149.1.8.^a; las alusiones al régimen foral; o la disposición transitoria de acceso a la autonomía son manifestaciones de esa historicidad, «penetración de la historicidad en el ordenamiento constitucional español», la denominó LUCAS VERDÚ. Historicidad que ya en su momento fue duramente contestada por GARCÍA PELAYO, quien al examinar el debate sobre esta cuestión escribió: «En ambos textos se emplea la denominación, extravagante en nuestra época de «los derechos históricos». Se trata, en efecto, de una expresión anticuada, aparentemente en

el espíritu de la escuela histórica del derecho, cuyas tesis constituyeron una de las bases ideológicas de los movimientos tradicionalistas y reaccionarios del siglo pasado, frente a las tendencias racionalistas y progresistas» (GARCÍA PELAYO, 1991, 3171).

3. El apartado 2.º de la disposición derogatoria de la Constitución

Un comentario singular exige el ap. 2.º de la disposición derogatoria de la Constitución. Si en el apartado primero de esta norma se deroga expresamente la Ley 1/1977, de 4 de enero, para la Reforma Política y las leyes fundamentales y en el ap. 3.º se introduce una cláusula derogatoria general de todas aquellas disposiciones que se opongan a la Constitución, el apartado que comentamos introduce una disposición llamativa: «En tanto en cuanto pudiera conservar alguna vigencia, se considera definitivamente derogada la Ley de 25 de octubre de 1839 en lo que pudiera afectar a las provincias de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya. En los mismos términos se considera definitivamente derogada la Ley de 21 de julio de 1876». La redacción de este segundo párrafo de la disposición derogatoria ratifica y complementa la actualización de los derechos históricos realizada en la disposición adicional 1.^a, aportando algún dato de interés. En todo caso, como se indicó, solo es posible una interpretación conjunta de ambas disposiciones.

Lo primero que interesa destacar de este texto es que leído conjuntamente con la mencionada disposición adicional, concreta los territorios a los que se refiere la vigencia de los derechos históricos. De forma indirecta, al aludir a la derogación de las normas de 1839 y 1876, parece que circunscribe esos derechos a los territorios de las provincias vascongadas y de Navarra, que fueron los directamente afectados por esas normas. Sin embargo, para algunos, precisamente la referencia a la Ley de 1876 que daba por jurídicamente derogado el régimen foral en toda España, permite ha-

cer extensible los derechos históricos a todos los antiguos territorios de la Corona de Aragón (ORELLA, 2005).

En segundo lugar, la disposición comentada **no solo concretaría geográficamente el territorio propio de los derechos históricos sino que lo haría cronológicamente**. La interpretación de la disposición adicional se vería facilitada con las referencias a las fechas de 1839 y 1876. Serían las instituciones y atributos entonces vigentes los que se viesan amparados por la Constitución. De esta forma, los derechos históricos gozarían de una referencia temporal concreta que impediría interpretaciones de los mismos que los vinculasen a espacios históricos indefinidos y ligados a las vagas brumas del medievalismo.

De esta manera, es preciso llamar la atención sobre el hecho de que para la tendencia más historicista, la derogación expresa de las leyes de 1839 y 1876, lejos de ser una disposición simbólica, meramente complementaria del cuadro derogatorio general de la Constitución y del reconocimiento de los derechos históricos realizado por la disposición adicional, posee importancia singular por sí misma, ya que al derogar las leyes que a su vez derogaban los fueros, resultaría el máximo reconocimiento constitucional de la situación político-jurídica previa a esas fechas. En particular, se destaca el valor de la derogación de la Ley de 1839, cuyo aspecto más problemático fue en su momento la confirmación de los fueros de las provincias vascongadas y Navarra «sin perjuicio de la unidad constitucional de la monarquía» (art. 1.º). Al margen, de otras consideraciones muchas de estas lecturas historicistas ignoran conscientemente que «por la simple derogación de una ley no recobran vigencia las que esta hubiera derogado» (art. 2 Código Civil), por lo que no es posible entender restauración jurídica alguna. Sólo cabría interpretarlo en relación con la vigencia de aquello que subsista de los derechos históricos de los territorios forales (TOMÁS Y VALIENTE, 1979, 28).

Una visión contraria de este precepto vería en el mismo la continuidad de la constitucionalización del mito fuerista mediante una «no menos equívoca y más paradójica abolición de las leyes citadas». Un precepto que este mismo sector considera en relación con la Ley de 1839 innecesario, contradictorio y hasta discriminatorio por la distinta posición de Navarra y de las tres provincias vascongadas en relación con el mismo (CORCUERA, 1984, 32-33). La misma reflexión se extendería en relación con la Ley de 1876. Si bien esta recortaría el alcance de los derechos históricos, lo haría únicamente en la medida que eran residuo de una etapa histórica en que la articulación de los territorios del Estado descansaba en buena parte en el Rey, siendo incompatibles con un Estado constitucional que afirma la igualdad básica de sus ciudadanos en derechos y deberes (CORCUERA, 1984, 34). Al respecto, no está de más recordar que la Ley de 1839 tuvo significativos apoyos en la sociedad vasca y fue aprobada en Cortes con el voto afirmativo de los representantes vascos. Por otra parte, la Ley de 14 de agosto de 1841, modificadora de los Fueros de Navarra (la llamada Ley Paccionada), se aprobó en ejecución de lo previsto en el art. 2.º de la Ley de 1839. También resulta esclarecedor del desconcierto que puede provocar el texto de la disposición derogatoria el hecho que los Concierdos Económicos son precisamente concreción de la Ley de 1876.

En una línea intermedia, para un sector doctrinal la derogación expresa de las dos leyes decimonónicas ni sería una ratificación de soberanismo alguno ni añadiría confusión. Por el contrario, la finalidad de esta derogación no sería sino evitar que esas normas «empañen o perturben el intento de empezar otra vez y empezar mejor sobre la base de un pacto que tiene su expresión en el Estatuto de Autonomía» (RAMÓN FERNÁNDEZ, 1985, 81-82).

El párrafo estudiado de la disposición derogatoria es, pocas dudas existen al respecto, la ratificación del esfuerzo del constituyente

por contentar al nacionalismo vasco mediante el reconocimiento expreso de los derechos históricos por activa y, en este caso, por pasiva. La contradicción lógica es evidente y muy pronto la advirtió GARCÍA PELAYO: «en nombre de la historia se pretende anular jurídicamente ciento cuarenta años de historia» (1991, 3172). Una contradicción que enriquecía el arsenal historicista para la búsqueda de lecturas parciales y fragmentarias de la Constitución.

III. EL DESARROLLO DEL TEXTO CONSTITUCIONAL

1. La recepción por los Estatutos de Autonomía

A) País Vasco y Navarra

Los Estatutos de Autonomía del País Vasco y Navarra fueron naturales receptores de la constitucionalización de la foralidad. **La recepción en el Estatuto de Autonomía del País Vasco** puede resumirse de la siguiente manera. En primer lugar, destaca la transformación fundamental que sufre la titularidad de los derechos históricos que pasan a recaer en el pueblo vasco, en una entidad común a los territorios históricos. En todo caso, la importancia de la nacionalidad vasca como sujeto de la autonomía no hace olvidar la transcendencia de los territorios históricos que integran la Comunidad Autónoma, cuyos regímenes privativos no son alterados por lo dispuesto en el Estatuto. En segundo lugar, es preciso resaltar como de la disposición adicional 1.^a se hacen depender competencias como enseñanza, en toda su extensión, niveles y grados (art. 16) o en materia institucional (art. 17) o tributaria (art. 41). Finalmente, es notable la disposición adicional 4.^a del Estatuto de Autonomía, en la que puede leerse lo siguiente: «La aceptación del régimen de autonomía que se establece en el presente Estatuto, no implica la renuncia del Pueblo Vasco a los derechos históricos que como tal le hubieran podido corresponder en virtud de

su historia, que podrán ser actualizados de acuerdo con lo que establezca el ordenamiento jurídico». Una redacción que, sorpresivamente, se incorporará, como habrá de verse, al Estatuto de Autonomía de Aragón.

En relación con Navarra, lo más significativo es que la vigencia del régimen foral permitió entender que podía desarrollar su régimen de autogobierno al margen de los procedimientos previstos constitucionalmente para acceder a la autonomía. Los problemas que plantea esta interpretación (que no deja de excepcionar la Constitución) y sus posteriores repercusiones, se reducen en Navarra por la unidad del sujeto y la continuidad del proceso. Por otra parte, en la Ley Orgánica de Reintegración y Mejoramiento del Régimen Foral de Navarra también se incluyó una disposición adicional relativa a la no renuncia de otros derechos originarios, similar a la incluida en el Estatuto vasco.

B) Aragón

La sorpresa, como se ha indicado, **surgió con la disposición adicional 5.^a del Estatuto de Autonomía de Aragón**, que reproducía, conscientemente, el texto de Estatuto vasco sobre la no renuncia de los derechos que, como tal, le hubieran podido corresponder en virtud de la historia al pueblo aragonés. Si bien la citada declaración no ha tenido efectos prácticos, lo cierto es que siempre ha estado presentes en el consciente y subconsciente reivindicativo de la Comunidad Autónoma y que en el momento de aprobación del Estatuto de Autonomía de 2007 los derechos históricos se reivindicaron como una ya antigua seña identitaria de la Comunidad Autónoma con vocación para legitimar un desarrollo peculiar de la autonomía en determinadas cuestiones. Tampoco debe olvidarse que la existencia de esta cláusula en el Estatuto aragonés ayudó a la legitimación de la incorporación de los derechos históricos al nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña.

Desde su renovada vigencia, interesa conocer que la citada disposición se introduce por la aprobación en el Congreso de una enmienda presentada por el Diputado Gómez de las Rocas con la siguiente motivación: «se trata de garantizar, reiterando la fórmula empleada en el Estatuto vasco, los resultados de un examen en profundidad y por ello, con el exigible detenimiento, de los derechos históricos de Aragón, suprimidos por el Decreto de Nueva Planta y otras disposiciones». El informe de la ponencia debatido en la Comisión Constitucional del Congreso (*BOCG-Cortes de Aragón*, Serie H, 24 de mayo 1982, núm. 69-12), ya incluía el citado texto. La enmienda fue asumida en la ponencia por unanimidad y no volvió a originar debate.

2. El desarrollo normativo

En el desarrollo de los derechos históricos, el texto más significativo es la Ley de 25 de noviembre de 1983, la llamada Ley de Territorios Históricos, en cuya exposición de motivos se afirma: «Organizar el presente, garantizar la gobernabilidad de Euskadi en la actualidad, no es compatible con el modelo organizativo existente hasta 1839, o el sistema excepcional que se derivó del primer concierto económico en 1878». La conclusión solo podía ser que «el fondo de poder en la Comunidad Autónoma reside en sus instituciones comunes». De esta manera, se consagra la novación en la titularidad de los derechos históricos, olvidándose en este caso su inalienabilidad e irrenunciabilidad. Como se verá, la transcendencia de esta transformación es grande. Otras normas que avalan la interpretación de la disposición adicional 1.^a como norma que ampara un régimen autonómico excepcional son la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas y la Ley de Bases del Régimen Local. Esta última contempló de manera extensa la singularidad de los territorios históricos en virtud de los derechos reconocidos por la Constitución y los Estatutos de Autonomía en su disposición adicional 2.^a

IV. LA VIGENCIA DE LOS PLANTEAMIENTOS HISTORICISTAS Y DE LOS DERECHOS FORALES EN EL TIEMPO DE LOS DENOMINADOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA DE SEGUNDA GENERACIÓN

1. Una aproximación introductoria

Llegados a este punto, no puede extrañar la vigencia de los planteamientos historicistas en el proceso de revisión del Estado autonómico que fue la aprobación de los Estatutos de Autonomía de segunda generación. La interpretación historicista había ganado adeptos en cuanto permitía la consecución paulatina de mayor autonomía. Y, sobre todo, porque se vislumbraba como fuente inacabable cuantitativa y cualitativamente para la reivindicación territorial. La aparición del pueblo como sujeto colectivo de derechos y heredero de toda una historia de grandeza y agravios era la mejor expresión de la debilidad racionalista frente al historicismo.

La legitimación de la diferencia en virtud de la historia fue una constante durante esos años, constante reflejada en la consolidación de la expresión «Comunidades históricas». Los derechos históricos, y la interpretación realizada de los mismos, fue la mayor expresión de una vinculación entre historia y autogobierno.

2. El debate en la reforma de los textos estatutarios

A) *Los derechos históricos en el Plan Ibarretxe*

El «nuevo pacto político» y el «Estado libre asociado» propugnados por este documento/plan, estaban en buena medida fundamentados en el mantenimiento de la vigencia del discurso historicista nacionalista, si bien que complementado con una apelación al principio democrático (SOLOZÁBAL, 2006, 107). La interacción de las dos ideas no podía desembocar

sino en el derecho de autodeterminación de Euskadi. La fórmula reivindicativa del citado Plan se resumiría, según CASTELLS ARTECHE, de la siguiente manera: «Los ciudadanos de la Comunidad Autónoma de Euskadi, en virtud de la actualización de los derechos históricos propios, muestran su voluntad de formalizar un nuevo pacto político, mediante un novedoso modelo de relación con el Estado español según el presupuesto de libre asociación con el mismo» (CASTELLS, 2005, 181). En todo caso, no deja de ser significativo sobre el alcance que desde el nacionalismo se daba a estos derechos, el que un texto como el Plan incluyese un art. 12 con el siguiente tenor: «La aceptación de este régimen de libre asociación no supone renuncia alguna de los derechos históricos del Pueblo Vasco, que podrán ser actualizados en cada momento en función de su propia voluntad democrática». Destaca el cambio de redacción, impregnado ahora de un soberanismo explícito. Por otra parte, no deja de resultar curioso que se hablase de «aceptación» de un régimen que se pretendía imponer unilateralmente al resto del Estado. Tras toda la polémica fuerista e historicista, esa redacción avalaba la idea, de gran transcendencia, de que el nacionalismo vasco mantenía la vigencia de la disputa sobre los sujetos originarios del poder. Un debate que diez años después recobrará importancia, en relación con la disposición adicional primera.

B) *El debate «histórico» en el Estatuto de Autonomía de Cataluña*

El primer borrador del proyecto de reforma del Estatuto de Autonomía contenía una serie de referencias a los derechos históricos de Cataluña que el Consejo Consultivo estimó inconstitucionales, a pesar de lo cual se mantuvieron, si bien con ciertas correcciones (SAIZ ARNAIZ, 2006, 122). Para el Consejo, la presumible inconstitucionalidad de las referencias a los derechos históricos estribaba en la identificación de los mismos con los territorios forales. Además, negaba a los dere-

chos históricos virtualidad como fuente competencial en materia de lengua o Derecho civil especial porque estos tienen su título específico.

Si bien la tramitación en el Congreso corrigió algunas expresiones significativas, no por ello el texto final dejaba de ser manifestación de una fuerte penetración historicista. Así, ya en el Preámbulo se vincula el autogobierno con la historia y específicamente con los derechos históricos: «Cataluña ha ido construyéndose a lo largo del tiempo...»; «el autogobierno de Cataluña se fundamenta en la Constitución, así como en los derechos históricos del pueblo catalán que, en el marco de aquella, dan origen en este Estatut al reconocimiento de una posición singular de la Generalitat». Pero fue en el articulado, en el art. 5.º, donde los derechos históricos emergían como nuevos protagonistas de la autonomía de Cataluña: «El autogobierno de Cataluña se fundamenta también en los derechos históricos del pueblo catalán, en sus instituciones seculares y en la tradición jurídica catalana, que el presente Estatuto incorpora y actualiza al amparo del art. 2, la disposición transitoria segunda y otros preceptos de la Constitución, de los que deriva el reconocimiento de una posición singular de la Generalitat en relación con el derecho civil, la lengua, la cultura, la proyección de estas en el ámbito educativo, y el sistema institucional en que se organiza la Generalitat».

C) *El Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana*

El Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana no realiza una referencia expresa a los derechos históricos. En este caso son los fueros los que asumen un notable protagonismo: el art. 7.º del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana establece como una de sus disposiciones generales que: «1. El desarrollo legislativo de las competencias de la Generalitat procurará la recuperación de los contenidos correspondientes de los Fue-

ros del Antiguo Reino de Valencia en plena armonía con la Constitución y con las exigencias de la realidad económica y social valenciana. Esta reintegración se aplicará, en especial, al entramado institucional del Antiguo Reino de Valencia y su propia onomástica en el marco de la Constitución española y de este Estatuto de Autonomía». Es importante destacar como la vinculación historia-nacionalidad histórica sirve a la afirmación de unos derechos especiales que legitiman tanto la recuperación del Derecho foral valenciano como la recuperación del ejercicio de competencias más allá del reparto competencial.

D) *La legitimación histórica en el Estatuto de Autonomía de Aragón*

Como ya hubo ocasión de señalar, el Estatuto de Autonomía de Aragón es el único que, al margen de los textos vasco y navarro, reprodujo en su primera redacción la voz «derechos históricos», disposición adicional quinta. Como se indicó, hasta la derogación del texto, en 2007, este precepto no tuvo consecuencia jurídica alguna. La explicación de su lánguida vida puede estar tanto en la conciencia sobre su falta de conexión con un régimen foral público previo como en la no vinculación del mismo con ámbitos materiales específicos. En todo caso, hay que recordar la vinculación establecida entre los derechos históricos y la concreción de un modelo propio de financiación, desarrollando lo previsto en el entonces art. 48 del Estatuto de Autonomía, que se realizó en el dictamen que sobre profundización en el autogobierno aprobaron por unanimidad los cinco Grupos Parlamentarios de las Cortes de Aragón en 2003.

Desde estos antecedentes, sorprendió que en el debate del Estatuto de Autonomía de 2007 los derechos históricos no fuesen objeto de especial atención, manteniéndose la redacción del Estatuto de 1982. Es más, si durante su tramitación en las Cortes de Aragón se introdujo en el Preámbulo la alusión a que el autogobierno de Aragón se fundamenta en la

Constitución «así como en los derechos históricos del pueblo aragonés que, en el marco de aquella, dan origen en este Estatuto al reconocimiento de una posición singular de nuestra Comunidad Autónoma», esta alusión fue finalmente suprimida del texto definitivo. En todo caso, lo que más sorprende, dentro de esta dinámica, es que no se vinculase la reivindicación de estos derechos con precepto alguno del Estatuto, ni en el orden competencial ni en lo relativo al sistema de financiación. Así, puede considerarse normal que tampoco en la redacción de 2007 los derechos históricos hayan desplegado efecto alguno.

V. LAS PRINCIPALES INTERPRETACIONES DOCTRINALES

Como se ha señalado, la interpretación de la estudiada disposición constitucional plantea diversos e importantes problemas. Por ello, y por su propia importancia en la arquitectura constitucional, son numerosas las páginas que la doctrina ha dedicado a la misma. Trabajos que han sido determinantes para definir su alcance y que han tenido una indudable influencia en la resolución de los conflictos planteados ante el Tribunal Constitucional en relación con la misma. Por ello, se procede a realizar una necesariamente breve síntesis de las principales interpretaciones desarrolladas por nuestra doctrina (LAPORTA, 2006, 55).

1. Javier Corcuera, la disposición adicional 1.^a como principio

Una primera línea argumental se puede encontrar en la obra de Javier CORCUERA, que entiende la disposición constitucional como un principio general (CORCUERA, 1991, 279). De forma expresiva, este autor señala que la misma es lo que queda de un fiasco. Los intentos del nacionalismo vasco de introducir una interpretación maximalista de los fueros en la Constitución habrían dejado solo la huella de la disposición adicional. Una huella, señala, que seguramente no puede explicarse sin la pervivencia del terrorismo y de

su apoyo social. Con ella, lo que se pretendía era dar cobertura al nacionalismo vasco para que pudiese aceptar la Constitución y así desactivar el terrorismo. Lo paradójico sería que ese fracaso en el proceso constituyente se ha convertido en éxito para el nacionalismo en el momento de desarrollar la Constitución: «La virtualidad de la actualización de los derechos históricos, dice CORCUERA, ha permitido poner en marcha peculiaridades que no podían imaginarse al aprobarse el Estatuto».

En la misma línea, subraya la innecesariedad de la disposición derogatoria, que no sería sino un producto más de la gran paradoja inicial «que en nombre de la historia se pretendan anular ciento cuarenta años de historia». Para CORCUERA, la actualización de los derechos solo puede hacerse por medio de la Constitución y del Estatuto de Autonomía. La norma examinada manifestaría su eficacia jurídica como principio. Y como principio ha sido interpretado de una manera muy diversa: «derecho a una autonomía amplísima» (CELAYA); «densidad histórica del autogobierno» (LOJENDIO); «reconocimiento de las peculiaridades de la autonomía del País Vasco» (el propio CORCUERA).

2. Tomás Ramón Fernández, la disposición adicional como garantía institucional

Una segunda corriente doctrinal, de particular trascendencia por haber sido acogida por buena parte de la doctrina y, como se verá, por el propio Tribunal Constitucional, es la que ve en la disposición adicional la garantía institucional de los derechos históricos, y que tiene a Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ como máximo representante. De acuerdo con la idea de garantía institucional, la adicional se propondría «asegurar la preservación, y restablecimiento, en su caso, de la «imagen» específica de la foralidad, de forma que esa imagen siga siendo identificable en el futuro (RAMÓN FERNÁNDEZ, 1984, 93). Esta institucionalización de la foralidad sería la única manera de enten-

derla conforme a su propia esencia, es decir, como algo vivo, en permanente evolución, aunque siempre fiel a su propio y peculiar perfil como sistema de autogobierno local (RAMÓN FERNÁNDEZ 1985, 65).

Esta tesis fue bien acogida desde sectores foralistas, al entender que la garantía institucional suponía: a) dotar a los derechos históricos de un contenido material; b) otorgarles seguridad jurídica, al cerrar el paso a una investigación histórica y casuística de cuáles sean esos derechos; c) abordar la espinosa cuestión de su relación con la Constitución, entendiendo que esta asume el régimen foral ya depurado y ajustado a los parámetros constitucionales (MARTÍN RAZQUÍN, 1991, 267).

3. Miguel Herrero de Miñón, el historicismo esencialista y otras visiones foralistas

La tercera línea de trabajo es la representada por Miguel HERRERO DE MIÑÓN, suma de historicismo esencialista y constitucionalismo útil. Para entender su visión hay que partir de su opinión sobre la irrupción de la historicidad en el Derecho: «A mi juicio, las antinomias creadas por la irrupción de la historicidad en la normatividad, solo pueden ser resueltas con mayor dosis de aquella. Esto es, elevando la historicidad a clave del sistema...». Desde esta postura, HERRERO es quien más trascendencia ha dado a la disposición adicional. Para él, la historia es una potencia que genera seres, y uno de esos seres es el formado por los «*corpora* política» que surgen históricamente en las provincias vascongadas y Navarra como auténticos fragmentos de Estado. Los hechos generan un «derecho a ser» que constituye el núcleo fundamental de la idea de derechos históricos. Los derechos históricos son así un *a priori* de cualquier Derecho positivo y de cualquier discusión competencial. La esencia de los derechos históricos no se encontraría en un entramado competencial determinado, sino en su propia historicidad, es decir, en una facticidad investida de la fuerza normativa de los hechos pero que

transciende a la norma. «Ante la Constitución, los derechos históricos son un *a priori* material caracterizado por la pre y para constitucionalidad». Ello significa: a) los derechos históricos no son una creación constitucional; b) son inmunes a una revisión constitucional; c) suponen una reserva permanente de autogobierno por la infungibilidad de un hecho diferencial, conscientemente asumido por el pueblo vasco y que da un derecho a ser con propia identidad (HERRERO DE MIÑÓN, 1998, 19). La tesis de HERRERO diluye las fronteras entre lo jurídico y lo político, convirtiendo en irrelevante la letra de la Constitución en aras del constitucionalismo útil (CORCUERA, 2005, 446). Como era de esperar, la visión foralista ha tenido especial predicamento en la doctrina navarra. Algunos de sus pronunciamientos son especialmente expresivos del alcance que en esa visión tiene la disposición adicional 1.^a

4. La aportación de Francisco J. Laporta

La última reflexión de interés sobre la discutida disposición adicional la ha realizado el profesor LAPORTA. En primer lugar, reflexiona sobre la normatividad de este precepto, para, tras asumir su dimensión normativa, señalar que no todos los preceptos de la Constitución tienen una normatividad similar y que, en concreto, la disposición adicional 1.^a sería una norma permisiva: permite que en el diseño institucional y material de las provincias forales se incorporen rasgos estructurales de su ordenamiento histórico siempre que no se pugne con la Constitución (LAPORTA, 2006, 41). Así, para este autor no es válida la teoría de la garantía institucional que necesariamente parte de entender en sentido fuerte, de obligación, la normatividad de la citada disposición. Tras subrayar cómo numerosos contenidos tradicionales de los fueros no tienen cabida en su concepción contemporánea bien por ser incompatibles con la Constitución bien por los propios cambios históricos de esos contenidos bien por ser sencillamente inviables, afirma que si no pueden ser un elen-

co concreto, la referencia constitucional ha de entenderse hecha «a la estructura abstracta de esos ordenamientos» (LAPORTA, 2006, 28). Esa estructura abstracta, común a los viejos fueros, a los conciertos y a los Estatutos de Autonomía, se manifiesta en un conjunto de instituciones propias con ciertas competencias, una panoplia de inmunidades y una apelación tácita a la negociación y acuerdo entre poderes. Ese sistema solo tendría sentido por referencia a un sistema jurídico más general en el que se integra.

De la inserción en una norma constitucional, LAPORTA concluye que se ha querido establecer una *lex specialis*. Podría ser especial respecto: a) régimen municipal; b) régimen provincial; c) de la Comunidad Autónoma (aunque ello supone obviar, como se ha obviado el grave problema de atribuir los derechos a un ente nuevo como es la Comunidad Autónoma); d) especial respecto de la propia Constitución, al considerarse los derechos históricos como una verdadera Constitución (LAPORTA, 2006, 45).

VI. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Como no podía ser de otra manera, desde el principio se aguardó con expectación la interpretación que de la disposición adicional 1.^a pudiese realizar el Tribunal Constitucional. Al margen de la propia ambigüedad, sino oscuridad del texto, que necesariamente hacía recaer la mirada sobre el máxime interprete constitucional, latía la trascendencia política de ver su alcance en relación con el reparto competencial: «el aspecto competencial es un banco de prueba de la consistencia de la disposición adicional» (M. RAZQUÍN, 1991, 264).

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional no ha sido uniforme en relación con el alcance de los derechos históricos. En relación con la misma pueden examinarse diversas etapas. Siguiendo la síntesis realizada por

J. A. RAZQUÍN, **podrían distinguirse tres etapas**. En una primera, 1980-1987, el Tribunal Constitucional desconocería el hecho diferencial de los derechos históricos, al negar un contenido sustancial y material propio a estos. Representativa de esta etapa sería la STC 11/1984, de 2 de febrero, recaída sobre el conflicto de competencias sobre una emisión de deuda pública emitida por el Gobierno vasco. En ella se relativiza la posición constitucional de los derechos históricos y, lo que resulta más importante, se niega a los mismos su virtualidad como título competencial autónomo. Estos deberían ser interpretados en su totalidad conforme al Título VIII de la Constitución.

La segunda etapa se concentraría en el año 1988 y se caracterizaría por la formulación por el Tribunal Constitucional de una doctrina general sobre la disposición adicional 1.^a que rompería con la anterior al dar una respuesta global y directa a la cuestión del significado efectivo y material de los derechos históricos. El núcleo de esta doctrina está en **la STC 76/1988, de 26 de abril, en la que se acoge la tesis de la caracterización dinámica de la foralidad y de la consiguiente garantía institucional** de la misma, garantía que alcanza «como mínimo irreductible, a proteger un régimen de autogobierno territorial con el que quepa reconocer el régimen foral tradicional de los distintos territorios históricos». En una sentencia inmediata, la STC 86/1988, de 3 de mayo, se abrió definitivamente la puerta a la habilitación de la citada disposición como título competencial.

En una tercera etapa, iniciada en 1989, y que se mantiene hasta hoy con las naturales modulaciones, el Tribunal aplica la anterior doctrina general al ámbito competencial, **reconociendo el contenido material del que están dotados los regímenes forales en el área competencial**. La primera sentencia que expresamente realiza tal operación es la STC 214/1989, de 21 de diciembre, que resuelve los recursos presentados contra la Ley de Bases de Régimen Local y de la que se ex-

traen, entre otras, las siguientes conclusiones en relación con el alcance de la disposición adicional 1.^a: primera: los derechos históricos pueden enervar la aplicación en el ámbito de los territorios forales de normas de carácter básico del Estado; segunda: se admite una actualización foral al margen del Estatuto de Autonomía; tercera: la garantía constitucional de los derechos históricos puede comportar un tratamiento normativo singular para los territorios forales; cuarta: de todo ello se infiere que el marco constitucional y estatutario no puede llevar a la sujeción estricta de los regímenes forales al sistema general autonómico del Título VIII de la Constitución.

En línea con la sentencia anterior, la STC 140/1990, de 20 de septiembre, reconoce expresamente la virtualidad competencial de la disposición adicional 1.^a: «el concepto de derecho histórico empleado por la disposición adicional 1.^a de la Constitución y la Ley Orgánica de Amejoramiento del Fuero de Navarra apela, entre otras cosas, a un cierto contenido competencial que vendría siendo ejercido de forma continuada por la Institución foral y reconocido por el Estado». Por otra parte, el Tribunal acaba por considerar que la historia puede ayudar a determinar el contenido de la competencia ya actualizada. Así, la STC 159/1993, de 6 de mayo, se basa en ella para dar algún valor a la investigación de las competencias en el pasado. Esta misma Sentencia subraya como el Estatuto es el elemento decisivo para la actualización de los derechos históricos. La experiencia histórica sería un argumento más para precisar el contenido de la competencia (STC 140/1990, de 20 de septiembre).

Esta doctrina se mantiene hasta el presente. Dos sentencias posteriores sobre las competencias de Navarra sobre retribuciones de sus funcionarios, si bien desarrollan los límites de la interpretación alcanzada en la mencionada STC de 20 de septiembre de 1990 y niegan que Navarra pueda desligarse de los criterios establecidos en los presupuestos generales del Estado sobre retribuciones de

los funcionarios, reiteran la garantía institucional de los derechos históricos contenida en la disposición adicional 1.^a y su valor para depurar las competencias de la Comunidad Foral en virtud de su historia (STC 148/2006, de 11 de mayo, y STC 195/2006, de 22 de junio).

La última etapa comprendería desde la aprobación de los Estatutos de segunda generación hasta nuestros días. Junto a la natural influencia del paso del tiempo en la conformación de doctrina, resultaba especialmente relevante constatar como el Tribunal interpretaba los «nuevos» derechos históricos. Lo primero que se puede destacar es la buena salud que ha mostrado esta disposición. Los conflictos ante el Tribunal Constitucional que la han tenido como protagonista han sido numerosos y algunos particularmente relevantes. Junto a ello, cabe destacar la interpretación realizada de los derechos históricos en los Estatutos de segunda generación y la reafirmación de algunos de los rasgos más relevantes de la doctrina ya consolidada, con algunas aportaciones que merecen ser destacadas.

En primer lugar es digno destacar el elevado número de conflictos que han tenido como una de sus normas dirimientes a la disposición adicional. No solo como presupuesto de la posición constitucional de País Vasco y Navarra. Más allá, como canon para la constitucionalidad o inconstitucionalidad de normas de muy diferente ámbito. Las materias a las que se le asociado permiten una visión, aun superficial, de su amplitud. Normas tributarias; función pública; «blindaje» constitucional de las normas de los territorios históricos; legislación civil; seguridad pública; Administraciones públicas... Especialmente numerosas y relevantes han sido las relacionadas con materias tributarias y financieras (SSTC 207/2013, de 5 de diciembre; 110/2014, de 26 de junio; 171/2014, de 23 de octubre; 113/2017, de 16 de octubre, por todas). Una idea significativa es la reiteración de que aunque las normas forales fiscales operan sobre

un cierto contenido competencial... su contenido «no solo queda condicionado por la Constitución, sino también por las normas que el Estado dicte en la materia» (SSTC 100/2012, de 8 de mayo, FJ 7; 2013/2016, de 1 de diciembre, FJ 3 y, por todas, 139/2017, de 16 de octubre, FJ 3). Junto a ello se reitera el límite que implican los tratados y convenios internacionales suscritos por España (STC 207/2013, de 5 de diciembre, FJ 2).

Una reafirmación expresa y contundente de la doctrina elaborada hasta la fecha se encuentra en la STC 173/2014. En su FJ 3.º resume con claridad el alcance dado a la expresión derecho histórico a la luz de la DA 1.^a de la Constitución: existencia histórica; asunción en el Estatuto o en la Ley Orgánica de mejoramiento; compatibilidad con la Constitución. Esta misma Sentencia reitera la idea de garantía institucional del régimen foral, subrayando que la misma queda vinculada a la actualización de los derechos históricos. De ello, repite una vez más, se deduce que la determinación de un derecho histórico «puede exigir una indagación histórica». Es preciso reiterar en lo dudoso que es con un orden constitucional moderno, incluso con una mínima equivalencia entre territorios, abrir una puerta a la historia como generadora de derechos. Entre aquellos pronunciamientos que merecen subrayarse por contribuir a definir el perfil jurisprudencial de la disposición comentada debe citarse la descripción de la disposición adicional y de sus consecuencias económicas como un régimen evolutivo dentro de la Constitución y no al margen de ella (STC 171/2014, de 23 de octubre). Consideración que implica, de acuerdo con el Alto Tribunal, la necesidad de interpretarlo de acuerdo con las circunstancias (en el supuesto mencionado, la modificación del régimen jurídico del gasto público). Asimismo, merece destacarse la claridad con la que se expone la finalidad de la norma que se comenta. Esta no sería ordenar el régimen constitucional de la foralidad civil, sino «permitir la integración y actualización en el ordenamiento postconstitucional, con los lí-

mites que dicha disposición marca, de algunas de las peculiaridades jurídico públicas que en el pasado singularizaron a determinados territorios de la Nación» (STC 110/2016, de 9 de junio, FJ 4).

Con todo, la principal novedad de la etapa que se comenta viene asociada a la incorporación de los derechos históricos en los Estatutos de Autonomía de segunda generación. Si bien la doctrina contenida en los distintos pronunciamientos no puede estimarse estrictamente novedosa, es relevante por su expresividad y por la delimitación que conlleva de la norma en cuestión. Dos son los pronunciamientos esenciales a estos efectos. Por un lado, la STC 31/2010, de 28 de junio (derechos históricos en el Estatuto de Autonomía de Cataluña) y, por otro, las SSTC 82/2016, de 28 de abril y 110/2016, de 9 de junio, sobre competencias de la Comunidad Autónoma de Valencia en materia de Derecho civil (la primera de ellas con un relevante voto particular del Magistrado Xiol Rius). En primer lugar, hay que destacar la interpretación que la STC realiza del art. 5 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, que proclama los derechos históricos como fundamento del autogobierno de Cataluña. En su FJ 10, el Tribunal subraya que esos derechos no se corresponden con los atribuidos a los territorios forales en la DA 1.^a, ya que se refieren a derechos y tradiciones de Derecho privado. El único engarce con el Derecho público vendría dado por lo dispuesto en la DT 2.^a de la Constitución. Así, no pueden considerarse fundamento jurídico propio del autogobierno de Cataluña. En relación con las competencias de la Comunidad Valenciana en materia de Derecho civil, el Tribunal reitera, en los dos fallos antedichos, que la DA 1.^a no puede aplicarse en este supuesto tanto por la restricción de su ámbito geográfico a País Vasco y Navarra como por la no relación de la misma con instituciones de Derecho privado (STC 110/2016, de 9 de junio, FJ 4). En conclusión, puede afirmarse que el Tribunal ha mantenido la estricta limitación geográfica de los derechos a País Vasco y Navarra, sin extraer consecuencias jurí-

dicas de su incorporación a otros estatutos siguiendo así la senda que un día abrió en relación con Aragón.

Finalmente, es necesario referirse a una desviación del camino tradicional de la disposición adicional. Me refiero a su vinculación con las fuentes del Derecho y, en particular, a su capacidad para fundamentar una excepción al régimen tradicional de control de normas infralegales (STC 118/2016, de 23 de junio). Si bien ya se había admitido su condición de fundamento para modificar aspectos esenciales del procedimiento legislativo (STC 27/2000), con el citado pronunciamiento se va a dar un paso cualitativo de indudable transcendencia. Lo primero que hay que resaltar es la especial condición atribuida a las tres provincias que integran la Comunidad Autónoma en su condición de territorio histórico (FJ 2.^o). No es en sí mismo nada novedoso, pero debe ser advertido. Es recurrente el error de reducir la asimetría constitucional derivada de la DA 1.^a a un régimen económico determinado. Es mucho más, y el muy particular régimen de estas provincias es una de sus expresiones más relevantes. La norma recurrida excluía el control abstracto por la jurisdicción contenciosa de las normas forales fiscales. El Tribunal lo avala en virtud del hecho de que los derechos históricos de los territorios forales no son una cuestión de mera legalidad ordinaria, sino que entrañan una cuestión constitucional (FJ 3.^o). Decisión necesariamente controvertida y discutible y que, en lo que a este comentario merece, refleja una más que discutible, peligrosa *vis expansiva* del artículo comentado.

VII. A MODO DE CONCLUSIÓN

Desde su introducción en el texto constitucional la disposición adicional 1.^a y su complementaria disposición derogatoria suscitaron dudas e, incluso, temores. Se advirtió de las dificultades objetivas de interpretación y de la puerta que se abría a la historia como

fuerza indeterminada de Derecho contemporáneo. Durante los años de vigencia de la Constitución su interpretación no ha sido uniforme. En todo caso, la disposición ha demostrado su normatividad jurídica y su capacidad para modular el ordenamiento competencial de las dos Comunidades Autónomas a las que se ha vinculado la misma, Navarra y País Vasco. Así, lejos de ser solamente una proclama retórica, un símbolo del nuevo espíritu de concordia alumbrado por la Constitución, la disposición adicional comentada, y con ella los derechos históricos, han tenido un protagonismo no desdeñable en la evolución de nuestro Estado autonómico. Cuando la organización territorial del Estado se enfrenta a retos críticos, el contenido de la disposición y su demostrada fuerza expansiva vuelven a cobrar actualidad.

Hoy es preciso recordar que ya en el momento de sustitución de los primigenios textos estatutarios por otros de mayor alcance simbólico y competencial, algunas Comunidades volvieron los ojos a esta figura buscando en ella la legitimación de nuevas competencias y, en general, una cualidad diferente de su autogobierno. Si bien la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha rebajado la expectativa que pudiesen haber generado estas referencias, su introducción en esos Estatutos fue un salto cualitativo de importancia. Lo fue por entrar en los textos de Comunidades en principio ajenas a los mismos y por su vinculación a la legitimación del autogobierno. Es esta una referencia que no debe pasar inadvertida. De esa manera, y con el precedente de su utilización como fundamento del fallido Plan Ibarretxe, los derechos históricos superaron su ámbito estricto de remisión al régimen foral para transformarse en un presupuesto histórico legitimador de un autogobierno que en sus concepciones últimas no tiene más límite que la propia decisión del pueblo como sujeto de la historia. De esta forma, y paradójicamente, la inclusión de los fueros en la Constitución se entendía como soporte constitucional para legitimar reclamaciones de autogobier-

no que desbordan el marco del Estado constitucional (CORCUERA, 2005, 443).

La actualidad de este debate es evidente. Y con dos proyecciones convergentes y divergentes. Por un lado, su vigencia en el debate ya iniciado en el País Vasco con la ponencia creada en su Parlamento sobre «actualización del autogobierno». Por otro, su posible proyección sobre otros territorios, muy en particular Cataluña. Mención especial exige el debate en el País Vasco, tanto por el mero hecho de que ya se ha iniciado con un indubitable protagonismo del contenido de la disposición adicional como por ser uno de los territorios que, de acuerdo con la vigente doctrina del Tribunal Constitucional, puede alegarlo. La ponencia del Parlamento vasco ha comenzado sus trabajos sin un texto base. Pero ya en la propuesta de creación se observa que el objetivo es desarrollar la previsión constitucional de actualización de los derechos históricos («desde el impulso y desarrollo potencial que ofrece la disposición adicional primera de la Constitución»), con un nuevo enfoque que se traduce en el reconocimiento del Pueblo Vasco como una identidad nacional diferenciada y, desde esta afirmación, el desarrollo de una bilaterali-

dad efectiva. De esta manera, los derechos históricos serán, con la voluntad del Pueblo Vasco, el fundamento del «derecho a decidir» el nuevo estatus político. Si se interpreta todo ello de acuerdo con la voluntad reiterada de los representantes del Gobierno vasco y del PNV de afirmar el principio democrático de forma compatible con el de legalidad, es fácil concluir que son los derechos históricos, la disposición adicional primera de la Constitución, el engarce para la afirmación del derecho a decidir y de las consecuencias que se le adjuntan. No es posible dedicar a esta cuestión el tiempo que merece. Pero es preciso advertir sobre la necesidad de que hoy, más que nunca, el Tribunal Constitucional delimite con toda claridad el alcance de la disposición comentada. Desde luego, en la doctrina tradicional se encuentra un límite infranqueable: la necesidad de que la interpretación de un derecho histórico no vulnere la Constitución. Pero la *vis expansiva* que ha tenido este precepto y su propia ambigüedad lo convierten en un peligroso caballo de Troya para el orden constitucional racional. Por ello, se hace precisa contundencia en la afirmación de la racionalidad normativa frente a las nieblas historicistas.

BIBLIOGRAFÍA

AJA, E., *El Estado autonómico. Federalismo y hechos diferenciales*, Alianza, Madrid, 2003.

CASTELLS ARTECHE, J. M., «País Vasco», en LÓPEZ RAMÓN, F. (Ed.), *De la reforma estatutaria*, Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública, VIII, 2005.

CORCUERA ATIENZA, J., «Notas sobre el debate de los derechos históricos de los territorios forales», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 46-47, 1985.

- «Le mort saisit le vif. Los derechos históricos: novación y continuidad», en PECES BARBA, G. y RAMIRO AVILÉS, M. A. (Dir.), *La Constitución a examen. Un estudio académico 25 años después*, Universidad Carlos III-Marcial Pons, Madrid, 2005, págs. 431 y ss.

CORCUERA ATIENZA, J. y GARCÍA HERRERA, M. A., *Los derechos históricos de los territorios forales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

ENTRENA CUESTA, R., «Comentario a la disposición adicional 1.^a», en GARRIDO FALLA, F. (Dir.), *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 2005, págs. 2421 y ss.

GARCÍA PELAYO, M., *El proyecto constitucional y los derechos históricos*, Obras completas, Vol. III, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, págs. 3171.

HERRERO DE MIÑÓN, M., *Derechos históricos y Constitución*, Taurus, Madrid, 1998.

- «Los derechos forales como derechos históricos», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 52, 1998.
- «Autodeterminación y derechos históricos», en HERRERO DE MIÑÓN, M. y LLUCH, E. (Eds.), *Derechos históricos y constitucionalismo útil*, Crítica, 2001.

LAPORTA, F. J., «Los derechos históricos en la Constitución: algunos problemas teóricos», en el vol. *Los derechos históricos en la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, págs. 9 y ss.

ORELLA UNZUÉ, J. L., «Derechos históricos de los territorios forales», *Diario Deia*, Bilbao, 10 de agosto de 2005.

RAMÓN FERNÁNDEZ, T., *Los derechos históricos de los territorios forales*, Civitas, Madrid, 1984.

- «Los derechos históricos y la Ley de Régimen Local», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 12, 1985.

SAIZ ARNAIZ, A., «La titularidad de los derechos históricos y las reformas estatutarias», en el vol. *Los derechos históricos en la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, págs. 87 y ss.

SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J., «Derechos históricos, Constitución y soberanía», *Claves de Razón Práctica*, núm. 107, 2000.

- *Tiempo de reformas. El Estado autonómico en cuestión*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2006.

TAJADURA, J., «El pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre el Preámbulo del Estatuto de Autonomía de Cataluña: nación, realidad nacional y derechos históricos», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 27, 2011, págs. 423-448.

TOMÁS Y VALIENTE, F., «Los «derechos históricos» de Euskadi», *Sistema*, núm. 31, 1979.

TUDELA ARANDA, J., «La Disposición Adicional Primera de la Constitución y los nuevos Estatutos de Autonomía. La historia como legitimación de la autonomía», *Revista de Administración Pública*, núm. 173, 2007.

LOS RÉGIMENES DE CONCIERTO Y DE CONVENIO ECONÓMICO

Sumario: I. Introducción. Los titulares de los derechos históricos y la delimitación de los territorios forales. II. Características del sistema tributario de los territorios forales. III. La constitucionalidad del sistema de convenio y de concierto; aspectos materiales y formales.

FERNANDO DE LA HUCHA CELADOR

CATEDRÁTICO DE DERECHO FINANCIERO Y TRIBUTARIO

I. INTRODUCCIÓN. LOS TITULARES DE LOS DERECHOS HISTÓRICOS Y LA DELIMITACIÓN DE LOS TERRITORIOS FORALES

La disposición adicional primera de la Constitución Española ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales, señalando que la actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía. Dicha disposición adicional fue, como se deduce de los debates parlamentarios, fruto de un pacto o consenso entre el Grupo Parlamentario de UCD y el Grupo Parlamentario Vasco, y las enmiendas transaccionales, en las que no vamos a entrar por razones de espacio, ayudan a comprender el precepto, aunque de él solo estudiaremos **la vertiente financiera, traducida en la aprobación del Concerto Económico de 1981 (en el caso del País Vasco) a la par que integraba en el sistema constitucional el Convenio con Navarra de 1969 y el Concerto con Álava de 1976**, vigentes en el momento de aprobación de la CE, y de duración teóricamente indefinida, en el caso del primero, mientras que el segundo tenía una vigencia de 25 años, temporalidad que constituyó un hecho diferencial entre el País Vasco y Navarra hasta su desaparición con el vigente Con-

cierto de 2002 que, al igual que el navarro, pasa a tener vigencia indefinida.

En el caso del País Vasco —como Comunidad Autónoma—, la CE no podía reconocer ni amparar nada, puesto que su constitución como tal entidad territorial infraordenada al Estado se produjo con la aprobación de su Estatuto de Autonomía en 1979, norma cuyos arts. 40 y ss. hablan del sistema de Concerto o Convenio como mecanismo regulador de las relaciones financieras y tributarias entre el Estado y el País Vasco, partiendo de un error de principio, **puesto que los sujetos titulares de los derechos históricos no son la Comunidad Autónoma del País Vasco ni la Comunidad Foral de Navarra** (que accedió a la autonomía mediante la LO-RAFNA de 1982), sino las Provincias (o territorios históricos que integran la primera de ellas) y Navarra como entidad diferenciada (territorio foral, siguiendo la terminología constitucional) de la Comunidad Foral uniprovincial en la que se constituyó.

Por otro lado, y de forma temprana, aunque colateral, la STC 123/1984, de 18 de diciembre, dispuso que los derechos históricos no pueden considerarse como un título autónomo del que puedan deducirse competencias específicas, sino que la actualización del régimen foral ha de llevarse a cabo en el marco

de la CE y de los Estatutos de Autonomía. Estando de acuerdo parcialmente con la primera parte del razonamiento, los **derechos históricos** (*El concepto de derecho histórico empleado por la disposición adicional primera de la Constitución y la LORAFNA apela, entre otras cosas, a un cierto contenido competencial que vendría siendo ejercido de forma continuada por la Institución Foral y reconocido por el Estado*, conforme señala la STC 140/1990, de 20 de septiembre) se integran en la CE y no son supraconstitucionales ni generan derechos autonómicos, aunque sí integran el acervo del sustrato jurídico-histórico y se incorporan al ordenamiento de los territorios forales, la segunda conclusión es inexacta por una razón elemental: la actualización del régimen foral —al menos en el caso de Navarra— no tenía por qué llevarse a cabo necesariamente en el Estatuto de Autonomía, e incluso ni siquiera en el caso de los territorios históricos del País Vasco la deducción de la Sentencia es correcta.

Y ello debido a que **las Comunidades Autónomas son entidades territoriales contingentes, a diferencia de las Provincias**, en la medida en que la CE no obligaba en 1978 —otra cosa es la realidad territorial actual, donde no existe ninguna provincia no integrada en alguna Comunidad Autónoma, de carácter pluri o uniprovincial— a ninguna Provincia a integrarse en ninguna Comunidad Autónoma y, por ello, los derechos históricos no podían quedar preteridos u obviados por el hecho de que no se hubiera producido la aprobación del Estatuto de Autonomía correspondiente (de ahí la forma en que ha de interpretarse la expresión «en su caso» que utiliza la CE y reproduce, entre otras muchas, la STC 123/1984 citada). Por otro lado, hay que tener presente que mientras que Navarra y los tres territorios históricos que actualmente conforman la CAPV podían esgrimir, en materia de régimen financiero específico, unos derechos históricos consolidados desde el siglo XIX (salvo la derogación del régimen de Concierto para Vizcaya y Guipúzcoa como

consecuencia del Decreto-ley de 1937 dictado en plena Guerra Civil), nada podía esgrimir la CAPV de forma directa (e indirectamente era dudoso que el haber plebiscitado en 1936 un Estatuto de Autonomía le habilitase para considerarse como una sucesora en la titularidad de los derechos históricos ligados al sistema de financiación autonómica). En suma, **en el caso de los territorios históricos que integran la CAPV son aquellos y no esta quienes ostentan las competencias tributarias**, sin que sea dable operar una transferencia de dichas competencias desde los primeros al ente autonómico en que se integraron desde 1979 sin violentar, precisamente, la comentada disposición adicional primera de la CE.

Por ello, si se lee bien el EAPV, los Concierdos postconstitucionales (tanto el de 1981 como el vigente de 2002) tienen como misión regular **dos cuestiones fundamentales: el poder tributario de los territorios históricos (no de la CAPV) y la aportación económica (o cupo, en el caso vasco) que representa la compensación al Estado por los gastos que este realiza** en los territorios históricos del País Vasco sin obtener contraprestación alguna (u obteniéndola de forma insuficiente) mediante la exacción de tributos no concertados. Falta una tercera pata en el Concierto, aunque se deduce del EAPV, consistente en determinar **las relaciones internas entre los territorios históricos y la CAPV en la que se integran, algo que se lleva a cabo mediante una ley autonómica** (*la Ley 27/1983, de 26 de noviembre, de Relaciones entre las Instituciones Comunes de la Comunidad Autónoma y los Órganos Forales de sus Territorios Históricos, en adelante, LTH*), norma que no es sino desarrollo del art. 42.a) del EAPV, de forma tal que hay un doble Concierto (valga la expresión, aunque técnicamente sea imprecisa): uno entre el Estado y el País Vasco y otro entre el País Vasco y los territorios históricos que integran dicha Comunidad, articulándose este a través de la citada LTH.

En este punto **es básica la STC 76/1988, de 26 de abril, puesto que aclara el núcleo de la foralidad, enjuiciando determinados preceptos de la LTH, aunque con argumentos hacendísticos muy discutibles**, por ejemplo cuando afirma que los ingresos derivados de la gestión del Concierto Económico son recursos del País Vasco cuando ello es incorrecto, puesto que son recursos de los territorios históricos; cuestión distinta es que una parte de dichos recursos vayan a parar a la Hacienda autonómica vasca para cumplir un doble objetivo: por un lado, financiar las competencias autonómicas asumidas en virtud del EAPV, y por otro, allegar los ingresos necesarios para pagar el cupo. Pero ello no supone una transferencia de competencias tributarias desde los territorios históricos hacia la Comunidad Autónoma (por lo demás inconstitucional, en cuanto novación subjetiva no querida por la CE ni deducible de su disposición adicional primera, como hemos señalado), aunque sí implica la necesidad de que la Comunidad esté habilitada por el EAPV —como así sucede— para coordinar o armonizar el ejercicio de las competencias tributarias de los territorios históricos, sin que ello suponga preterición o suplantación de las mismas. La STC citada parte de una interpretación hiperformalista del art. 41 del EAPV cuando señala que el Concierto se establece entre el Estado y el País Vasco y no entre aquel y los territorios históricos. Materialmente, el Concierto no otorga ninguna competencia en el ámbito tributario a la CAPV, sino que los tributos concertados pertenecen a los territorios históricos y solo en materia de cupo hay una relación bilateral Estado-CAPV, pero es una bilateralidad nominal, puesto que materialmente el cupo de la CAPV no es sino la suma de los subcupos de cada uno de los tres territorios históricos [siendo en este punto relevante lo dispuesto en el art. 41.2.d) del EAPV], puesto que la CAPV es, desde el punto de vista tributario (otra cosa diferente es su poder de gasto anudado a las competencias autonómicas), la Comunidad española con menor nivel de autonomía financiera, al

menos desde la vertiente de los ingresos, puesto que su Hacienda propia depende no de sus propios recursos, sino de las transferencias de ingresos de los territorios históricos, que suponen la mayoría del presupuesto global de la CAPV. **De forma gráfica, estamos ante una Comunidad financieramente confederal en el sentido más radical de la expresión**, puesto que ni sigue exactamente el modelo del art. 157 de la CE ni tiene las potestades tributarias de la Comunidad Foral de Navarra, careciendo prácticamente de recursos financieros propios (salvo los derivados de la Deuda pública) y nutriéndose de las aportaciones de los territorios históricos que la integran.

En el caso de Navarra, la LORAFNA opera una simbiosis entre las competencias históricas y las competencias autonómicas, de tal manera que respecto de las primeras la Comunidad Foral es sucesora de los derechos históricos de Navarra, dado el carácter uniprovincial de aquella.

Y el art. 45 de su Estatuto de Autonomía singular [*La Comunidad Foral de Navarra se configura, pues, dentro de ese marco constitucional, como una Comunidad Autónoma con denominación y régimen específicos, que no excluyen su sometimiento, como las restantes Comunidades Autónomas, a los preceptos constitucionales que regulan el proceso autonómico*, tal y como señalara tempranamente el FJ 3.º de la STC 16/1984, de 6 de febrero], al referirse al Convenio lo atribuye, correctamente, a Navarra —no a la Comunidad Foral—, puesto que el derecho histórico del que dimana corresponde al territorio foral y no a la Comunidad Foral postconstitucional. Es decir, **el Convenio con Navarra no deriva de su constitución en Comunidad Autónoma o Foral, sino de los derechos históricos preexistentes y amparados por la CE**. En otros términos, si Navarra no se hubiera constituido en Comunidad Foral o si se hubiese incorporado a la CAPV, ello no hubiera supuesto pérdida alguna de su peculiar sistema de financiación re-

presentado por el Convenio, vigente, en su forma moderna desde 1877.

Si el particular régimen de financiación de Navarra y de los territorios históricos de la CAPV (e indirectamente de esta) derivan de la disposición adicional primera de la CE, de ello se desprenden dos conclusiones importantes: por un lado, **la inaplicación del sistema general de financiación** derivado de la *Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas* (en adelante, LOFCA) a los territorios forales, punto sobre el que volveremos, al haber recaído doctrina importante del TC en el caso navarro, y por otro, **la imposibilidad de extender constitucionalmente el sistema de Concierto o de Convenio a otras Comunidades Autónomas**, como se ha propugnado en alguna ocasión en el plano político, por ejemplo por Cataluña. A su vez, hay que hacer una matización importante consistente en que la inaplicación de la Ley Orgánica derivada del art. 157.3 de la CE a los territorios forales solo afecta al sistema de ingresos (y, en concreto, únicamente a los de naturaleza tributaria), no al de gasto público, donde es de plena aplicación la LOFCA. Por tanto, hay que frenar los excesos foralistas en el sentido de que la LOFCA no se aplica ni en el País Vasco ni en Navarra, puesto que Concierto y Convenio solo regulan la distribución de competencias tributarias, pero no regulan ni el gasto ni el crédito o la Deuda pública. Y por razones de espacio, no haremos alusiones a la peculiar forma de aplicación (peculiaridad más formal que material) de la *Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera*, a los territorios forales.

II. CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA TRIBUTARIO DE LOS TERRITORIOS FORALES

Pese a las diferencias de organización territorial de ambas Comunidades, su sistema de financiación presenta identidades sustanciales,

que pueden ser resumidas mediante la comparación con el sistema de las Comunidades de régimen común. En el caso de estas, la CE y la primitiva redacción de la LOFCA (incluso las modificaciones posteriores de la misma, con el reconocimiento de potestades normativas limitadas en materia de tributos cedidos) establecen un sistema de unión en los ingresos y de separación en los gastos públicos —por utilizar una terminología típica del federalismo fiscal—, mientras que **el Concierto y el Convenio determinan un sistema de separación tanto de ingresos como de gastos**, o una bifurcación del poder tributario estatal, de forma que siendo el sistema tributario sustancialmente idéntico al estatal, la normativa aplicable —sobre todo en la imposición directa— es propia y específica de los territorios forales, pudiendo establecer diferencias sustantivas con el vigente en el territorio común, en especial en el caso de los tributos concertados o convenidos de normativa autónoma.

Ello se plasma en **la existencia de tributos convenidos o concertados y no convenidos o no concertados**: los primeros son establecidos, gestionados y recaudados por los territorios forales (aunque tanto el Convenio como el Concierto establezcan reglas de armonización que pueden llevar a una identidad material en su regulación, es decir, a la inexistencia de diferencias entre la normativa estatal y la foral), mientras que los segundos son establecidos, gestionados y recaudados por el Estado. Esta distinción es básica desde el punto de vista de los territorios históricos; no obstante, en el caso de Navarra, su constitución en Comunidad Foral determinó que, *ab initio*, asumiese competencias autonómicas, de donde se deriva que, tras la reforma del Convenio en 2003, se le reconociese la posibilidad de establecer tributos distintos de los convenidos, respetando los principios y criterios de armonización contenidos en el propio Convenio, punto este que ha dado lugar a dos pronunciamientos del TC a los que nos referiremos sucintamente. **El reconocimiento de competencias tributarias autonómicas**

(por contraponerlas a las forales) se hizo en el Convenio, como hemos señalado, con lo cual el ejercicio de las mismas estará sujeto a los límites establecidos por aquel y no a los que derivan de la LOFCA.

No obstante, no es esa la posición que ha adoptado el TC, en dos sentencias, donde amén del fallo, son relevantes los votos particulares, para comprender en sus justos términos el alcance del problema y el parámetro del enjuiciamiento.

En primer lugar, hay que tener en cuenta el establecimiento por la Comunidad Foral de Navarra del Impuesto sobre Grandes Establecimientos Comerciales en 2001 (es decir, antes de la modificación del Convenio en 2003, si bien procesalmente este aspecto devino carente de interés en el proceso ante el TC) que motivó la impugnación por parte del Estado, conflicto que se resolvió en la STC 208/2012, de 14 de noviembre. La discusión de fondo radicaba en la aplicación o no de la LOFCA a los tributos propios distintos de los convenidos creados por la Comunidad Foral de Navarra y amparados por el nuevo art. 2.2 del Convenio. La posición del TC se decanta por la aplicación de la LOFCA en base a una interpretación curiosa en cuya virtud *los tributos propios que no hayan sido previamente acordados entre el Estado y la Comunidad Foral, no son entonces por definición tributos convenidos, ni forman parte del contenido esencial de la foralidad o ámbito propio de poder a que nos hemos referido anteriormente. Y puesto que hemos afirmado que no existe en el sistema constitucional descrito una tercera categoría, además de los «tributos convenidos» y los «tributos propios autonómicos», a estos tributos que el propio art. 2.2 de la Ley del convenio denomina «distintos de los convenidos» les son plenamente aplicables los límites contenidos en los arts. 6 y 9 LOFCA, además de los específicamente contenidos en el art. 7 de la Ley del Convenio tal y como establece el citado art. 2.2. La anterior interpretación se deriva además del*

propio sistema de Convenio, que como se ha expuesto descansa en la idea de poder tributario pactado y coordinado (FJ 5.º). Una mera lectura del art. 2.2 del Convenio demuestra que en el mismo no hay ninguna remisión a la LOFCA.

Si partimos de la idea de que el Convenio forma parte, para Navarra, del bloque de la constitucionalidad, la conclusión del TC no puede ser más desafortunada (como se desprende, reiteramos, de los votos particulares que acompañaron a la sentencia), en tanto en cuanto el art. 2.2 de aquel somete dichos tributos a los límites del art. 2.1 y a los límites del art. 7 del mismo, pero, en ningún caso, menciona (ni es aplicable) la LOFCA, ya que Navarra no puede haber invadido hechos o materias impondibles previamente gravados por el Estado ni por las entidades locales (ya que el ámbito espacial del hecho imponible es diferente) y, en consecuencia, es estéril que se resuelva el problema mediante la remisión a la STC 122/2012, de 5 de junio, por la que se determinó la constitucionalidad de un impuesto similar establecido por la Comunidad Autónoma de Cataluña. Aunque el resultado final, que es lo de menos, fuera la declaración de constitucionalidad del tributo distinto del convenido, no es de recibo que, para llegar a esta solución, se aplique la LOFCA. El problema no es denominar el impuesto enjuiciado como *tributo propio autonómico*, sino que, pese a ello, no es de aplicación la LOFCA, sino los límites del propio Convenio. Es decir, este ampara la actividad tributaria de la Comunidad Foral, sea en relación con los tributos convenidos, sea en relación con los tributos distintos de los convenidos (preferimos esta expresión) y ello es algo que se desprende, reiteramos, del art. 2 del Convenio.

En segundo lugar, y a similares resultados, aunque partiendo de un supuesto distinto, se llega en relación con el Impuesto sobre el Valor de la Producción de la Energía Eléctrica, establecido por la Comunidad Foral de Navarra, mediante la Ley Foral 24/2012, de 26 de

diciembre, que no constituye, en este punto, sino trasunto de la Ley (estatal) 15/2012, de 27 de diciembre. Obsérvese que, por un día, Navarra se adelanta al Estado, estableciendo un impuesto similar, hasta el punto que, salvo leves diferencias para los pequeños productores de energía, se establece que la normativa aplicable será la estatal y que la Comunidad Foral respetará los criterios de armonización que convenga con el Estado (este puede ser el núcleo central de la discusión).

La STC 110/2014, de 26 de junio, estima el recurso interpuesto por el Estado declarando la inconstitucionalidad y nulidad de la Ley Foral navarra, con abundantes argumentos extraídos de la precitada STC 208/2012, que, por tanto, no vamos a reiterar, aunque sí sorprende que, para un supuesto distinto, utilice argumentos similares. El argumento fundamental es que se vulnera el art. 6.2 de la LOFCA, cuando el hecho imponible no es el mismo porque el ámbito espacial es diferente, ya que el Estado no puede imponer sus tributos a la Comunidad Foral, salvo modificación del Convenio, pero la Comunidad Foral de Navarra limita su ámbito espacial a su propio territorio.

Pero, además, para llegar a esta conclusión, habría que calificar al impuesto navarro como un impuesto propio distinto de los convenidos, es decir, que el título competencial sería el dimanante del art. 2.2 del Convenio. Solo llegando a esta conclusión se puede invocar la LOFCA (aunque sea una invocación equivocada) y la doctrina sentada en la STC 208/2012. El TC atisba, aunque la conclusión sea inexacta, que el Convenio no contempla este tributo como convenido, pese a la similitud del hecho imponible y la sujeción a la normativa estatal; de ello deduce que no existe ninguna disposición del Convenio que avale el tributo enjuiciado, negando la posibilidad de que Navarra pueda disponer unilateralmente de un tributo estatal, abriendo la vía del art. 6 del Convenio, para destacar que el procedimiento de modificación de este debe seguirse para aplicar en

Navarra nuevos impuestos establecidos por el Estado.

La contradicción del TC radica en lo siguiente, como se pone de manifiesto en los votos particulares de la sentencia citada: por un lado, no se puede calificar el tributo como propio o distinto de los convenidos (si se quiere utilizar esta calificación para aplicar la LOFCA, cuando, como hemos dicho, ninguna mención hay a esta norma en el art. 2 del Convenio) y, al mismo tiempo, señalar que la incorporación del tributo al sistema navarro ha de seguir el procedimiento previsto en el art. 6 del Convenio, porque, en ese caso, no estaríamos ante un tributo distinto de los convenidos. La solución correcta es la segunda (que, habiéndose producido una reforma en el sistema tributario del Estado, la incorporación de los nuevos tributos a Navarra debe realizarse mediante el procedimiento previsto en el art. 6, no de forma unilateral por Navarra aprovechando las facultades que le brinda el art. 2.2), pero para llegar a la misma no hace falta invocar la LOFCA ni utilizar argumentos que no están el Convenio, siempre que se entienda que este y no aquella es, para Navarra, junto con la disposición adicional primera de la CE, el bloque de la constitucionalidad. Por razones de espacio y de forma muy sintética: el impuesto es inconstitucional no por vulnerar la LOFCA, sino por vulnerar el Convenio, sin que la Comunidad Foral de Navarra pueda utilizar las competencias tributarias dimanantes del art. 2.2 para trasplantar, sin modificar el Convenio, tributos estatales, puesto que, en este caso, prima el art. 6 y el mecanismo procedimental en él previsto.

De hecho, se siguió el procedimiento del art. 6 y mediante la Ley 14/2015, de 24 de junio, se produjo la modificación del Convenio y la incorporación de este y otros tributos energéticos como tributos convenidos.

Por último, y para cerrar la doctrina recaída en los últimos diez años, **aunque no se refiera a tributos propios distintos de los**

convenidos, nada hay que objetar, sin embargo, a la STC 207/2013, de 5 de diciembre, donde declara contraria a la CE y al Convenio la modificación operada en la Contribución Territorial Urbana por la Ley Foral 10/2013, de 13 de marzo. Dicha modificación limitaba la exención en dicho tributo a los bienes inmuebles propiedad de la Iglesia Católica y otras asociaciones confesionales no católicas legalmente reconocidas, siempre **que aquellos estuviesen dedicados al culto**. Aquí el problema no es la restricción de la exención (reflejada en el destino del bien), que no opera en el caso del resto del Estado, ni la diversidad de tratamiento entre la normativa estatal y la foral, en cuyo fondo no entra el TC, sino el hecho de que la norma navarra vulnerase un Tratado Internacional, competencia exclusiva del Estado, *como es el Acuerdo sobre asuntos económicos con la Santa Sede de 3 de enero de 1979* (la naturaleza jurídica de Tratado Internacional del citado Acuerdo se desprende, entre otras, de las SSTC 66/1982, de 12 de noviembre, y 47/1990, de 20 de marzo).

Pues bien, dado que el art. 2 del Convenio obliga a la Comunidad Foral a respetar los Tratados internacionales y que el Estado, conforme el art. 149 de la CE, tiene competencia exclusiva en materia de relaciones exteriores, la conclusión no puede ser más acertada al declarar la inconstitucionalidad de la norma navarra.

Siguiendo con el hilo discursivo sobre las características de los sistemas de Convenio y de Concierto, comoquiera que el Estado con el producto de los tributos recaudado en dichos territorios no puede financiar la totalidad de gastos de competencia estatal que sigue prestando en los mismos, se establece el mecanismo de la aportación económica o cupo, en cuya virtud la Comunidad Foral de Navarra y la CAPV, sobre la base de los índices de imputación previstos en el Convenio y en el Concierto, son aportantes o contribuyentes netos al Estado, es decir, sucede a la inversa de lo que acaece en el caso del resto

de Comunidades Autónomas, que son receptoras netas de fondos estatales. Dicho en otros términos, se produce **una inversión de flujos financieros**, puesto que las Comunidades de régimen común son entidades que, pese a los tributos total o parcialmente cedidos en términos de recaudación, siguen recibiendo transferencias estatales para la financiación de su gasto público, mientras que en los territorios forales sucede exactamente lo contrario, es decir, que el Estado es el beneficiario de las transferencias de dichas Comunidades a cambio de la cesión total no solo de la recaudación, sino también de la titularidad de los tributos concertados o convenidos.

Las críticas a los sistemas tributarios forales se han deslizado, en los últimos años, desde los ataques al mecanismo de Concierto o Convenio (su supresión exigiría una modificación de la CE), hacia la aplicación del mismo y, en concreto, a la metodología de cálculo del cupo o aportación económica y a los ajustes por imposición indirecta, tema que, por su especificidad, dejamos meramente apuntado. En este sentido, véase, en el caso de la CAPV, *la Ley 11/2017, de 28 de diciembre, por la que se aprueba la metodología de señalamiento del cupo del País Vasco para el quinquenio 2017-2021*. En el caso de Navarra, la Comisión Coordinadora firmó el 27 de diciembre de 2017 el acuerdo de actualización de la aportación económica.

III. LA CONSTITUCIONALIDAD DEL SISTEMA DE CONVENIO Y DE CONCIERTO; ASPECTOS MATERIALES Y FORMALES

Cuestión discutida hasta la saciedad es determinar si, en el caso de los territorios forales, estamos ante sistemas de financiación privilegiados, insolidarios, que procuran la atracción de inversiones o la localización de personas, vulnerando determinados principios constitucionales y, en concreto y entre otros, los contemplados en los arts. 139.2 y 157.2 de

la CE, a los que determinados sectores añaden el art. 149.1.1.º Dado que vivimos en un país donde solemnizar obviedades se ha convertido en algo básico, parece elemental —y nadie discute— que los sistemas de Concierto y de Convenio tienen anclaje constitucional en la disposición adicional primera de nuestra norma suprema y, por tanto, no cabe su discusión *in abstracto*, aunque sea perfectamente legítima la discusión sobre la aplicación concreta de dicho sistema de financiación.

Como hemos dicho, no se cuestiona la constitucionalidad de ambos mecanismos de financiación, sino la aplicación concreta del sistema, intentando que el poder tributario sea meramente nominal o formal y no material o sustantivo, es decir, que se admiten las especificidades forales siempre y cuando se mimetice el sistema tributario estatal (lo cual constituye una contradicción en sí misma, puesto que si hay una mimesis del sistema tributario del Estado, no cabría un poder tributario mínimamente diferenciado).

Se trata de una cuestión tan vieja (se viene planteando desde el siglo XIX) como estéril, y en este punto conviene hacer dos observaciones fundamentales: por un lado, que **los sistemas de financiación foral son de riesgo unilateral para Navarra y para los territorios históricos del País Vasco y para la propia CAPV** (es decir, que el ejercicio de su poder tributario autónomo no les permite disminuir el cupo ni solicitar ayuda alguna al Estado vía transferencias de este), cosa que no sucede en el caso de las Comunidades de régimen común, parasitarias del sistema estatal por una sorprendente e imprudente falta (o en ocasiones, exceso) de ejercicio de sus competencias tributarias, limitadas frente a los territorios forales, pero existentes.

Por otro lado, **confundir régimen de financiación especial (o diferenciado, sería más correcto) con privilegio supone una ignorancia supina, en términos históri-**

cos, económicos y jurídicos. Quizá puedan existir aplicaciones incorrectas por parte de los territorios forales del ejercicio de potestades tributarias anudadas al Concierto o al Convenio, pero ello no supone demonizar el sistema ni presuponer que las leyes reguladoras de ambos instrumentos sean *in se* inconstitucionales. En pura teoría, el Estado no efectúa gasto público alguno en los territorios forales o, mejor dicho, el gasto realizado es compensado vía cupo o aportación económica. Por otro lado, a través de estos dos mecanismos, se contribuye por los territorios forales a la solidaridad interterritorial y, por último, los prejuicios y complejos —muchas veces debidos a la ignorancia, como demuestra la STS de 9 de diciembre de 2004— han sido disipados por **el Tribunal de Justicia de Luxemburgo en la sentencia de 11 de septiembre de 2008**, dirigida a dilucidar si determinadas medidas fiscales adoptadas por el País Vasco suponían ayudas de Estado incompatibles con los arts. 107 y ss. del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Las Leyes del Concierto y del Convenio actualmente vigentes (Ley 12/2002, de 23 de mayo, para el País Vasco, y Ley 28/1990, de 26 de diciembre, para Navarra, con sus sucesivas modificaciones) **son leyes estatales ordinarias, si bien con características especiales en cuanto a su tramitación parlamentaria, que, a nuestro juicio, adolecen de un cierto déficit democrático.** Con ello queremos significar que se pretieren los derechos de enmienda de los Parlamentos autonómicos respectivos y de las Cortes Generales. En efecto, y de forma muy breve, el procedimiento es el siguiente: los respectivos poderes ejecutivos pactan un Anexo (que es donde se contiene el Concierto o el Convenio) y este se somete, en primer lugar, a ratificación por el Parlamento Vasco (aunque también intervienen las Juntas Generales de los Territorios Históricos) y/o por el Parlamento Foral de Navarra. Si se examinan los Reglamentos de ambas Cámaras, los parlamentarios no tie-

nen derecho de enmienda alguna, puesto que el proyecto de ley es de artículo único, es decir, que solo cabe aprobar o rechazar lo pactado por los respectivos poderes ejecutivos, sin que sea dable introducir ninguna enmienda sobre el Anexo. Superado el filtro autonómico, la tramitación en las Cortes Generales es similar, de forma que Diputados y Senadores han de limitarse a ratificar o no lo acordado por órganos carentes de legitimidad popular directa.

En Navarra todavía se suele utilizar la apollada expresión de la naturaleza **paccionada** del Convenio (véase el art. 170 del Texto Refundido del Reglamento del Parlamento Foral de 2007), cuando se trata de un concepto decimonónico y que, desde luego, carece de anclaje en nuestra CE, puesto que hasta donde alcanzan nuestros conocimientos sabemos que es una ley orgánica u ordinaria, pero **la hermenéutica no permite deducir el concepto de ley paccionada** (y recordemos que el Convenio se aprueba mediante Ley ordinaria del Estado, con especialidades en su tramitación). Faltaría un pronunciamiento del TC acerca de la adecuación a la CE del procedimiento legislativo especial derivado de los Reglamentos parlamentarios; el único pronunciamiento —sobre un aspecto colateral— viene constituido por la STC 179/1989, de 2 de noviembre, donde desestima el recurso interpuesto por el Gobierno estatal sobre la exigencia de mayoría absoluta del Parlamento Foral para aprobar, en primera instancia, el texto del acuerdo suscrito entre el Gobierno de la Nación y el Gobierno de Navarra.

Siendo sustancialmente iguales en cuanto al fondo el Concierto y el Convenio, es dable, sin embargo, observar la existencia de una diferencia importante en el plano material y otra fundamental en el plano formal, afectando esta última al texto constitucional y, en concreto, a la concatenación entre las consecuencias tributarias derivadas de la disposición adicional primera de la CE y las exigencias del principio

de reserva de ley en materia de prestaciones patrimoniales públicas contenidas en el art. 31.3 de la CE. En el plano material, la diferencia fundamental es que **el Convenio — tras la reforma de 2003— prevé la posibilidad de que la Comunidad Foral de Navarra establezca tributos distintos de los convenidos (cosa que no se prevé en el Concierto, por razones elementales, puesto que los territorios históricos no son Comunidades Autónomas, que es lo que permite atribuir esa potestad a la Comunidad Foral como Comunidad Autónoma, no a Navarra como territorio foral, del mismo modo que la CAPV puede establecer sus propios tributos, siempre que no invada la materia imponible que el Concierto reserva a los territorios históricos)**, mientras que la diferencia formal fundamental deriva de la atribución de poder tributario a los territorios forales y del hecho de que solo uno de ellos posea competencias legislativas al haberse constituido, en 1982, en Comunidad Autónoma. En efecto, **mientras que en Navarra los tributos convenidos (así como los propios distintos de los convenidos) se aprueban mediante ley foral** —con lo que se cumplen las exigencias del art. 31.3 de la CE y la doctrina del TC sobre este punto—, no sucede ni puede suceder lo mismo en el caso de los territorios históricos del País Vasco, debido al hecho de que la CE solo reconoce potestad legislativa al Estado y a las Comunidades Autónomas y, a efectos de la producción normativa, **los territorios históricos del País Vasco están parificados a Provincias o entidades locales y, por tanto, solo ostentan potestad reglamentaria pero no legislativa**.

Esta asimetría provocaba, como efecto colateral, consecuencias procesales importantes y que podemos sintetizar en una fundamental: mientras que el ejercicio de la potestad normativa de la Comunidad Foral de Navarra en materia tributaria solo podía y puede ser impugnado mediante recursos y/o cuestiones de inconstitucionalidad ante el TC, en el caso de

los territorios históricos (y más en concreto de sus Juntas Generales, que son quienes aprueban las normas forales reguladoras de los distintos tributos), pese a los esfuerzos semánticos de la LTH (distinguiendo entre potestad normativa y potestad reglamentaria), sus normas tributarias tienen carácter reglamentario, de forma que solo cabía su impugnación en vía contencioso-administrativa. Y empleamos el verbo en pasado porque la *Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero, de modificación de las Leyes Orgánicas del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial*, modificó la competencia procesal para el enjuiciamiento de las normas fiscales forales dictadas por los territorios históricos (que, no obstante, siguen teniendo carácter reglamentario). En efecto, por un lado, se desapodera de competencias para su enjuiciamiento a los Tribunales Contencioso-Administrativos (tanto en el caso de recursos directos como indirectos), pasando su impugnación a ser competencia del TC, en tanto que, por otro lado, se concede legitimación a las Diputaciones Forales y a las Juntas Generales de los tres territorios históricos que conforman la CAPV para plantear conflictos ante el TC en relación con las normas del Estado con rango de Ley que pudieran afectar a la autonomía foral. Al tratarse de normas infraordenadas a la CE, no varía el régimen sustantivo de las normas fiscales forales (que, a nuestro juicio, siguen siendo normas reglamentarias, lo cual es una obviedad innecesaria, pero que conviene resaltar, puesto que la Ley Orgánica 1/2010 no alteró el régimen sustantivo de dichas normas ni, lógicamente, su rango, al ser una cuestión que compete exclusivamente al constituyente), pero sí el régimen procesal o de impugnación de las mismas, que queda encomendado, en exclusiva, al TC. Aunque no nos guste el término, la citada Ley produjo el denominado «blindaje» de las normas forales tributarias de los territorios históricos, con connotaciones exclusivamente procesales y no materiales.

La citada Ley Orgánica fue impugnada ante el TC por los Parlamentos y Consejos de Gobierno de Castilla y León y La Rioja, invocan-

do la vulneración de distintos principios constitucionales (igualdad, interdicción de la arbitrariedad, solidaridad, unidad de mercado, derecho a la tutela judicial efectiva, potestades jurisdiccionales del TC y de los Tribunales Contencioso-Administrativos). La cuestión fue zanjada por la STC 118/2016, de 23 de junio, donde viene a señalar que las normas impugnadas no son inconstitucionales en los términos deducibles de la interpretación contenida en su FJ 3.º Pero, además de esta conclusión, hay que tener en cuenta que el TC sienta que se trata de *un tipo singular de normas reglamentarias*, que no son disposiciones de mera ejecución de la normativa estatal (algo ya sentado en las SSTC 255/2004, de 22 de diciembre, y 295/2006, de 11 de octubre), ni tampoco son disposiciones autónomas, ya que no nacen desvinculadas de cualquier ley, sino que, como función constitucional, tienen la de configurar, de forma armonizada, un sistema tributario foral que sustituye y replica, en cada uno de estos territorios (se refiere a los que conforman la CAPV), la estructura del sistema tributario del Estado, invocando para ello la STC 208/2012, de 14 de noviembre, invocación carente del más mínimo sentido, puesto que esta última no está regulando aspectos procesales, sino, como vimos, la aplicación o no de la LOFCA a Navarra, cuestión que no se plantearía jamás en el caso de los territorios históricos del País Vasco, al no constituir Comunidades Autónomas uniprovinciales susceptibles de federarse en una entidad como es la CAPV, que es la única Comunidad existente, resultado de la integración de los tres territorios históricos. No obstante discutirse una cuestión procesal, sí merece destacar que en dicha sentencia el TC señala que *las normas forales fiscales tienen como parámetro inmediato de validez la Constitución, el Estatuto de Autonomía del País Vasco y la Ley del concierto económico y, como parámetro indirecto, las normas estatales reguladoras de los diferentes tributos que configuran la estructura general impositiva del Estado*. ¿Por qué no se aplica el mismo parámetro, *mutatis mutandis*, a la Comunidad Foral de Navarra y se elimina

cualquier posibilidad de aplicar, como se ha hecho, la LOFCA?

En suma, tras la Ley Orgánica 1/2010, y la ratificación de su constitucionalidad por el TC, los territorios históricos que conforman la CAPV establecen y modifican los tributos concertados mediante normas reglamentarias, cuya impugnación, sin embargo, no se produce ante los órganos contencioso-administrativos, sino ante el TC. La citada ley orgánica tiene, exclusivamente, consecuencias procesales, no sustantivas, ya que los titulares del poder legislativo son, exclusivamente, quienes señala la CE, es decir, el Estado y las Comunidades Autónomas.

Aunque este haya sido el pronunciamiento más relevante del TC en relación con el régimen tributario de los territorios históricos, no podemos concluir esta colaboración sin hacer referencia a otras sentencias que afectan, no a cuestiones procesales, sino al ejercicio de su poder tributario. En concreto, la reciente STC 13/2018, de 8 de febrero, que, resolviendo una cuestión prejudicial sobre la validez de una norma foral del territorio histórico de Gipuzkoa, por la que se anulaba la exención de la que gozaban en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales las transmisiones de bienes adquiridos por una comunidad musulmana, siendo así que dichas transmisiones gozan de exención conforme la normativa estatal, de acuerdo con la normativa propia del impuesto y de conformidad con lo establecido en la *Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el acuerdo de cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España*. No se trata de discutir si el territorio histórico puede establecer una regulación diferenciada de la estatal, sino de determinar si esa regulación diferenciada puede afectar a un derecho fundamental, como es la libertad religiosa, contemplada en el art. 16 de la CE, y cuya igualdad en todo el territorio corresponde garantizar al Estado de conformidad con el art. 149.1.1.º de la CE. De forma muy sintética, el FJ 4.º de la sentencia señala que la

norma enjuiciada en cuanto suprime la exención aplicable en el impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados a los bienes y derechos destinados «a actividades religiosas o asistenciales», se opone a lo dispuesto en el ya citado art. 11.3. C) del anexo de la Ley 26/1992, que recoge dicha exención en los términos que ya anteriormente se han expuesto. Vulnera, por tanto, la competencia exclusiva del Estado prevista en el artículo 149.1.1 CE, en relación con el artículo 16.3 CE, y con el art. 7 LOLR.

En suma, el ejercicio del poder tributario de los territorios históricos sí puede establecer regulaciones diferenciadas en los impuestos concertados de normativa autónoma, pero sin que esta regulación diferenciada pueda incidir en la igualdad de derechos fundamentales, cuya garantía corresponde al Estado, y, en el caso concreto que nos ocupa, en la libertad religiosa.

Muy discutible es la doctrina sentada en la STC 203/2016, de 1 de diciembre, donde se declara inconstitucional (a través de una cuestión prejudicial) un precepto de la Norma Foral del IRPF del territorio histórico de Gipuzkoa, que afectaba a la estimación objetiva. De forma muy sintética, el TC estima la inconstitucionalidad de la norma foral en base a un argumento básicamente formal (la falta de adecuación a la terminología de la Ley General Tributaria estatal, que es un límite deducible del Concierto), por el hecho de que la modificación introducida por Gipuzkoa configura una estimación directa impropia o, dicho en otros términos, se produce una discrepancia en el fondo sobre el concepto de estimación objetiva y sus consecuencias en la normativa estatal y en la normativa foral, *al no responder las modificaciones introducidas en el método de estimación objetiva de la determinación de la base imponible del IRPF —por el precepto impugnado de la Norma Foral de referencia— a peculiaridad alguna contenida en el concierto económico.*

BIBLIOGRAFÍA

DE LA HUCHA CELADOR, F., *Introducción al régimen jurídico de las Haciendas Forales*, Civitas, 1995.

- *El régimen jurídico del Concierto Económico*, Fundación Ad Concordiam, 2006.
- *Models of Regional Regulation in Europe: Autonomous Regions of the Basque Country and Navarre*, Fundación Ad Concordiam, 2007.
- *Manual de Derecho Tributario de Navarra*, Gobierno de Navarra, 2005.
- *El régimen jurídico del Convenio Económico*, Fundación para el Estudio del Derecho Histórico y Autónomo de Vasconia, 2006.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Los derechos históricos de los territorios forales*, Civitas, 1985.

Disposición adicional segunda

La declaración de mayoría de edad contenida en el artículo 12 de esta Constitución no perjudica las situaciones amparadas por los derechos forales en el ámbito del Derecho privado.

EL RECONOCIMIENTO DE LA AUTONOMÍA PRIVADA DEL MENOR DE EDAD EN LOS DERECHOS FORALES

Sumario: I. Introducción. II. Ausencia de precedentes constitucionales y desarrollo legal. III. Sentido y alcance general de la Disposición Adicional Segunda. IV. Capacidad de obrar, minoría de edad y derechos fundamentales. V. Ampliación de la capacidad de obrar del menor por los derechos civiles forales. 1. Capacidad de obrar del menor: el Código Civil frente a los Derechos civiles forales. 2. La ampliada capacidad de obrar iusfundamental del menor en el Derecho civil foral navarro y aragonés.

BENITO ALÁEZ CORRAL

CATEDRÁTICO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
UNIVERSIDAD DE OVIEDO

I. INTRODUCCIÓN

La Disposición Adicional Segunda de la Constitución Española de 1978 (en adelante, CE) establece que «la declaración de la mayoría de edad contenida en el art. 12 de esta Constitución no perjudica las situaciones amparadas por los derechos forales en el ámbito del Derecho privado». Como se puede apreciar tras una primera lectura, se trata de una disposición que pone en relación dos ámbitos de regulación constitucional de carácter más general: el de la mayoría de edad, y el del régimen de los Derechos forales civiles, contemplados respectivamente en el art. 12 y en el art. 149.1.8.³ CE. Ahora bien, de la combinación de ambos sectores de la regulación constitucional con la mencionada Disposición Adicional Segunda se deduce indirectamente un principio más amplio presente en diversos lugares del texto constitucional, conforme al

cual el ordenamiento puede —y debe— tratar al menor de edad como persona capaz, especialmente si con ello trata de facilitarle el ejercicio de sus derechos fundamentales; y esta es una idea que forma parte de nuestra rica y plural tradición jurídica ya desde los Derechos civiles forales, a los que la CE de 1978 otorga, por esta vía, adicional reconocimiento. Con carácter general, por tanto, se puede decir que del tenor literal de la Disposición Adicional Segunda se desprende la **habilitación para que los Derechos civiles forales existentes en España capaciten a los menores en ciertas situaciones jurídico-privadas, como si fueran mayores de edad**, sin que quepa invocar en contra la regla constitucional del art. 12 CE de que la mayoría de edad se alcanza a los dieciocho años.

Aunque se trata de una **norma constitucional que no ha sido objeto, por sí misma,**

aun de una jurisprudencia constitucional directa, sí conecta otros dos preceptos constitucionales de los que la jurisprudencia constitucional se ha ocupado por separado. En efecto, solo la Sentencia del Tribunal Constitucional —en adelante, STC— 88/1993, de 12 de abril, FJ 1.b), ha hecho una referencia meramente incidental a la Disposición Adicional Segunda, circunscribiendo parcialmente su objeto —junto con el art. 149.1.8.^a CE— a la ordenación de régimen constitucional de la foralidad civil, en la medida en que, *sensu contrario*, declara que este no es el objeto de la Disposición Adicional 1.^a CE. Más allá de ello, nuestro Tribunal Constitucional no ha tenido ocasión hasta el momento de pronunciarse en el fondo de ningún asunto de manera directa sobre la Disposición Adicional Segunda. La **jurisprudencia constitucional** a tener en cuenta, pues, en relación con esta Disposición Adicional Segunda —a falta de resoluciones directamente referidas a ella— está compuesta por las decisiones **sobre el ámbito de vigencia y desarrollo del Derecho civil foral, y sobre el significado de la regla de la mayoría de edad y la protección de los menores de edad**, objeto de comentario en este volumen con relación al art. 149.1.8.^a, y a los arts. 12 y 39 CE, respectivamente. Doctrinalmente, sin embargo, sí es posible encontrar algunos trabajos que directa o indirectamente se ocupan de, al amparo de la mencionada jurisprudencia, reconstruir el significado constitucional del reconocimiento de autonomía al menor de edad por parte de los Derechos civiles forales, que posibilita la Disposición Adicional Segunda. A unos y otra se hará referencia en este comentario.

Seguidamente, se pondrá de relieve la ausencia de precedentes constitucionales de la Disposición Adicional Segunda mencionando cuáles son las normas de Derecho civil foral que le dan desarrollo (II), se comentará brevemente el sentido y alcance que se puede dar al contenido de la Disposición Adicional Segunda, al amparo de la jurisprudencia constitucional sobre los preceptos constitucionales que ella pone en contacto (III), se

aludirá a la trascendencia que tiene la regulación de la capacidad de obrar para el ejercicio de los derechos fundamentales durante la minoría de edad (IV) y, como colofón a lo mismo, se resumirán someramente cuáles son las principales peculiaridades de las capacitaciones de obrar de los menores de edad en el Derecho civil foral comparadas con el Derecho civil común, desde la perspectiva de su incidencia en la capacidad de ejercicio de los derechos fundamentales, con especial atención al Derecho civil foral navarro y aragonés (V).

II. AUSENCIA DE PRECEDENTES CONSTITUCIONALES Y DESARROLLO LEGAL

A la entrada en vigor de la CE de 1978, **no se conocía en nuestro constitucionalismo histórico una disposición de carácter semejante a la Disposición Adicional Segunda**, consecuencia, seguramente, de la falta de constitucionalización de la materia de la mayoría de edad, que hasta el texto de 1978 era cuestión relegada a las codificaciones civiles. Con todo, la estructura política de esa muchas veces «mal llamada» Constitución histórica o Constitución material, parcialmente representada en los Códigos Civiles, ya había hubiese puesto de relieve, desde las primeras horas de la codificación civil (art. 12.2 de la redacción original del Código Civil —en adelante, CC— de 1889), la coexistencia de un Derecho civil común y un Derecho civil diferenciado procedente de distintos territorios forales (HERRERO DE MIÑÓN, 1998, 55). Todo lo más, encontramos en el **art. 15.1.^a de la CE de 1931** una fórmula, en **clave autonomista y no foralista** (LASARTE ÁLVAREZ, 1999, 211-212), sobre la distribución de competencias en materia de legislación civil, que incluiría implícitamente la posibilidad de que todas las regiones autónomas constituidas (y no solo las que hubiesen tenido históricamente Derecho foral) regulasen aspectos del estatuto personal —dentro del cual cae sin lugar a dudas la regulación de la capacidad de obrar

de los menores de edad—, siempre que no afectasen a la coordinación de la aplicación y resolución de los conflictos entre las diversas legislaciones civiles de España.

La CE de 1978 cambia de criterio con esta Disposición Adicional Segunda. Por una parte, **constitucionaliza las especialidades civiles territoriales en materia de capacidad de la persona**, al vincular en esta disposición la regla de la mayoría de edad con las situaciones más beneficiosas en materia de capacidad, amparadas por los Derechos civiles forales. Pero, por otra parte, además admite estas especialidades sobre capacidad jurídico-privada de los menores de edad **únicamente en el ámbito de los Derechos civiles forales** —no en el ámbito del Derecho de toda Comunidad Autónoma que desee regularla—, lo que parece restringirlas a las Compilaciones de **Derecho foral navarro y aragonés** (LASARTE ÁLVAREZ, 1999, 613 y ss.), únicas con Derecho foral en la materia a la entrada en vigor de la CE de 1978. Dichos Derechos civiles forales, actualizados en el marco de los respectivos Estatutos de Autonomía con competencia en materia de Derecho civil foral codifican el estatuto personal del menor de edad, a día de hoy, respectivamente el Título III del Libro Primero de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra —en adelante CDCFN—; y en el Capítulo I, del Título I del Libro Primero del «Código del Derecho Foral de Aragón», aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón —en adelante C DFA—.

Esta conclusión es, no obstante, a nuestro entender apresurada, y debe ser matizada como consecuencia de la puesta en relación de la Disposición Adicional Segunda con el art. 149.1.8.^a CE, tal y como lo ha interpretado la jurisprudencia constitucional. En efecto, aunque no sea este el lugar indicado para profundizar sobre esta cuestión, de la que ya se ocupan otros comentarios incluidos en esta obra, baste recordar que la STC 88/1993, de 12 de marzo, FJ 1, y la STC 156/1993, de 6 de mayo,

FJ 1, declaran que el **art. 149.1.8.^a CE** introduce una garantía de la foralidad civil a través de la autonomía política de las Comunidades Autónomas en cuyo territorio aquella rigiera a la entrada en vigor de la Constitución, y que la noción constitucional de «**desarrollo**» de **dichos Derechos civiles forales** permite una ordenación legislativa de ámbitos hasta entonces no normados ellos, no quedando rígidamente vinculada al contenido actual de las Compilaciones, sino que cabe, por ello, que las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil foral regulen «**instituciones conexas**» con las ya reguladas en la Compilación, dentro de una actualización o innovación de los contenidos de esta según los principios informadores peculiares del Derecho foral. Lo anterior no obstante, el requisito que impone la jurisprudencia constitucional para dicho desarrollo innovador por conexión es la existencia, previa a la fecha de entrada en vigor de la Constitución, de un Derecho civil propio sobre la materia a la que se pretende conectar la nueva regulación, lo que excluye la regulación *ex novo* de situaciones nunca reguladas por Derecho civil especial del territorio (STC 28/2012, de 1 de marzo, FJ 3 y STC 81/2013, de 11 de abril, FJ.4), pero también la actualización de normas civiles forales de formación consuetudinaria cuya vigencia hubiera decaído antes de dicha fecha (STC 82/2016, de 28 de abril, FJ 4).

La consecuencia de todo ello es que el **Derecho civil foral catalán** (primero en el Libro I del Decreto Legislativo 1/1984, de 19 de julio, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Compilación del Derecho civil de Cataluña, actualmente derogado, y después en la vigente Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia —en adelante CCC—) también se ha ocupado de cuestiones relativas al estatuto de la persona y al Derecho de familia, desarrollando así su Derecho civil foral vigente en 1978 al amparo de la *lex specialis* que constituye la Disposición Adicional Segunda CE, aunque dicha regulación no existiese a la fecha de entrada en vigor de

esta última (VAQUER ALOY, 1994, 245 y ss.). **No así los Derechos civiles gallego, valenciano, balear o vasco** (comprensivo de los Fueros de Vizcaya, Álava y Guipúzcoa), pues no parece posible desarrollar a partir de los mismos el estatuto personal de la capacidad del individuo durante la minoría de edad como institución conexas derivada, según los principios informadores de dichos derechos forales, de otras materias ya reguladas. Y esta conexión es imprescindible, tal y como han recordado recientemente la STC 133/2017, de 16 de noviembre, FJ 6, en relación con las instituciones de la adopción y la autotutela en Galicia, o la STC 192/2016, de 16 de noviembre, FJ 6, en relación con las relaciones paternofiliales en Valencia.

III. SENTIDO Y ALCANCE GENERAL DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL SEGUNDA

La Disposición Adicional Segunda CE tiene la virtud de hacer compatibles con la regulación general de la mayoría de edad —y por tanto reconocerles vigencia— las reglas del Derecho civil foral de ciertos territorios atributivas de específica capacidad de obrar al menor de edad. Ello hace que la misma tenga un **doble efecto** interpretativo y habilitador.

De una parte, opera como **regla interpretativa del art. 12 CE**, en el sentido de impedir la comprensión de la mayoría de edad prevista por este último como una barrera incapacitadora de los menores de dieciocho años: con apoyo en la Disposición Adicional Segunda, el art. 12 CE se convierte en una **presunción constitucional *iuris tantum* de capacitación de quienes son mayores de edad**, destruible solo mediante sentencia judicial firme de incapacitación para situaciones singulares y bajo respeto de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 13 de diciembre de 2006. Inversamente, las personas menores de edad carecen de esa presunción constitucional *iuris tantum* de capacidad y

la determinación de su capacidad de obrar queda en manos en primer término del legislador internacional (art. 39.4 CE) —que en la actualidad está representado por la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989— y, en segundo término, del legislador penal, administrativo, laboral, o civil, sea este último el común o el foral especial. La minoría de edad deja de ser, pues, un estatus pétreo, durante el cual la persona se encuentra incapacitada para obrar con carácter general, pues ello le privaría del disfrute autónomo de una buena parte de las facultades constitutivas de sus derechos fundamentales, y con ello del disfrute de su dignidad como persona, y pasa a convertirse en un período de tiempo dinámico en el que cada persona experimenta diferentes grados de evolución psíquica en su madurez, dependiendo del contexto social en que tiene que expresar su autonomía de voluntad (ALÁEZ CORRAL, 2003, 60 y ss.). A esta **pluralidad de situaciones jurídicas durante la minoría de edad** —canalizadas desde el Derecho romano a la Edad Media (LASARTE ÁLVAREZ, 1999, 174-175)— **respondían**, ya antes de la entrada en vigor de la CE de 1978, **algunos Derechos civiles forales, es a la que mejor se adapta a la garantía de la dignidad de la persona** durante toda su existencia (mayor o menor de edad), y es a la que trata de dar reflejo la Disposición Adicional Segunda aquí comentada. En efecto, como ha señalado reiteradamente nuestro Tribunal Constitucional [son especialmente expresivas la STC 36/1991, de 14 de febrero FJ 6, la STC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5; la STC 154/2002, de 18 de julio, FJ 9.a), y la STC 71/2004, de 19 de abril, FJ 1], el menor de edad, en tanto persona, es titular de todos los derechos fundamentales reconocidos en la CE de 1978 y posee capacidad para ejercerlos en función de su concreta (menor) edad y sus condiciones de madurez conforme a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico. Esta afirmación de la titularidad de derechos fundamentales, reiterada en el art. 3 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor —en adelante LOPJM—, y

en las diversas leyes autonómicas sobre protección del menor, es correlativa de una necesaria interpretación restrictiva de sus limitaciones de la capacidad de obrar (art. 2 LOPJM), en la medida en que las mismas pueden limitar su capacidad para ejercer sus derechos fundamentales y ello ir en contra de su superior interés. Pero, más allá, dicha titularidad por parte del menor de los derechos fundamentales es también correlativa de su **mayor capacitación de obrar en más ámbitos jurídico-privados**, que ya había sido anticipada preconstitucionalmente por la legislación civil foral de Aragón y de Navarra al expreso amparo de la Disposición Adicional Segunda CE, y que también ha sido desarrollada post-constitucionalmente, aunque en menor medida, por el Derecho civil común (art. 162.1 CC) y por el Derecho civil foral catalán (arts. 211.3 y 211.5 CCC).

De otra parte, un segundo efecto de la Disposición Adicional Segunda CE hace referencia a que la misma explicita una **regla habilitadora para que las normas autonómicas de conservación, actualización y desarrollo del Derecho civil foral se ocupen de la capacitación de los menores de dieciocho años**. Con ello se confirma una **habilitación competencial a las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil foral** —en los términos de desarrollo del mismo sentados por la jurisprudencia constitucional— **para regular** lo que entiendo es un elemento esencial de los derechos fundamentales —**la capacidad de obrar de los menores, incluida su capacidad de ejercicio de los derechos fundamentales**— que, en principio, parecería sustraído a su competencia y que, de considerarse desarrollo de los derechos fundamentales de la Sección 1.^a del Capítulo II del Título I CE, estaría **reservado** conforme al art. 81 CE **a la ley orgánica** (STC 173/1998, de 23 de julio, FJ 6 y STC 131/2010, de 2 de diciembre, FJ 6), además de caer bajo la **competencia exclusiva del Estado para establecer las condiciones básicas para el igual ejercicio de los derechos y deberes fundamentales** (art. 149.1.1.^a CE). Por la vía

de la habilitación competencial de esta Disposición Adicional Segunda la materia de la regulación de capacidad de obrar (iusfundamental) del menor se convertiría en regulación del ejercicio y no en desarrollo de los derechos fundamentales. Ello quizá permita explicar por qué el mencionado art. 2 LOPJM, relativo a la capacidad de obrar del menor es considerado expresamente por la Disposición Final 23.^a de la citada Ley como una materia conexa y no como un precepto con carácter orgánico, a pesar de ocuparse de un aspecto esencial del contenido de los derechos fundamentales. Y, de igual modo, explica también que la Disposición Final 21.³ de la mencionada Ley, congruentemente con lo anterior, determine que las normas no orgánicas de la ley —entre las que están las relativas a la capacidad de obrar de los menores— se apliquen sin perjuicio de la normativa que dicten las Comunidades Autónomas con competencia en materia de Derecho civil foral.

IV. CAPACIDAD DE OBRAR, MINORÍA DE EDAD Y DERECHOS FUNDAMENTALES

Si nos centramos en la **regla interpretativa** que se desprende de la Disposición Adicional Segunda, vemos que la misma pretende permitir la capacitación por los Derechos civiles forales de los menores de dieciocho años. La razón última de ello no puede ser otra que la de rendir tributo a una peculiaridad histórica de la conformación históricamente plural de nuestro ordenamiento jurídico-privado, la existencia en ciertos Derechos civiles forales de **distintos estadios de capacidad de obrar por debajo de la mayoría de edad**, cuyos **efectos sobre la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales** —en la medida en que los mismos tengan trascendencia jurídico-privada— es altamente congruente y **beneficiosa para la realización de la dignidad de la persona** y el respeto a los derechos que le son inherentes en tanto fundamento de nuestro orden constitucional (art. 10.1 CE). Ahora bien, no ha sido fácil lle-

gar a esa vinculación entre capacidad de obrar general del menor y capacidad de ejercicio de los derechos fundamentales.

Con carácter general, es de todos sabido que la **distinción entre la titularidad y el ejercicio** de un derecho subjetivo se explica a partir de la **distinción entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar**. Mientras la primera atribuye al individuo la capacidad abstracta para ser titular de los mismos, la segunda le confiere la capacidad necesaria para ejercer por sí mismo las concretas facultades y potestades en que estos consisten, pues de lo contrario solo podría ejercerlas a través de un representante. Cabría, entonces, preguntarse si semejante distinción es **aplicable a los derechos fundamentales** y qué relevancia puede tener esto respecto del menor de edad. Con base en el carácter personalísimo de los derechos fundamentales, durante largo tiempo se pretendió la indisolubilidad entre su titularidad y su ejercicio, lo que haría la distinción entre las dos categorías superflua, pues ambas las adquiriría la persona simultáneamente, dependiendo de cada derecho fundamental, cuando sea capaz de ejercerlos por sí mismo, y no con el nacimiento. Sin embargo, del texto constitucional se desprende que, aunque el individuo sea titular de los derechos fundamentales desde su adquisición de personalidad con el nacimiento, solo podrá ejercerlos por sí mismo si posee **capacidad de obrar iusfundamental**, que el legislador puede subordinar a la adquisición de una determinada edad, capacidad natural o madurez (ALÁEZ CORRAL, 2003, 107-124). Tanto la **legislación sobre protección de menores** (art. 3 LOPJM), como la **jurisprudencia del Tribunal Constitucional** (STC 197/1991, de 17 de octubre, FJ 4), corroboran esta interpretación al **reconocer** desde los años noventa del pasado siglo no solo que **los menores de edad son titulares de los derechos fundamentales** desde su nacimiento, por el hecho de ser personas, sino sobre todo que **poseen en los términos previstos por el legislador, acorde con su edad y madurez, capacidad para ejercer dichos derechos por sí**

mismos —también llamado **autoejercicio** (ALÁEZ CORRAL, 2003, 126 y ss.)—, y que no siempre deben servirse de sus representantes legales para ejercerlos —para llevar a cabo el denominado **heteroejercicio** (ALÁEZ CORRAL, 2003, 141 y ss.)—, pues solo así se satisface el respeto su dignidad como personas y, al mismo tiempo, se da cumplimiento al mandato de protección del menor que pesa sobre padres y poderes públicos *ex* art. 39 CE (ALÁEZ CORRAL, 2003, 156 y ss.).

Si se distingue, pues, entre **capacidad de obrar iusfundamental y titularidad de los derechos fundamentales, de la misma forma** en que se distingue entre **capacidad de obrar y capacidad jurídica**, parece obvio que una y otra distinción se superponen —aunque sea parcialmente— sobre un mismo sector de la realidad, los derechos fundamentales, en la medida en que parte del ejercicio de estos se desenvuelve en las relaciones jurídico-privadas. Esta trascendencia de la regulación de la capacidad de obrar civil, como inclusiva de la capacidad de obrar iusfundamental, es puesta de relieve de manera palmaria por la STC 154/2002, de 18 de junio, FJ 10, en la resolución de un recurso de amparo en el que está en juego la relevancia del consentimiento de un menor de edad a la práctica de una intervención médica. El Tribunal Constitucional, con expresa mención precisamente de los Derechos civiles forales a los que habilita la Disposición Adicional Segunda, reconoce que «el Ordenamiento jurídico concede relevancia a determinados actos o situaciones jurídicas del menor de edad», lo que se puede apreciar «tanto en la Compilación del Derecho civil de Aragón (aplicable en cuanto tuvieran la vecindad civil en dicho territorio foral) como, en su caso, en el Código Civil». Así, continúa el Alto Tribunal, entre tales actos se encuentran los «relativos a los derechos de la personalidad (entre los que se halla precisamente el de integridad física), de los que queda excluida la facultad de representación legal que tienen los padres en cuanto titulares de la patria potestad, según explícitamente proclama el art. 162.1 del Código

Civil», señalando también «diversos actos conducentes a la creación de efectos jurídicos o a la formalización de determinados actos jurídicos, como son, entre otros, los relativos a la capacidad para contraer matrimonio, para testar, para testificar, para ser oído a fin de otorgar su guarda o custodia a uno de los progenitores».

Como se puede ver, **las reglas civiles de la capacidad de obrar de la persona**, a falta de otras disposiciones específicas de Derecho público o privado, e interpretadas en todo caso de conformidad con la titularidad de los derechos fundamentales por toda persona con independencia de su edad, son las que **determinan** en buena medida la concreción legislativa de la **capacidad de obrar iusfundamental de los menores de edad**. De ahí que tengan tanta relevancia, sobre todo cuando se apartan de la tradicional y muy extensa limitación de la capacidad del menor de edad dispuesta por el Derecho civil común y la amplían considerablemente. Y de ahí, también, la **especial trascendencia** que tiene para los derechos fundamentales la **Disposición Adicional Segunda**, más allá de su condición de complemento del art. 149.1.8.^a CE como norma de reparto competencial. Veamos, pues, su específica trascendencia capacitadora, a la luz de su desarrollo en los Derechos civiles forales, así como su contraposición respecto del común Código Civil.

V. AMPLIACIÓN DE CAPACIDAD DE OBRAR DEL MENOR POR LOS DERECHOS CIVILES FORALES

¿Cuáles son estas capacitaciones de obrar del menor de edad, recogidas por el Derecho civil foral al amparo de la Disposición Adicional Segunda CE? ¿Y en qué radica su diferencia con las capacitaciones contenidas en el Derecho civil común? Ya antes de la entrada en vigor del art. 12 CE —anticipada por el Real Decreto-Ley 33/1978, de 16 de noviembre, cuyo art. 2 bajaba la mayoría de edad, con ca-

rácter general mediante la modificación del art. 320 CC, a los dieciocho años—, el Derecho civil foral aragonés preveía la situación de ciertos menores de edad, los mayores de catorce años en la que, sin ser estos plenamente capaces, tampoco eran con carácter general incapaces, sino que se les consideraba con una capacidad imperfecta (SANCHO REBULLIDA y DE PABLO CONTRERAS, 1988, 331 y ss.), y el Derecho civil foral navarro reducía también la incapacidad general que afectaba al púber menor de edad (PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, 2002, 125-128). No sucedía lo mismo con el Derecho civil foral catalán preconstitucional, huérfano hasta la aprobación del Código de Familia por Ley 9/1998, de 15 de julio, de normas sobre la capacidad de obrar del individuo, que pudiesen conllevar un estatuto personal del menor de dieciocho años más o menos diferenciado del que se deduce del Código Civil.

1. Capacidad de obrar del menor: el Código Civil frente a los Derechos civiles forales

Conforme al **criterio general del Código Civil**, la patria potestad, a la que están sujetos los hijos mientras no estén emancipados, comprende, entre otros deberes y facultades, los de representarlos y administrar sus bienes, debiendo oírlos antes de adoptar decisiones que les afecten si aquellos tuvieren suficiente juicio (art. 154 CC). Y de igual modo, el art. 1263.1 CC consagra, con carácter general, la incapacidad negocial del menor de edad, en la medida en que prohíbe la prestación de consentimiento válido a los menores de edad no emancipados. De forma aparentemente congruente con ello, el Código Civil se ha interpretado largo tiempo en el sentido de consagrar la **general incapacidad de obrar de los menores de edad y los menores no emancipados**, y la correlativa necesidad de que estos fuesen representados por sus padres en tanto titulares de la patria potestad. Como es sabido, conforme al Derecho civil común la emancipación, que extingue la pa-

tria potestad, puede tener lugar por la mayor edad a los dieciocho años (art. 315 CC), por el matrimonio del menor (art. 316 CC), por la concesión de los que ejerzan la patria potestad (art. 317 CC), por la concesión judicial (art. 320 CC), así como por la vida independiente consentida por los padres desde que el menor tiene dieciséis años (art. 319 CC). Mientras que el (emancipado) mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por el Código Civil (art. 322 CC), es decir, posee una capacidad de obrar plena, los demás supuestos de emancipación habilitan al menor emancipado para regir su persona y bienes como si fuera mayor, pero hasta que llegue a la mayor edad tendrá ciertas limitaciones en su capacidad de obrar y no podrá tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, sin el de su curador, aunque podrá comparecer por sí solo en juicio (art. 323 CC), es decir, el Derecho civil común le confiere una capacidad de obrar casi plena, frente a muy elevada incapacidad de obrar que rige para el menor de edad no emancipado. No obstante, desde la entrada en vigor de la CE de 1978 una serie de datos normativos parecen **estar cambiando la tendencia** en la interpretación de la capacitación de obrar del menor de edad no emancipado, en el sentido de considerarle cada vez más capacitado para obrar por sí mismo y reducir sus limitaciones. Así por ejemplo, junto a la ya mencionada necesidad de interpretar restrictivamente sus limitaciones de la capacidad de obrar (art. 2 LOPJM), el Código Civil tiene en cuenta la vinculación con los derechos fundamentales de algunos actos y negocios jurídico-privados y la atribución de los derechos fundamentales a toda persona desde su nacimiento. Congruentemente con ello, exceptuando en su art. 162.1 CC la general representación de los hijos por sus padres cuando se trate de los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madu-

rez, pueda realizar por sí mismo. En este sentido, por ejemplo, los mayores de doce años deberán consentir su adopción (art. 177.1 CC), y los mayores de catorce años podrán otorgar testamento (art. 663.1 CC), pero también, con la asistencia de sus representantes legales, optar por la nacionalidad española [art. 20.2.b) CC] o solicitar su adquisición por residencia [art. 21.3.b) CC], y con la asistencia de sus padres, tutores o del juez ejercer la patria potestad sobre sus hijos (art. 157 CC). Finalmente, la reforma del art. 1263.1 CC —operada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Infancia—, a pesar de la general incapacidad contractual de los menores no emancipados, les confiere capacidad de obrar para aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes, y para los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales. Se produce, así, pues una **paulatina aproximación** del monolítico estatuto jurídico-privado de la persona menor de edad en el Derecho civil común **a las heterogéneas y diversas minorías de edad propias del Derecho civil foral**, especialmente del aragonés (BAYERRI LOSADA, 2000, 3348).

Frente a este régimen del **Derecho civil común**, en el que **la capacidad del menor** no emancipado se puede seguir calificando en términos generales como **bastante limitada**, como se verá seguidamente en detalle, los **Derechos civiles forales de Navarra y Aragón** confirieron históricamente una **capacidad de obrar mucho menos limitada y más amplia** al menor de edad (SANCHO REBULLIDA y DE PABLO CONTRERAS, 1988, 301-311), de la cual se hace eco la comentada Disposición Adicional Segunda CE. Se deja a un lado el Derecho civil foral catalán, porque este, más allá de capacitar al menor en el art. 211.5 CCC para los actos relativos a los derechos de la personalidad, a bienes o servicios propios de su edad, de acuerdo con los usos sociales y para los demás actos que la ley le permita, no contiene unas normas capacitadoras del menor de edad que difieran en lo sustancial de la

capacitación de obrar que confiere el Código civil en el Derecho común.

2. La ampliada capacidad de obrar iusfundamental del menor en el Derecho civil foral navarro y aragonés

En primer término, se puede decir que el **Derecho civil foral navarro** hace, en términos comparativos con el Derecho civil común, una **extensión de la capacidad de obrar del menor** digna de mención (PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, 2002, 127-128), aunque **más limitada que la presente en el Derecho civil aragonés**. Así, el **menor de edad púber** (el mayor de catorce años de uno y otro sexo según la vigente CDCFN) será considerado **capaz para determinados actos establecidos en la propia Compilación** (Ley 50), entre los que están aceptar toda clase de liberalidades por las que no contraigan obligaciones (Ley 50), reconocer hijos con aprobación judicial (Ley 69), consentir la adopción (Ley 73), así como otorgar testamento (Ley 184), algunas de las cuales, como aceptar liberalidades gratuitas o reconocer hijos, no está claro que las pueda llevar a cabo por sí solo un menor emancipado conforme al Derecho civil común.

Además, la Compilación de Derecho civil foral navarro reconoce al **menor de edad emancipado** (cosa que se produce a los 16 años por vida independiente con consentimiento parental) **capacidad para realizar por sí toda clase de actos y contratos, incluido comparecer en juicio**, excepto tomar dinero a préstamo, enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, o sus elementos esenciales, u objetos de valor extraordinario; para estos actos, al igual que para la comparencia en juicio que verse sobre los mismos o tenga por objeto bienes de las clases indicadas, el Derecho civil foral navarro, a diferencia del Derecho civil común, que requiere el consentimiento de los padres o del

curador (art. 323 CC), solo requiere la **asistencia** de uno cualquiera de sus padres o, en su caso, de los parientes mayores o del curador (Ley 66).

En segundo término, el **Derecho civil foral aragonés** confiere una **extensísima capacitación de obrar tanto al mayor de catorce años como al menor de esa edad con madurez suficiente**, la cual tiene efectos poderosos sobre la capacidad de obrar iusfundamental del menor en defensa de sus derechos fundamentales, tanto en el ámbito extrajudicial como en el judicial a través de su capacidad procesal (arts. 6, 7 y 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), tal y como ha corroborado la STS de 30 de enero de 2008 (Sala Primera) FJ 3, refiriéndose al ya derogado art. 5 de la Compilación de Derecho civil de Aragón y de forma congruente con la Disposición Adicional Segunda CE, aunque sin mencionarla. Conforme al art. 7 CDFA, el menor que tenga suficiente juicio podrá por sí solo ejercer los derechos de la personalidad, otorgar los actos y contratos propios de la vida corriente que, estando al alcance de su capacidad natural, sean conformes a los usos sociales, y llevar a cabo otros actos que, de acuerdo con las leyes, pueda realizar sin necesidad de representación o asistencia.

Junto a ello, el art. 4.1.b) CDFA **convierte civilmente en mayor de edad** —no en menor emancipado, como hace el Código Civil—, además de a la persona mayor de 18 años, **al menor que haya contraído matrimonio**, no pudiendo verse perjudicada esa adquisición de la mayoría de edad por el hecho de que después el matrimonio sea invalidado, siempre que haya mediado buena fe en el menor contrayente (art. 4.3 CDFA). Como mayor de edad, este menor de 18 años casado adquirirá la plena capacidad de obrar y, por tanto, será capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por la ley (art. 4.2 CDFA). Aunque esta mayoría de edad tiene alcance general, por el carácter de Derecho común del Derecho civil, caben específicas limitacio-

nes de la capacidad de obrar del menor cuando se trate de materias del Derecho público (para votar, acceder a cargo o función pública o consentir un trasplante de órganos se requieren 18 años) o del Derecho del trabajo (para trabajar a partir de los 16 años), así como cuando se esté fuera de la competencia del Derecho civil foral (PARRA LUCAS, 2007, 118-119). Este último es el caso de lo que es el caso de la capacidad matrimonial, que hasta la reforma del Código Civil común, operada por la Ley 15/2015, de 2 de julio, requería una edad mínima con dispensa judicial de 14 años, lo que coincidía con el beneficio de la mayor edad que confiere el Derecho civil foral aragonés a los mayores de 14 años. Sin embargo, la vigente redacción del art. 46 en relación con los arts. 316 a 320 CC, obligatoria para las CC. AA. con Derecho civil foral especial, dado que cae dentro de la competencia exclusiva del Estado sobre las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio (STC 93/2013, de 23 de abril, FJ 5), requiere ahora tener 16 años para contraer matrimonio, lo que pasa a estar en cierta disonancia con que el art. 199 CDFA permita a los mayores de 14 años otorgar capitulaciones matrimoniales.

Por su parte, el art. 32 CDFA permite al **menor de edad, por su voluntad plasmada en su vida independiente** —con o sin el beneplácito de sus padres o tutores cuando exista causa justa para prescindir de él—, **emanciparse a partir de los catorce años**, mientras que en el Derecho civil común la edad para la emancipación por vida independiente es la de dieciséis años, y no es posible prescindir del necesario consentimiento paterno salvo con autorización judicial (art. 319 CC). La emancipación permite al menor acceder a una capacidad de obrar cuasi plena, incluida la capacidad de comparecer en juicio por sí solo (art. 33 CDFA), con efectos muy parecidos a los que establece el art. 323 CC.

En otro orden de cosas, **cumplidos los catorce años el menor puede, aunque no esté emancipado, celebrar por sí toda**

clase de actos y contratos con «asistencia», en su caso, de uno cualquiera de sus padres que esté en ejercicio de la autoridad familiar o, en su defecto, del tutor (art. 23 CDFA). Esto abarca incluso facultades que en el Derecho civil común corresponderían a los padres o tutores, como por ejemplo la elección de la educación religiosa del menor [arts. 24.1 y 65.c) CDFA]. Además, también **desde que el menor cumpla los catorce años cesa con carácter general su representación por sus padres o tutores**, y las posibles **limitaciones de su capacidad de obrar se completan únicamente con la «asistencia»** por parte de aquellos (arts. 5.3 y 12.1 CDFA), **excluyéndose la representación de todo menor de cualquier edad** en el ámbito de los **derechos de la personalidad** [arts. 7.1.a) y 12.2 CDFA] Estas dos peculiaridades en materia de capacidad y representación destacan en relación con el ejercicio de los derechos fundamentales y hacen a la Disposición Adicional Segunda tan valiosa desde el punto de vista interpretativo por dos razones. En primer lugar, la general **capacitación del menor mayor de catorce años, con la «asistencia» de sus padres o tutores, supone un paso a favor de su autonomización, al permitirle ejercitar algunas facultades** jurídico-privadas de sus derechos fundamentales con un mecanismo, **la «asistencia», que no conlleva ningún complemento de su capacidad por la vía del consentimiento, ni pretende sustituir su capacidad de obrar**, sino únicamente proteger el interés superior del menor (art. 39 CE) sin merma del autoejercicio por parte de este de sus derechos fundamentales. Así lo corrobora el art. 27 CDFA, conforme al cual la prestación de asistencia requiere conocer el acto que el menor se propone realizar y significa considerarlo conforme a sus intereses, pudiendo ser esta expresa o tácita, y previa o simultánea al acto, pudiendo bastar en este último caso con la mera presencia sin oposición. Por ello, en virtud del art. 29 CDFA, en caso de actuación del menor contra el consejo y asesoramiento prestados, sus actos y contratos serán válidos y eficaces, y serán anulables

solo si hubiera faltado esa asistencia (BAYERRI LOSADA, 2002, 3356). En segundo lugar, la **exclusión de representación por parte de los padres o tutores en el ámbito de los derechos de la personalidad**, para ser congruente con esta finalidad de proteger el superior interés del menor, **no debe ser absoluta** respecto de cualesquiera las facultades jurídico-privadas que componen sus derechos fundamentales, derechos de la personalidad por excelencia (ALÁEZ CORRAL, 2003, 141-147). **Únicamente ha de entender excluida la posibilidad de representación respecto del ejercicio de aquellas facultades naturales garantizadas por los derechos fundamentales** que son expresión de la personalidad del menor —como moverse libremente, poseer una u otra ideología o conciencia, reunirse o manifestarse, etc.—, puesto que respecto de ellas resulta imposible la

realización del interés del menor en el ejercicio de dichos derechos, que es el fin constitucionalmente legítimo que puede perseguir la representación en este campo (ALÁEZ CORRAL, 2003, 109-115).

En resumen, aunque el Derecho civil común ha avanzado a favor de la cada vez mayor autonomía del menor de edad, en la línea de lo que marcaban los Derechos civiles forales aragonés y navarro, adecuándose con ello a la dogmática constitucional de la CE de 1978 sobre la minoría de edad y el disfrute de los derechos fundamentales de la persona, no cabe duda de que aquellos Derechos civiles forales fueron y siguen siendo un modelo inspirador cuya pervivencia y desarrollo son posibles, en relación con el estatuto capacitario del menor de edad, gracias a la Disposición Adicional Segunda aquí comentada.

BIBLIOGRAFÍA

ALÁEZ CORRAL, B., *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2003.

BAYERRI LOSADA, B., «El menor de edad mayor de catorce años en el Derecho civil de Aragón. Su capacidad de obra», en BERCOVITZ y MARTÍNEZ SIMANCAS (Dir.), *Derechos civiles de España*, vol. VI, Aranzadi, Elcano, 2000, pág. 3337-3362.

DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Estudio preliminar y comentario a los arts. 9.º a 14.º», en LACRUZ BERDEJO, J. L. (Dir.), *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, vol. I, Diputación General de Aragón, Zaragoza, 1988, págs. 405-491.

HERRERO DE MIÑÓN, M., «Los derechos forales como derechos históricos», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 52, 1998, págs. 53-80.

LASARTE ÁLVAREZ, C., «Comentario al art. 12.º, al art. 149.1.8.ª y a la Disposición Adicional 2.ª», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Edersa, Madrid 1999.

PARRA LUCAS, M. A., «§ 3 Capacidad y estado de las personas», en DELGADO ECHEVERRÍA, J. (Dir.), *Manual de Derecho Civil Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2007, págs. 114-195.

PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., «Ley 50», en RUBIO TORRANO, F. (Dir.), *Comentarios al Fuero Nuevo*, Aranzadi, Pamplona, 2002, págs. 125-128.

ROCA I TRÍAS, E., *Instituciones de Dret civil de Catalunya*, vol. II, 5.^a ed., 1999.

SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., «Comentario a los arts. 4.º, 5.º y 6.º», en LACRUZ BERDEJO, J. L. (Dir.), *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, vol. I, Diputación General de Aragón, Zaragoza, 1988, págs. 302-383.

VAKER ALOY, A., «Los conceptos de «conservación», «modificación» y «desarrollo» del art. 149.1.8.^a de la Constitución; su interpretación por el legislador catalán», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 2, 1994, págs. 239-250.

Disposición adicional tercera

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

Sumario: I. La especialidad canaria en el ordenamiento jurídico. II. El REF como institución prevista en el texto constitucional. III. La naturaleza de la audiencia previa al Parlamento canario. IV. La necesidad de la audiencia previa, tanto para la modificación como para la afectación del REF.

JUAN IGNACIO MORENO FERNÁNDEZ
LETRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. LA ESPECIALIDAD CANARIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Aunque Fernando V de Aragón concedió al archipiélago, por Real Cédula de 23 de febrero de 1510, la exención en el pago de alcabalas, monedas, pechos y derechos, así como de cualquier tributo que gravase las ventas o las compras dentro de las islas, no es sino por Real Decreto de 11 de julio de 1852 cuando se otorgaba a las Islas Canarias la declaración de Puertos Francos, confirmada después por la Ley de 6 de marzo de 1900, desarrollada por el Real Decreto de 20 de marzo de 1900, que aprobada el Reglamento de los Puertos Francos de las Islas Canarias.

Ahora bien, cuando se **configura el régimen singular canario** verdaderamente es en la reforma tributaria llevada a cabo por la Ley 30/1972, de 22 de julio, sobre Régimen Económico-Fiscal (REF), consagrándose la singularidad canaria por la disposición adicional tercera de la Constitución de 1978, que luego sería desarrollada por el art. 45 de la Ley Orgánica 10/1982, de 10 de agosto, por la que se

aprueba el Estatuto de Autonomía para Canarias (actual art. 46), en cuyo ap. 1.º dispone que «Canarias goza de un régimen económico-fiscal especial, basado en la libertad comercial de importación y exportación y en franquicias aduaneras y fiscales sobre el consumo», y en cuyo ap. 3.º establece que «[e]l Régimen económico-fiscal de Canarias solo podrá ser modificado de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional tercera de la Constitución, previo informe del Parlamento canario que, para ser favorable, deberá ser aprobado por las dos terceras partes de sus miembros» (en la redacción dada por la Ley Orgánica 4/1996, de 30 de diciembre).

Pues bien, el REF ha venido siendo —**históricamente**— un conjunto de **medidas de corte económico** para prestar especial atención al hecho insular canario, donde el instrumento fiscal —en palabras de la Ley 30/1972— se ha venido convirtiendo en uno de los medios más idóneos para un desarrollo de las directrices de la política social. En efecto, como ha dicho la STC 62/2003, de 27 de marzo, «un análisis histórico del régimen econó-

mico y fiscal permite afirmar que este se ha caracterizado por un conjunto de medidas heterogéneas, de naturaleza económica y fiscal, **de carácter evolutivo**» [FJ 4; y también SSTC 16/2003, de 30 de enero, FJ 5; 137/2003, de 3 de julio, FJ 8; 108/2004, de 30 de junio, FJ 9; 109/2004, de 30 de junio, FJ 5; 100/2012, de 8 de mayo, FJ 5; 164/2013, de 26 de septiembre, FJ 3.a); 164/2014, de 7 de octubre, FJ 2.c); y 18/2011, de 3 de marzo, FJ 16], cuya principal característica ha sido a lo largo de la historia la de mantener una significativa menor presión fiscal que la media del resto de España (un diferencial en la tributación, fundamentalmente, indirecta) mediante una estructura impositiva con tributos equivalentes o similares a los existentes en el resto del territorio nacional.

El REF implica, entonces, la adopción de una serie de medidas económicas y fiscales para impulsar el desarrollo económico y social del archipiélago. En este sentido, la medida económica más importante de la que ha gozado Canarias a lo largo de su historia ha sido la de la «libertad comercial» o «franquicia comercial», sobre todo entre las Islas Canarias y la Península (libertad comercial a la que se han unido otras medidas como, por ejemplo, la colaboración decidida del crédito oficial, el desarrollo industrial del archipiélago, las compensaciones al transporte, etc.). Junto a los anteriores instrumentos económicos hay que sumar una serie de medidas fiscales, las cuales, históricamente, se han concretado en dos: una franquicia aduanera (entendida como la exención en los aranceles aduaneros a la importación y a la exportación de mercancías) y la exclusión de la imposición sobre el consumo de concretos productos en el ámbito territorial canario.

En efecto, a juicio del Tribunal Constitucional, los **rasgos esenciales de esa peculiaridad canaria** son: en primer lugar, la concurrencia en el ámbito territorial canario de impuestos indirectos tanto de ámbito estatal como insular cuya materia imponible ha sido el consumo y, en particular, el comercio mi-

norista; en segundo lugar, la exclusión de determinados productos del ámbito de esa imposición indirecta, y, en tercer lugar, la atribución de la gestión y el rendimiento de determinados impuestos y arbitrios a los Cabildos (SSTC 62/2003, de 27 de marzo, FJ 4; 109/2004, de 30 de junio, FJ 5; 100/2012, de 8 de mayo, FJ 5; y 164/2013, de 26 de septiembre, FJ 3). Es decir, que pese a su carácter evolutivo, pueden identificarse en el régimen fiscal canario algunos rasgos que se han venido manifestando de forma constante: en primer lugar, un «diferencial de tributación con respecto al resto del territorio nacional» o, dicho de otro modo, «una presión fiscal indirecta menor»; y, en segundo lugar, la existencia de tributos de ámbito canario atribuidos en su recaudación a la Comunidad Autónoma o a los Cabildos (SSTC 16/2003, de 30 de enero, FJ 8; 62/2003, FF. JJ. 4 y 5; 137/2003, de 3 de julio, FJ 8; 108/2004, de 30 de junio, FJ 9; y 164/2013, de 26 de septiembre, FJ 3). Ahora bien, la característica fundamental de este régimen, en su vertiente tributaria, ha sido la de «**mantener una presión fiscal indirecta diferenciada y menor** que en el resto del Estado», mediante una estructura impositiva con tributos equivalentes o similares a los existentes en el resto del territorio nacional (SSTC 62/2003, de 27 de marzo, FJ 4; 109/2004, de 30 de junio, FJ 5; 44/2011, de 11 de abril, FJ 4; y 164/2013, de 26 de septiembre, FJ 3).

En suma, se trata de un régimen económico complejo «que tiene un núcleo central formado por la imposición indirecta y el establecimiento de determinados beneficios fiscales», que se encuentra «en permanente evolución» y que está compuesto «por medidas de distinta naturaleza, que han ido adaptándose a las necesidades de cada momento, con el claro objetivo de impulsar el desarrollo económico y social del archipiélago» [STC 62/2003, de 27 de marzo FJ 4; en el mismo sentido, SSTC 137/2003, de 3 de julio, FJ 8; 108/2004, de 30 de junio, FJ 9; 100/2012, de 8 de mayo, FJ 3; 164/2013, de 26 de septiembre, FJ 3.a); y 164/2014, de 7 de octubre, FJ 2.c)].

II. EL REF COMO INSTITUCIÓN PREVISTA EN EL TEXTO CONSTITUCIONAL

La disposición adicional tercera de la Constitución Española **garantiza un trámite procedimental** a los efectos de alterar el régimen económico y fiscal especial del Archipiélago canario: «la modificación del régimen económico y fiscal del archipiélago canario requerirá informe previo de la Comunidad Autónoma o, en su caso, del órgano provisional autonómico». Por su parte, el art. 46.1 del Estatuto de Autonomía subraya que «Canarias goza de un régimen económico-fiscal especial, propio de su acervo histórico y constitucionalmente reconocido, basado en la libertad comercial de importación y exportación y en franquicias aduaneras y fiscales sobre el consumo». Este régimen especial, según su art. 46.3, «solo podrá ser modificado de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional tercera de la Constitución Española, previo informe del Parlamento Canario que, para ser favorable, deberá ser aprobado por las dos terceras partes de sus miembros». Y acto seguido, el art. 46.4 dispone que el Parlamento canario «deberá ser oído en los proyectos de legislación financiera y tributaria que afecten al régimen económico-fiscal de Canarias».

El REF se caracteriza —según la STC 16/2003, de 30 de enero— fundamentalmente por **dos rasgos**. En primer lugar, por su «**sentido esencialmente finalista**», dado que «se integra por un conjunto de elementos —no exclusivamente fiscales— de carácter rigurosamente instrumental, en cuanto que son puros medios para conseguir un fin —art. 138.1 CE—, concretamente, la realización efectiva del principio de solidaridad atendiendo precisamente al hecho insular» [FJ 5.a); y también SSTC 44/2011, de 11 de abril, FJ 4; y 100/2012, de 8 de mayo, FJ 5]. Y en segundo lugar, por su «**carácter evolutivo**», como consecuencia inevitable de «su condicionamiento por las «circunstancias» del hecho insular —art. 138.1 CE—», pues el citado régimen «no vive aisladamente

sino que se integra en un sistema general en el que el Estado, por exigencias del principio de solidaridad, ha de velar «por el establecimiento de un equilibrio económico, adecuado y justo, entre las diversas partes del territorio español», equilibrio económico en el que, sin duda, habrá que ponderar, en cada momento, el hecho insular, pero también los datos relativos a las demás «partes del territorio nacional»» [STC 16/2003, de 30 de enero, FJ 5; y también SSTC 137/2003, de 3 de julio, FJ 8; 108/2004, de 30 de junio, FJ 9; 109/2004, de 30 de junio, FJ 5; 100/2012, de 8 de mayo, FJ 5; 164/2013, de 26 de septiembre, FJ 3.a); 164/2014, de 7 de octubre, FJ 2.c); y 18/2011, de 3 de marzo, FJ 16]. En consecuencia, «el REF podrá variar en función de las circunstancias específicas de Canarias y también como consecuencia de las circunstancias del resto territorio nacional» [STC 16/2003, de 30 de enero, FJ 5.b)], sin que exista ningún núcleo indisponible para el legislador estatal: «el núcleo esencial del art. 46 EACan que los recurrentes califican como indisponible para el legislador estatal tiene, en realidad, como antes hemos destacado, una naturaleza evolutiva, esto es, ajustada a las necesidades sociales y económicas en cada momento histórico, como lo pone de manifiesto, de un lado, la progresiva desaparición de las franquicias aduaneras desde la integración de España en la Unión Europea y, de otra parte, la inexistencia de una pretendida franquicia total sobre el consumo» (STC 16/2003, de 30 de enero, FJ 8; y también STC 100/2012, de 8 de mayo, FJ 6).

Así las cosas, la disposición adicional tercera de la Constitución se limita «exclusivamente a reconocer la existencia de un régimen especial en el archipiélago canario» (STC 72/2003, de 10 de abril, FJ 4). Sin embargo, ni esa disposición ni el art. 46 del Estatuto de Autonomía garantizan la existencia misma de ese régimen especial ni tampoco un contenido concreto. Lo único que garantizan, desde un punto de vista estrictamente constitucional, «**es el núcleo básico de materias** respecto de las que el Estado se ve en la necesidad de

solicitar el informe previo al Parlamento canario a los efectos de su modificación o afectación» (STC 16/2003, de 16 de enero, FJ 9; y también SSTC 137/2003, de 3 de julio, FJ 8; 108/2004, de 30 de junio, FJ 9; y 18/2011, de 3 de marzo, FJ 16), dado que «no resulta fácil extraer de la disposición adicional tercera de la Constitución la garantía de un contenido inalterable del régimen económico y fiscal» (STC 62/2003, de 27 de marzo, FJ 4). El REF existirá en tanto sea necesario compensar al archipiélago por las consecuencias negativas de la insularidad, fruto de la efectividad del principio de solidaridad interterritorial. Ahora bien, **ningún óbice constitucional existiría para la alteración de su contenido e incluso para su supresión**, si se llegase a alcanzar un grado suficiente en el desarrollo del archipiélago canario que hiciese innecesaria la compensación a Canarias, produciéndose un desplazamiento de la solidaridad a otras partes del territorio nacional más necesitadas de protección (AGUALLO y MORENO, 2008, 22).

Aunque es cierto que la citada disposición adicional tercera de la Constitución reconoce la existencia en Canarias de un régimen especial, ello en modo alguno puede entenderse como el reconocimiento de una «garantía institucional», sino, simplemente, como una **mera «garantía procedimental»** (defienden la existencia de una garantía institucional, por ejemplo, GÉNOVA GALVÁN, 1983, 261; MAZORRA MANRIQUE DE LARA, 1984, 2048 y 2049; GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, 1992, 38; MAURICIO SUBIRANA, 1994, 193, y CATALAYUD PRATS, 2008, 44; se muestran contrarios, sin embargo, ENTRENA CUESTA, 1980, 1759 y ss.; PAREJO ALONSO, 1986, 20; MARTÍN CÁCERES, 1988, 457 y 458, y AGUALLO y MORENO, 2008, 23). En efecto, según el Tribunal Constitucional, «es de advertir, ante todo, que, sobre la base de las reflexiones precedentes en torno a la disposición adicional tercera de la Constitución, no resulta fácil extraer de este precepto la garantía de un contenido inalterable del régimen económico y fiscal de Canarias. Por un lado, ya hemos visto que frente a otros supuestos en los que la Constitución (disposición adi-

cional primera) expresamente «ampara y respeta» derechos históricos y se refiere a la «actualización» de los mismos (SSTC 76/1988, de 26 de abril, y 159/1993, de 6 de mayo), aquella se limita a requerir un informe previo de la Comunidad Autónoma para la «modificación» del régimen económico y fiscal del archipiélago canario. Y, por otro, tampoco es posible deducir la existencia de un límite material rígido para el legislador estatal de la mera literalidad del ap. 1 del art. 46 EACan: el sentido instrumental del régimen económico y fiscal de Canarias, en cuanto medio para la realización efectiva del principio de solidaridad con «el establecimiento de un equilibrio económico, adecuado y justo, entre las diversas partes del territorio español», determina que su resultado final haya de estar en función no solo de las circunstancias del hecho insular, sino también de las del resto de España, lo que implica un carácter profundamente evolutivo» (STC 16/2003, de 30 de enero, FJ 7; y también SSTC 62/2003, de 27 de marzo, FJ 4; 109/2004, de 30 de junio, FJ 4; y 18/2011, de 3 de marzo, FJ 16).

Por tanto, no es posible extraer de aquella disposición constitucional un régimen privilegiado —el «fuero» canario— intentando elevar a la categoría de «garantía» lo que históricamente ha venido siendo un conjunto de medidas coyunturales destinadas a compensar los efectos negativos de la insularidad (AGUALLO y MORENO, 2008, 22). La especialidad económico-fiscal que caracteriza a Canarias «no ha venido, en rigor, sustentada, contra lo que a menudo se escucha, ni por una específica y directa garantía constitucional virtualmente «consagrada» respecto de aquella en la Disp. Adic. 3 CE («La modificación del REF del archipiélago canario requerirá informe previo de la CA o, en su caso, del órgano provisional autonómico»), ni, muchísimo menos, por una sobrevenida convención constitucional que la hubiera revestido de «naturaleza foral»» (LÓPEZ AGUILAR, 1998, 223). En efecto, la Constitución española solo recoge una garantía formal y procedimental del REF, no una garantía institucional del mismo.

Si, como ha dicho el Tribunal Constitucional —en la STC 76/1988—, para los territorios forales «el amparo y respeto por parte de la Constitución de los derechos históricos de los territorios forales no puede estimarse como una garantía de toda competencia que pueda legítimamente calificarse de histórica», habida cuenta de que «lo que la Constitución ha venido a amparar y respetar no es una suma o agregado de potestades, facultades o privilegios, ejercicios históricamente», sino, como resulta de la dicción de la Disposición Adicional 1.^a de la Constitución, «lo que viene a garantizar es la existencia de un régimen foral [...], pero no de todos y cada uno de los derechos que históricamente le hayan caracterizado» (FJ 4), es evidente que, aplicada esa doctrina a la dicción de la disposición adicional tercera también del texto constitucional, puede afirmarse que la Constitución simplemente ha previsto un régimen especial para Canarias como instrumento dirigido a compensarla por las consecuencias negativas del hecho insular, no pudiendo sostenerse «que ese régimen deriva única y directamente de una legitimación histórica, independientemente de las normas que lo actualicen» (STC 76/1988, de 26 de abril, FJ 6, *in fine*). Lo protegido por la Constitución es el principio de solidaridad. Lo garantizado por la misma es una compensación a aquellas partes del territorio nacional que se ven afectadas por el hecho insular. Y lo previsto para realizar tal compensación en el caso del archipiélago canario es un instrumento: el REF, integrado por un conjunto de medidas económicas, entre las que destacan las de tipo fiscal. En consecuencia, la disposición adicional tercera no acoge «garantía institucional» alguna, sino simplemente prevé un medio de alcanzar un fin: la existencia de un especial régimen económico que compense al archipiélago de los perjuicios del hecho insular, en orden a la realización del principio de solidaridad. Por ello, ni la Constitución garantiza la existencia misma del REF, ni mucho menos le dota de unos privilegios o beneficios de los que históricamente se haya podido disfrutar.

En suma, **el REF no es una institución garantizada, sino meramente prevista** por el texto constitucional (y, además, a los exclusivos efectos del cumplimiento de un trámite procedimental), hasta el punto que no solo puede variar «en función de las circunstancias específicas de Canarias y también como consecuencia de las circunstancias del resto del territorio nacional» [SSTC 16/2003, de 30 de enero, FJ 5.b); y 109/2004, de 30 de junio, FJ 3], sino que, incluso, puede llegar a desaparecer sin que para ello exista ningún óbice desde el punto de vista constitucional. La disposición adicional tercera de la Constitución no garantiza la existencia del REF, sino la de la audiencia previa al Parlamento canario en tanto exista este. Lo que garantiza una especial atención por el Estado al hecho insular es el art. 138.1 CE, tanto al canario como al balear, que se traducirá en la adopción en cada momento de las medidas oportunas para corregir los desequilibrios que la insularidad provoca.

III. LA NATURALEZA DE LA AUDIENCIA PREVIA AL PARLAMENTO CANARIO

Sobre la **naturaleza jurídica del informe** existe una doble tesis: los defensores de su carácter preceptivo y no vinculante, y los de su carácter preceptivo y semivinculante. Es decir, si existe consenso sobre la obligatoriedad de solicitar el informe al Parlamento canario, no lo hay tanto sobre la eficacia de dicho informe, pues para unos es un mero trámite formal sin capacidad vinculante —salvo la meramente política—, mientras que para otros, como manifestación de la voluntad de pueblo canario, condiciona la actuación del Ejecutivo.

Quienes defienden su carácter vinculante lo hacen aludiendo a que la voluntad del Parlamento autonómico tiene eficacia una «vinculatoriedad obstativa respecto a la modificación proyectada y sometida a informe, en cuanto que la misma, para poder ser aprobada por las Cortes Generales, precisa una previa conformidad del Parlamento autonómico,

adoptada por la mayoría cualificada prevista estatutariamente, sin la cual no podrá llevarse a efecto dicha modificación por el Estado. Se trata, por tanto, de un poder normativo autonómico limitado a manifestar el consentimiento o rechazo a la modificación propuesta, ostentando vinculatoriedad obstativa exclusivamente el rechazo o la conformidad que no cuente con la mayoría cualificada prevista estatutariamente» (por ejemplo, MARTÍN OROZCO, 1997, 361). Dicho de otra manera, defienden un derecho de veto por parte del Parlamento canario sobre el ejercicio de las competencias estatales en territorio canario.

No obstante la anterior opinión, el Tribunal Constitucional, aunque admite el **carácter preceptivo** de la audiencia, sin embargo le ha **negado radicalmente su pretendida eficacia vinculante**. En efecto, si ya la STC 35/1984, de 13 de marzo, apuntaba que «nos hallamos ante informe o audiencia no facultativo, sino preceptivo, pues así resulta de lo imperativo de las expresiones utilizadas», tanto por la Constitución como por el Estatuto de Autonomía (FJ 6), es la STC 16/2003, de 30 de enero, la que niega rotundamente el carácter vinculante del citado trámite, pues dicho carácter no resulta ni de la imagen de la institución que tuvo ante sí el constituyente, ni de la expresa dicción de los preceptos de la Constitución y del bloque de la constitucionalidad [FJ 9; y también la STC 109/2004, de 30 de junio, FJ 7.a)]. En este sentido, en modo alguno puede entenderse que el «informe cuando es desfavorable resulta vinculante, pues esta conclusión vendría a desconocer el principio de supremacía de la Constitución sobre el resto del ordenamiento jurídico, del que los Estatutos de Autonomía forman parte como norma institucional básica de la Comunidad Autónoma que el Estado reconoce y ampara como parte integrante de su ordenamiento jurídico (art. 147.1 CE)» [SSTC 16/2003, de 30 de enero, FJ 9; y 109/2004, de 30 de junio, FJ 7.b)].

No hay que descuidar que «la competencia sobre el régimen económico y fiscal de Canarias corresponde, en exclusiva, al Estado, en virtud

de los títulos competenciales contenidos en los arts. 133.1, 149.1.10, 13 y 14, preceptos que atribuyen al Estado las competencias sobre las materias a las que alude el art. 46.1 EACan (aduanas, comercio exterior y régimen fiscal), y es evidente que si atribuyéramos naturaleza vinculante al informe previsto en la disposición adicional tercera de la Constitución a los efectos de establecer un nuevo impuesto o modificar uno ya existente, se estaría no solo [...] anulando la potestad originaria del Estado para establecer tributos prevista en el citado art. 133.1 CE, sino también concediendo un derecho de veto a la Comunidad Autónoma recurrente o, mejor dicho, a la minoría de su Parlamento, pues bastaría con 21 diputados —de un total de 60— para bloquear cualquier iniciativa del Estado dirigida a modificar el régimen económico y fiscal de Canarias» [STC 16/2003, de 30 de enero, FJ 9; y también SSTC 109/2004, de 30 de junio, FJ 7.b); y 18/2011, de 3 de marzo, FJ 16].

En suma, el informe y audiencia previa no resultan vinculantes, pero sí son preceptivos, de manera que la ausencia de su solicitud determina la inconstitucionalidad de la norma que modifique o afecte al régimen económico y fiscal canario [SSTC 137/2013, de 3 de julio, FJ 9; 164/2013, de 26 de septiembre, FF. JJ. 4.b) y 6.a); 164/2014, de 7 de octubre, FJ 2.b); y 217/2016, de 15 de diciembre, FJ 4].

IV. LA NECESIDAD DE LA AUDIENCIA PREVIA, TANTO PARA LA MODIFICACIÓN COMO PARA LA AFECTACIÓN DEL REF

El ap. 3.º del art. 46 del Estatuto de Autonomía establece que el REF *solo podrá ser modificado de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional tercera de la Constitución, previo informe del Parlamento Canario que, para ser favorable, deberá ser aprobado por las dos terceras partes de sus miembros*. Por su parte, el ap. 4.º de ese mismo artículo dispone que *el Parlamento canario deberá ser oído en los proyectos de legislación financiera y tributaria que afecten al régimen económi-*

co-fiscal de Canarias. Tanto en uno como en otro supuesto, nos encontramos ante un trámite de audiencia previo que, cuando concurren las circunstancias requeridas, debe cumplimentarse necesariamente por el Estado, y cuya omisión provocaría la inconstitucionalidad de la correspondiente norma [SSTC 164/2014, de 7 de octubre, FJ 2.d); y 217/2016, de 15 de diciembre, FJ 4]. Se otorga así «un «plus de participación» a esta Comunidad Autónoma cuando se afecte o modifique su régimen económico y fiscal» [SSTC 16/2003, de 30 de enero, FF. JJ. 5 a 7; 62/2003, de 27 de marzo, FJ 4; y 164/2014, de 7 de octubre, FJ 3.a)].

Pues bien, sobre el alcance de dicho trámite conviene hacer una serie de precisiones. En primer lugar, pese a que la disposición adicional tercera de la Constitución exige para la modificación del REF el informe previo de la «Comunidad Autónoma», sin precisar el **órgano concreto** de la misma a **quien corresponde su emisión**, como se deduce de la propia literalidad de la norma estatutaria, es exclusivamente al Parlamento canario —y no a ningún otro órgano de la Comunidad Autónoma, como podría ser, por ejemplo, el Consejo de Gobierno— a quien se le ha atribuido por la norma estatutaria la competencia para evacuar dicho trámite.

En segundo lugar, en relación con el **órgano del Estado que debe recabar la opinión** de la Comunidad Autónoma sobre la modificación proyectada, aunque tanto la disposición adicional tercera de la Constitución como el art. 46 del Estatuto guardan silencio sobre el particular, parece claro que a cualquiera de los órganos del Estado a los que corresponde la iniciativa legislativa (art. 108 del Reglamento del Congreso) le asiste la posibilidad de cumplimentar el citado trámite, de manera que, aunque lo normal es que el órgano que presente el proyecto de ley (habitualmente, el Gobierno) sea quien se dirija al Parlamento canario, cabe también que, a falta de cumplimiento por aquel del trámite, lo hagan el Congreso o el Senado. En este sentido, aunque el Tribunal Constitucional ha señalado

que de conformidad con la naturaleza del informe a que se refiere el art. 46 EACan, «resulta claro que su emisión ha de producirse sobre el texto propio de la iniciativa legislativa, es decir, antes de la tramitación en las Cortes Generales, justamente para que en esta pueda tomarse en consideración el parecer del Parlamento canario» (STC 16/2003, de 30 de enero, FJ 9), lo cierto es que, dado que la finalidad del citado trámite es conocer la opinión de la Comunidad Autónoma acerca de la alteración del REF, nada impide que dicha opinión se pueda recabar en cualquier momento del procedimiento legislativo, siempre que se haga con carácter previo a la adopción de una decisión definitiva, de manera que se permita, en su caso, plasmar la opinión de la Comunidad Autónoma en el texto legislativo (STC 109/2004, de 30 de junio, FJ 7).

En tercer lugar, el **objeto de la audiencia** debe ser, como es evidente, «**el texto propio de la iniciativa legislativa**» (STC 16/2003, de 30 de enero, FJ 9). Ahora bien, no cabe duda de que, si durante la tramitación parlamentaria de la reforma legislativa que afecta al REF y sobre la que la Comunidad Autónoma ha emitido su opinión, se altera de forma sustancial el contenido del texto informado (bien por modificación, bien por supresión, bien, finalmente, por adición al texto proyectado), sería necesario reiterar el trámite con carácter previo a la adopción de una decisión final. En efecto, así lo ha entendido el Tribunal Constitucional, para quien «en el debate en las Cortes Generales podrán, obviamente, introducirse modificaciones en el contenido de la iniciativa legislativa que, en el supuesto de alterar el proyecto tan radicalmente que no pueda tenerse por informado —lo que no es el caso—, exigirían nuevo informe del Parlamento canario» (STC 16/2003, de 30 de enero, FJ 9).

En cuarto lugar, debe tenerse presente que la audiencia previa a la que hacen referencia los aps. 3.º y 4.º del art. 46 EACan, con independencia de la terminología utilizada para referirse a la misma (bien como «previo informe», bien como derecho a «ser oído»), solo puede

concretarse **mediante la emisión de un informe escrito** a través del cual el Parlamento canario debe pronunciarse, favorable o desfavorablemente, sobre los extremos a los que alcance la consulta. Dicho de otra manera, para el Estado carece de trascendencia alguna la diferenciación existente entre los citados aps. 3.º y 4.º, pues ambos no le obligan sino a recabar la opinión del Parlamento canario con carácter previo a la modificación de una norma que afecte al REF. Quizá por esto el Tribunal Constitucional no ha considerado oportuno pronunciarse sobre la diferencia entre el «informe» y la «audiencia» a los que alude el art. 46 EACan, limitándose exclusivamente a comprobar, cuando así fuese exigible, el cumplimiento del citado trámite (por una u otra vía). Así, por ejemplo, en la STC 137/2003 declaraba que «es claro que el Gobierno de la Nación debió reclamar del Parlamento canario el informe o audiencia previstos en la Constitución y el Estatuto de Autonomía de Canarias. [...] En fin, como dijimos en la STC 35/1984, de 13 de marzo (FJ 7), omitido por entero el trámite de informe o audiencia es ocioso adentrarse en la diversificación que contienen los aps. 3 y 4 del art. 46 EACan» (STC 137/2003, de 3 de julio, FJ 9). Y posteriormente, en la STC 108/2004, se afirmaba que las normas analizadas «ni han supuesto una modificación del régimen especial canario que exija cumplimentar el trámite de informe previsto en el ap. 3 de aquel precepto estatutario, ni —frente a lo que alega el Gobierno de Canarias— han implicado una afectación que obligase a conceder al Parlamento canario el trámite de previa audiencia establecido en el ap. 4 de ese mismo art. 46 EACan» (STC 108/2004, de 30 de junio, FJ 10).

En quinto lugar, debe reseñarse que la única **diferencia entre el «informe»** —a que se refiere el ap. 3.º— **y la «audiencia»** —a la que alude el ap. 4.º— se encuentra en la mayoría exigida al Parlamento para pronunciarse: cualificada, cuando se trata de informar favorablemente las propuestas de modificación del REF, y simple, para informar, favorable o desfavorablemente, las iniciativas que

puedan afectar al REF. Así lo ha señalado el Tribunal Constitucional al afirmar que «[l]a dualidad de figuras jurídicas previstas en el art. 46.3 y 4 EACan, con su diferente régimen jurídico, ha de proyectarse sobre el sistema de mayorías aplicable en el Parlamento canario, de suerte que, en lo que ahora importa, para que el informe del ap. 3 pueda resultar favorable será necesaria la aprobación de las dos terceras partes de sus miembros y, después, ya en el ámbito de las Cortes Generales, serán estas las que valoren, en su caso, la relevancia política a atribuir a la inexistencia de un informe favorable —el propio Gobierno canario destaca que el informe es «un acto político, derivado básicamente del órgano del que emana, y no puramente técnico»—» (STC 16/2003, de 30 de enero, FJ 9).

En fin, en último lugar y en conexión con lo anterior, conviene precisar que por «**modificación**» debe entenderse la alteración del REF mediante la aprobación de una norma que incida decisivamente en sus rasgos estructurales (entendiendo por estos aquellos a los que hace referencia el art. 46.1 EACan: la libertad comercial de importación y exportación, la no aplicación de monopolios fiscales o las franquicias aduaneras y fiscales), como sucedería, por ejemplo, si se suprimiese definitivamente la franquicia aduanera; por «**afectación**», sin embargo, debe entenderse la mera aprobación de normas que, sin alterarlo decisivamente, regulan las materias propias del REF, lo que ocurriría, por ejemplo, si se modificara alguno de tributos que conforman aquel régimen especial del archipiélago canario (AGUALLO y MORENO, 2008, 27). En efecto, cuando la disposición adicional tercera de la Constitución exige cumplimentar el trámite de audiencia para la «modificación del Régimen Económico y Fiscal del archipiélago canario» está haciendo referencia exclusivamente a los supuestos de alteración de los rasgos esenciales del mismo, de manera que la necesidad de cumplimentar el citado trámite de audiencia en los restantes supuestos de «afectación» del REF constituye únicamente una exigencia estatutaria, no obstante lo cual,

en la medida en que los Estatutos de Autonomía forman parte del bloque de la constitucionalidad, su incumplimiento determinaría la inconstitucionalidad de la norma aprobada con omisión del mismo (SSTC 35/1984, de 13 de marzo, FJ 6; 16/2003, de 30 de enero, FJ 9). Así sucedió en los supuestos examinados en las SSTC 35/1984, de 13 de marzo (que declaró inconstitucional el Real Decreto-Ley 1/1983, de 9 de febrero, por el que se deroga la exacción sobre el precio de las gasolineras de automoción, por omisión del trámite de audiencia), y 137/2003, de 3 de julio (en la que se declaró inconstitucional el art. 34 del Real Decreto-Ley 12/1995, de 28 de diciembre, sobre medidas urgentes en materia presupues-

taria, tributaria y financiera, exclusivamente en lo que a su aplicación a Canarias, también por haberse omitido el preceptivo trámite de audiencia a la Comunidad Autónoma de Canarias). Por tanto, pese a que el Estado ha venido confiriendo al Parlamento canario el trámite de audiencia previsto en el art. 46.3 EACan al momento de aprobar disposiciones legislativas que de un modo u otro incidían en el REF, sin embargo en todos los supuestos era exigible únicamente la audiencia prevista en el ap. 4.º del mismo precepto (es decir, el informe previo sin mayoría cualificada), al tratarse de modificaciones legislativas que no afectaban directamente a ninguno de los pilares estructurales del REF.

BIBLIOGRAFÍA

AGUALLO AVILÉS, A. y MORENO FERNÁNDEZ, J. I., «El Régimen Económico y Fiscal de Canarias como mera garantía procedimental en la Constitución Española», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 279, 2008.

ALEMANY SÁNCHEZ DE LEÓN, E., *La reforma del régimen económico-fiscal de Canarias*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1992.

BLASCO ARIAS, L. M., «El impuesto sobre determinados medios de transporte y el régimen económico y fiscal de Canarias», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 279, 2008.

BETANCORT REYES, F. J., *El Derecho especial canario*, Justel, Madrid, 2016.

CALATAYUD PRATS, I., «La jurisprudencia constitucional sobre el Régimen Económico y Fiscal de Canarias y su influencia en la Propuesta de Estatuto de Autonomía de Canarias», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 279, 2008.

CARBALLO COTANDA, A., *Canarias, islas francas (las especialidades económico-fiscales del archipiélago)*, Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación-Instituto Tinerfeño de Expansión Económica, Santa Cruz de Tenerife, 1970.

— *Canarias, región polémica (análisis crítico del régimen económico-fiscal del Archipiélago)*, Cuadernos para el Diálogo, Edicusa, Madrid, 1972.

CLAVIJO HERNÁNDEZ, F. y YANES HERRERO, A., «Análisis de la Disposición Adicional tercera de la Constitución», *Rumbos*, núms. 3 y 4, 1981.

— «Un comentario de urgencia a la STC de 30 de enero de 2003», *Hacienda Canaria*, núm. 4, 2003.

CUENCA GARCÍA, E., «El Mercado Común y el Régimen Económico Fiscal de Canarias», en *La aduana ante las Comunidades Europeas*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1984.

ENTRENA CUESTA, F., *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1980.

GÉNOVA GALVÁN, A., «El Régimen Económico-Fiscal Canario en la Constitución de 1978: análisis jurídico de la Disposición adicional tercera», *Revista Estudios de la Vida Local*, núm. 219.

GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, J. M., «Vigencia constitucional del Régimen Económico-Fiscal de Canarias», en *La reforma del Régimen Económico Fiscal de Canarias*, Marcial Pons, Madrid, 1992.

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F., «La STC 156/2004: la configuración constitucional de los tributos del Régimen Económico y Fiscal de Canarias. Comentario crítico», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 279, 2008.

LÓPEZ TEJERA, D., «Una cuestionable suprema interpretación del Régimen Económico y Fiscal de Canarias: comentario de la STC 16/2003, de 20 de enero», *Hacienda Canaria*, núm. 4, 2003.

— «Un nuevo capítulo de una historia de incomprensión del REF canario: Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 156/2004, de 23 de septiembre de 2004», *Hacienda Canaria*, núm. 11, 2005.

MARTÍN CÁCERES, A. F., «La protección constitucional del régimen económico-fiscal canario», *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 59, 1988.

MARTÍN QUERALT, J., «La participación de las Comunidades Autónomas en la adopción de medidas económicas que son competencia del Estado: la modificación del régimen económico fiscal de Canarias», en *Estudios de Derecho y Hacienda: homenaje a César Albiñana García-Quintana*, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 1987.

MARTÍNEZ GARCÍA-MONCÓ, A., «Disposición Adicional tercera. El régimen económico y fiscal de Canarias», en *Comentarios a la constitución española de 1978*, Tomo XII, EDERSA-Cortes Generales, Madrid, 1999.

MAURICIO SUBIRANA, S., *La franquicia sobre el consumo en Canarias (análisis histórico y régimen actual)*, Marcial Pons-Gobierno de Canarias, Madrid, 1994.

— *El régimen económico fiscal de Canarias*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2006.

MAZORRA MANRIQUE DE LARA, S., «El informe previo de la Comunidad Autónoma de Canarias para la modificación del Régimen Económico y Fiscal del Archipiélago Canario. Su tratamiento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 279, 2008.

MÉNDEZ CALDERÍN, J., «Régimen Económico y Fiscal de las Islas Canarias», en *Impuesto sobre sociedades: Regímenes especiales y especialidades territoriales*, Aranzadi, Navarra, 2013.

MORENO FERNÁNDEZ, J. I., «STC 156/2004, de 20 de septiembre», *Crónica Tributaria*, núm. 121, 2006.

NAVARRO MÉNDEZ, J. I., «Régimen económico y fiscal canario, Parlamento de Canarias y Tribunal Constitucional», *Asamblea (Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid)*, núm. 18, 2008.

OROZCO MUÑOZ, M., *El Régimen Fiscal Especial de Canarias (su conformación por el bloque de la constitucionalidad)*, Cabildo de Tenerife-Marcial Pons, Madrid, 1997.

PAREJO ALONSO, L., «Canarias y la CEE», *Noticias CEE*, núm. 22, 1986.

PASCUAL GONZÁLEZ, M. M., «Alcance de la protección constitucional del Régimen Económico y Fiscal de Canarias a la Zona Especial Canaria», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 279, 2008.

ROMERO PI, J., *Régimen económico fiscal de Canarias*, Aranzadi, Navarra, 2010.

RUBIO DE URQUÍA, J. I., «¿Es extensible al IGIC y al APIC la reciente doctrina del TC en materia de reclamaciones económico-administrativas contra tributos estatales?», *Canarias Fiscal*, núm. 11, 2000.

SÁNCHEZ BLÁZQUEZ, V. M., «STC 62/2003, de 27 de marzo: el Impuesto General Indirecto Canario no vulnera las franquicias fiscales sobre el consumo del art. 45.1 del Estatuto de Autonomía de Canarias en conexión con la Disposición Adicional tercera de la CE», *Crónica Tributaria*, núm. 111, 2004.

- «STC 134/2004, de 22 de julio: pérdida de objeto del recurso de inconstitucionalidad planteado sobre la vulneración del principio de reserva de ley, de seguridad jurídica y de las garantías procedimentales del Régimen Económico y Fiscal de Canarias en una regulación sobre la Zona Especial Canaria», *Crónica Tributaria*, núm. 121, 2006.
- «La revisión en vía económico-administrativa de los tributos derivados del Régimen Económico y Fiscal de Canarias: ¿Competencia estatal o autonómica?», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 279, 2008.

Disposición adicional cuarta

En las Comunidades Autónomas donde tengan su sede más de una Audiencia Territorial, los Estatutos de Autonomía respectivos podrán mantener las existentes, distribuyendo las competencias entre ellas, siempre de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial y dentro de la unidad e independencia de éste.

Véase el comentario al artículo 152.1, párrafos 2 y 3, *Los Tribunales Superiores de Justicia*, de Juan Antonio XIOL RÍOS.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Disposición transitoria primera

En los territorios dotados de un régimen provisional de autonomía, sus órganos colegiados superiores, mediante acuerdo adoptado por la mayoría absoluta de sus miembros, podrán sustituir la iniciativa que en el apartado 2 del artículo 143 atribuye a las Diputaciones Provinciales o a los órganos interinsulares correspondientes.

PEDRO ORTEGO GIL

CATEDRÁTICO

UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

La paulatina **extensión del régimen preautonómico a la práctica totalidad de las regiones** y provincias españolas permitió que, a través del establecimiento de órganos provisionales, se sentaran los fundamentos de la posterior iniciativa autonómica. La experiencia preconstitucional influyó en la redacción de numerosos preceptos de la Norma fundamental, pues, como afirmó RUBIO LORENTE (1997, 20), los autores de la Constitución se encontraban obligados por una serie de opciones previas a las que simplemente debieron dar forma, entre otras que el Estado no sería unitario. La regla básica se encuentra en el art. 143 CE, una vez que las peculiaridades de la II República quedaban a salvo y sin perjuicio de lo establecido en el art. 151. El art. 143.2 autorizaba a las Diputaciones interesadas o al órgano interinsular correspondiente junto con las dos terceras partes de los municipios, cuya población representara por lo menos la mayoría del censo electoral de cada provincia, a iniciar el proceso autonómico. Se establecieron dos limitaciones temporales para completar esta iniciativa: los requisitos debían cumplirse en el plazo de seis meses desde el primer acuerdo adoptado por alguna de las corporaciones locales; y, en el caso de no prosperar, solamente se podía rei-

terar pasados cinco años (ap. 3). Esta última restricción temporal se interpretó que solo era exigible en el supuesto de pretender constituir la misma Comunidad Autónoma, cuyo proceso inicial hubiera fracasado.

Por su parte, el art. 144 permitía a las Cortes, mediante ley orgánica y por motivos de interés nacional, autorizar la constitución de una comunidad autónoma uniprovincial y que no reuniera las condiciones del art. 143.1; autorizar o acordar un EA para territorios que no estuvieran integrados en la organización provincial; y, sustituir la iniciativa de las corporaciones locales. Este último apartado se aplicaría a la provincia de Segovia para integrarla en la CA de Castilla y León. Esta situación fue excepcional, porque la emergencia de una CA dependió, como regla general, de la iniciativa de «porciones provinciales» y no del legislador estatal (MUÑOZ MACHADO, 2007, I, 211 y 315).

Los órganos preautonómicos —preconstitucionales y democráticos— figuran en el texto constitucional tan solo con carácter transitorio en aras a facilitar el desarrollo del proceso autonómico, especialmente en la fase inicial de acceso a la

autonomía. Estos órganos, por su condición de provisionales, desaparecerían cuando entraran en vigor los respectivos EE. AA. (DT 7.^a CE). También a estos se les permitió iniciar el proceso hacia la autonomía de conformidad con las exigencias establecidas en la DT 1.^a CE. Los órganos colegiados superiores de aquellos territorios dotados de un régimen preautonómico (provisional de autonomía) por acuerdo de la mayoría absoluta de sus miembros, podían sustituir la iniciativa que el art. 143.2 atribuía a las Diputaciones provinciales o a los órganos interinsulares. Tras las elecciones generales y locales de 1979, estos órganos colegiados superiores, que estaban compuestos por representantes elegidos democráticamente, podían iniciar la vía hacia la autonomía.

Esta vía, que en principio era una excepción al art. 143 CE, se convirtió en procedimiento generalizado. Entre otras razones de coyuntura política, en los órganos colegiados preautonómicos se hallaban representados parlamentarios —diputados y senadores— y diputados —provinciales—. La generalización del régimen preautonómico aconsejaba, en la realidad de aquellos años, reunir en un solo órgano la voluntad de iniciativa autonómica. Las Diputaciones quedaron parcialmente desplazadas porque en los citados órganos colegiados estaban integrados diputados provinciales; se buscó soslayar los obstáculos que pudieran surgir de reunir la voluntad de varias Diputaciones, con el posible rechazo de alguna de ellas; y, sobre todo, porque en ellos se coordinaron las voluntades políticas de los partidos mayoritarios, que aceptaron las propuestas del Informe de la Comisión de expertos de 19 de mayo de 1981, plasmadas en los **Pactos Autonómicos de 1981**, consiguiendo cierta uniformización en el desarrollo estatutario de la mayor parte de las CC. AA. Esta suplantación de la voluntad de las Diputaciones por una sola no eximía del cumplimiento de los restantes requisitos del art. 143. En la mayor parte de los supuestos no se suscitaron graves inconvenientes: la iniciativa autonómica se ejerció conjuntamente por

acuerdo de los Consejos Generales, Diputación General o Juntas regionales y de los ayuntamientos, lo cual era más factible en las regiones uniprovinciales o cuando el número de provincias era reducido. En todo caso, primó el planteamiento fijado por los partidos estatales mayoritarios con el fin de evitar problemas sustanciales en el diseño del Estado autonómico y evitar una estructura orgánica de imposible manejo (RUIPÉREZ, 1987).

A pesar de esa línea de acuerdo político, las posturas particulares en algunas provincias plantearon serios inconvenientes en la configuración definitiva de la estructura territorial autonómica. El 31 de octubre de 1977 se constituyó la Asamblea de Parlamentarios de las provincias agrupadas en Castilla y León y el 18 de febrero de 1978 aprobaron el texto que guiaría el procedimiento preautonómico, aunque en León se levantaron voces en favor de su propia región autónoma. El *RDL 20/1978, de 13 de junio*, institucionalizaba la preautonomía castellano-leonesa y creaba su Consejo General. En su art. 2 se enumeraban las provincias que lo integraban, pero su incorporación al Consejo era potestativa para cada una de ellas, pues no se prejuzgaba la futura organización de las mismas «bajo alguna de las modalidades que la Constitución establezca». Su DT atribuyó a los parlamentarios de cada provincia la decisión de incorporarlas al Consejo General. Este acordó, el 16 de octubre de 1979, iniciar el proceso autonómico «según prevé la Constitución en su Título VIII y disposición transitoria primera», pero los parlamentarios leoneses no se habían integrado. Por diversas circunstancias, Santander y Logroño continuaron su camino estatutario uniprovincial, y Segovia se manifestó en contra de su incorporación y optó por igual solución. En julio de 1981 el Proyecto de Estatuto era aprobado por el Consejo General y enviado a las Cortes.

La Diputación de León optó, en principio, por unirse a la iniciativa del Consejo General el 16 de abril de 1980, pero el 13 de enero de 1983 revocó dicho acuerdo, al igual que hicieron

diversos ayuntamientos de la provincia, con el fin de ejercer la iniciativa autonómica uniprovincial. El Proyecto de Ley orgánica que había sido publicado en septiembre de 1981 y, también en diciembre de 1982, a consecuencia de las elecciones generales de octubre, continuó su tramitación parlamentaria. La *LO 4/1983, de 25 de febrero, del Estatuto de Castilla y León*, incluía dentro de su territorio a esta última provincia. Contra dicha Ley se promovió recurso de inconstitucionalidad por medio centenar de senadores, alegando la vulneración de los arts. 2, 136, 146 y 147 CE y por considerar que se había desconocido la voluntad de dicha provincia, que tenía entidad regional histórica para convertirse en comunidad uniprovincial al amparo del art. 143 (STC 89/1984, de 28 de septiembre, antecedentes). Lo cual motivó que dicho EA fuera el único que, tras entrar en vigor, estuvo pendiente de la decisión del TC. El Abogado del Estado alegó que, en virtud de la DT 1.^a CE, en los territorios dotados de un régimen provisional de autonomía, sus órganos colegiados superiores podían sustituir la iniciativa de las Diputaciones (art. 143.2) y las Cortes podían constituir una CA con sujeción al art. 144 CE, manteniendo que la decisión de una Diputación «no es imprescindible en el proceso de constitución de una Comunidad Autónoma». Por lo que, si no era necesario el acuerdo de integración, carecía de eficacia el revocatorio.

El TC afirmó que «ese acuerdo del pleno del Consejo no pudo producir el efecto que prevé la disposición transitoria primera de la Constitución Española», porque si bien el art. 2 del *RDL 20/1978* mencionaba a la provincia de León, su DT determinaba que los parlamentarios de cada una de las provincias decidirían su incorporación a aquel Consejo General, sin que constara que los leoneses lo hubieran adoptado. Lo que lleva al TC a manifestar que «no podía operarse, en consecuencia, la sustitución a que alude la disposición transitoria primera de la Constitución, que obviamente solo opera para las Diputaciones de aquellas provincias que pertenezcan al ente preauto-

nómico cuyo órgano colegiado adopte el acuerdo a que alude la citada disposición transitoria» (STC 89/1984, de 28 de septiembre, FJ 3).

También Segovia pretendió alcanzar su autonomía uniprovincial, manifestándose en tal sentido su Diputación provincial en julio de 1981 y la mayor parte de los ayuntamientos, aunque el de Cuéllar adoptó sendos acuerdos a favor y en contra de esta vía. Decisión que conllevaba separarse del procedimiento iniciado por el Consejo General de Castilla y León al amparo de la DT 1.^a CE. Por la *LO 4/1983, de 25 de febrero*, quedó aprobado el EA de Castilla y León; y en virtud de la *LO 5/1983, de 1 de marzo*, Segovia quedó incorporada a dicha CA de acuerdo con lo establecido en el art. 144 CE. Contra esta última Ley se presentó el RI 380/1983. Los mismos recurrentes que en el caso leonés argumentaban que, al no cumplirse respecto de esta provincia los requisitos del 143.2 CE, se derivaba «por una parte, la disolución del ente preautonómico castellano-leonés, a tenor de la disposición transitoria séptima b) de la CE; por otra, el fracaso de aquella iniciativa autonómica, a tenor del art. 143.3 CE, obliga a esperar que transcurran cinco años». Los recurrentes entendían que la autonomía estaba concebida como un derecho basado en el principio de voluntariedad o dispositivo, por lo que no se podía obligar a ningún territorio a acceder a la condición de CA y, por ello, nunca podía ser mera concesión del Estado. El Abogado del Estado tachó la iniciativa segoviana de inválida a tenor del plazo del art. 143.3 CE.

El TC no se pronunció sobre los acuerdos revocatorios de los ayuntamientos leoneses por ser posteriores a la entrada en vigor del EA, pero sí examinó el acuerdo revocatorio de la Diputación, en la medida en que se dilucidaba si el legislador debía de haberse abstenido de incluirla, durante su tramitación en las Cortes, en el proyecto que se convirtió en la *LO 4/1983* (STC 89/1984, de 28 de septiembre, FJ 1). El problema no era, a juicio del TC,

la validez de esta decisión de la Diputación, sino «si dicho acuerdo, en el momento en que se adoptó, pudo o no privar al revocado de la eficacia impulsora de la integración de León en la Comunidad Autónoma castellano-leonesa» (STC 89/1984, de 28 de septiembre, FJ 2).

El TC tampoco se pronunció sobre «si la provincia de Segovia no podía impulsar un proceso hacia la autonomía uniprovincial hasta pasados cinco años contados a partir del fracaso de la iniciativa adoptada por el Consejo Preautonómico de Castilla y León (o, en su caso, desde el momento en que la provincia acordó separarse de tal iniciativa), en cuyo caso no habría habido una segunda iniciativa válidamente impulsada por el acuerdo del 31 de julio de 1981; o si, por el contrario, la iniciativa del ente preautonómico no afecta a la provincia de Segovia, aisladamente considerada, a los efectos del plazo en cuestión», puesto que la constitucionalidad de la Ley impugnada no dependía de estos argumentos (STC 100/1984, de 8 de noviembre, FJ 1). Del derecho de iniciativa era titular la provincia de Segovia, en cuanto entendiera que reunía los requisitos del art. 143.1 y 2 CE para convertirse en CA, pero no de un derecho a convertirse en tal, puesto que este último dependía de la apreciación y, en su caso, autorización de las Cortes, que actuaron al amparo del art. 144 (STC 100/1984, de 8 de noviembre, FJ 2).

El argumento central de la STC 89/1984 lo encontramos en el fundamento quinto (BIGLINO, 1985, 261). La regla común de acceso a la autonomía es la recogida en el art. 143.2 CE, por lo que la iniciativa del proceso correspondía a las Diputaciones y a los ayuntamientos, es decir, ejercer «la facultad de impulsar la constitución de la provincia en Comunidad Autónoma o la de constituir una tal Comunidad con otras provincias que manifiesten asimismo una voluntad concordante». Esto es lo que habían hecho la Diputación y 158 ayuntamientos leoneses en abril de 1980. Acuerdos que producían «un impulso del proceso de

constitución de la Comunidad Autónoma, impulso sin el cual esta no podría constituirse o no podría abarcar a la provincia en que faltan», salvo que en este caso las Cortes ejercieran la facultad del art. 144. Teniendo presente, además, que el acuerdo del pleno del Consejo General de Castilla y León no pudo sustituir la iniciativa de León, puesto que sus parlamentarios no habían decidido su incorporación.

Con el precedente de la STC 89/1984, la STC 100/1984, de 8 de noviembre, distinguió entre el derecho a la autonomía que permitía acceder al autogobierno y constituirse en comunidad autónoma; el derecho de cada provincia a la autonomía «para la gestión de sus respectivos intereses»; y, por último, el derecho a la iniciativa autonómica.

Las provincias a través de las Diputaciones y los ayuntamientos tenían un derecho a la iniciativa autonómica, pero una vez adoptados válidamente los acuerdos para ello (actos de impulso), se agotaba esta fase. Producido ese impulso, no era necesario que se mantuviera en lo sucesivo ni que los acuerdos revocatorios implicaran la exclusión de la provincia en cuestión, pues el sujeto de la siguiente fase era el órgano colegiado superior del ente preautonómico —en este caso el Consejo General de Castilla y León— o, en su caso, las Cortes. Esto era así, a juicio de los magistrados, porque «los Ayuntamientos y la Diputación impulsan un proceso, pero no disponen de él», pues la validez del impulso conllevaba el cambio de los sujetos activos del proceso y del objeto de la actividad en el que se despliega: «El sujeto del proceso no está integrado ya, como en su fase de impulsión preliminar, por las Diputaciones y Municipios, sino que es un nuevo órgano que nace porque ya se ha manifestado la voluntad impulsora y que expresa ahora la del territorio en su conjunto; y esa voluntad ya tiene un objeto distinto, el régimen jurídico futuro del territorio que ya ha manifestado su voluntad de constituirse en Comunidad Autónoma mediante actos de iniciativa que ya han

agotado sus efectos» (STC 89/1984, de 28 de septiembre, FJ 5). Se negaba, por tanto, que tras la convocatoria de la Asamblea general prevista en el art. 146 CE cualquier provincia pudiera desvincularse del proceso, ya que ello supondría atribuirle la potestad de abortar el proceso autonómico abierto para iniciar uno con sujeto y objeto diferentes. Y, por fin, aprobado por la Asamblea preautonómica el Proyecto de Estatuto y enviado a las Cortes, se convertía en Proyecto de Ley, es decir, aparecían en esta fase final un nuevo sujeto y un nuevo objeto.

El TC amparó la iniciativa de las Cortes — sustitutoria de la iniciativa de las corporaciones locales del art. 143.2 CE—, en aras del interés general, para que no quedara frustrado el procedimiento autonómico de esta comunidad, advirtiendo la prevalencia «en favor del interés nacional frente a la voluntad que una determinada provincia pueda tener de configurarse como Comunidad Autónoma uniprovincial» (STC 100/1984, de 8 de noviembre, FJ 3). Por tanto, el ente preautonómico no se podría considerar disuelto ni su iniciativa fracasada. A lo cual se añadía que, por la falta de formalización de la iniciativa

autonómica uniprovincial de Segovia, «las Cortes se encuentran a 1 de marzo de 1983 (es decir, diecinueve meses después del acuerdo de la Diputación Provincial de 31 de julio de 1981 que puso en marcha tal iniciativa) con que Segovia es la única provincia que, ante el grado de generalización del proceso autonómico alcanzado en aquella fecha, no está incorporada a una Comunidad, por lo que quedaría como única provincia “de régimen común” (situación por cierto no prevista, aunque tampoco prohibida, en la Constitución, que no contiene ningún precepto semejante al art. 22 de la de 1931)» (STC 100/1984, de 8 de noviembre, FJ 4).

Esta disposición constitucional no tardó en alcanzar su finalidad procedimental. El Consejo de Estado, en su *Informe sobre modificaciones de la Constitución española* de febrero de 2006, manifestó que la DT 1.^a, al estar vinculada a las circunstancias existentes en el momento de entrada en vigor de la Constitución, «su agotamiento no puede suscitar duda alguna». Por ello, es indiferente mantenerla en sus propios términos, como vestigio de la Transición, o permitir que se imponga la lógica de su supresión.

BIBLIOGRAFÍA

AGUADO RENEDO, C., «La jurisprudencia constitucional sobre la delimitación del ámbito territorial de la Castilla y León», *Autonomías*, núm. 11, 1989, y núm. 14, 1992.

BIGLINO CAMPOS, P., «La revocación de la iniciativa autonómica, la naturaleza de la reserva estatutaria y los reglamentos parlamentarios como parámetro de la constitucionalidad de la Ley: Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de septiembre de 1984 sobre la Ley Orgánica del Estatuto de Castilla-León», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 14, 1985.

ESTEVE PARDO, J., «La conclusión del mapa autonómico. Comentario a las sentencias del Tribunal Constitucional 89/1984, de 28 de septiembre, y 100/1984, de 8 de noviembre», *Autonomías*, núm. 1 1985.

LEGUINA VILLA, J., «El acceso forzoso a la autonomía política (Anotaciones a la sentencia de Segovia, STC 100/1984, de 8 de noviembre)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 18, 1985.

MUÑOZ MACHADO, S., *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, 2.^a ed., Iustel, Madrid, 2007.

RUBIO LLORENTE, F., *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, 2.^a ed., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

RUIPÉREZ ALAMILLO, J., «Problemas en la determinación territorial de las Comunidades Autónomas: el caso de Castilla y León», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 56, 1997.

SÁNCHEZ BLANCO, A., «La delimitación del territorio de la Comunidad Autónoma de Castilla y León: I. Las Sentencias del TC relativas a la integración de las provincias de León (89/1984, de 28 de septiembre) y Segovia (100/1984, de 8 de noviembre)», *Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica*, núm. 227, 1985.

Disposición transitoria segunda

Los territorios que en el pasado hubiesen plebiscitado afirmativamente proyectos de Estatuto de autonomía y cuenten, al tiempo de promulgarse esta Constitución, con regímenes provisionales de autonomía podrán proceder inmediatamente en la forma que se prevé en el apartado 2 del artículo 148, cuando así lo acordaren, por mayoría absoluta, sus órganos preautonómicos colegiados superiores, comunicándolo al Gobierno. El proyecto de Estatuto será elaborado de acuerdo con lo establecido en el artículo 151, número 2, a convocatoria del órgano colegiado preautonómico.

Sumario: I. Relación de la disposición transitoria segunda con el art. 151 y con el art. 2 de la Constitución. II. Significación y trascendencia de la disposición transitoria segunda en la conformación territorial del Estado.

CÉSAR AGUADO RENEDO

PROFESOR DE DERECHO CONSTITUCIONAL
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

I. RELACIÓN DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA SEGUNDA CON EL ART. 151 Y CON EL ART. 2 DE LA CONSTITUCIÓN

La disposición transitoria segunda del Texto Fundamental tiene por objeto facilitar el acceso a la autonomía plena, desde su constitución como Comunidades Autónomas, a los muy concretos territorios a los que indirecta, pero inequívocamente, se refiere el precepto (Cataluña, País Vasco y Galicia), sin necesidad de esperar el plazo de cinco años que dispone el art. 148.2 CE y, sobre todo, sin necesidad de requerir la aquiescencia de las Cortes Generales que comportaría la reforma de los Estatutos de Autonomía, para ese acceso a la mayor autonomía posible. El resto de los territorios que, desde el principio, quisiesen acceder a ese grado superior de autogobierno habrían de cumplir los onerosos trámites que dispone el

art. 151.1 CE para iniciar el proceso autonómico, a saber, contar con el acuerdo de las Diputaciones provinciales, el de las tres cuartas partes de los municipios que supongan la mayoría del censo electoral de cada una de las provincias y el referéndum con mayoría absoluta del censo electoral también de cada una de estas: el conjunto de tales exigencias se sustituyeron, en virtud de esta disposición transitoria segunda, por la mayoría absoluta de los órganos colegiados superiores preautonómicos —con los que, naturalmente, contaban los territorios en cuestión cuando se redacta el precepto—, y su comunicación al Gobierno. Ello suponía, de entrada, obviar la exigencia temporal de la disposición transitoria tercera CE, consistente en diferir la iniciativa del proceso autonómico que como regla general dispone el art. 143.2 CE, a las primeras elecciones municipales posconstitucionales. Y luego suponía también —con la especificación de que

la convocatoria de la Asamblea de parlamentarios para la elaboración del Estatuto correspondía al propio órgano colegiado preautonómico— una convocatoria *autónoma* de la Asamblea de los diputados y senadores elegidos en el territorio que quería constituirse como Comunidad Autónoma para redactar el proyecto estatutario, frente a la falta de tal especificación en el resto de los casos, en los que el órgano convocante acabó siendo *de facto* el Gobierno central. A partir de aquí, o sea, exceptuada la convocatoria del órgano que ha de proponer el texto articulado, la elaboración del Estatuto había de tener lugar de acuerdo con lo establecido en el art. 151.2 CE y, por tanto, sin diferencias respecto a los territorios que iniciasen la autonomía conforme al art. 151.1 CE, como, de hecho, así fue.

Procede señalar que **este precepto no figuraba en el Anteproyecto de Constitución** y que, en su primera versión, que fue la del Informe de la Ponencia (en el que ocupaba la disposición adicional tercera), no se configuraba propiamente como una vía de acceso a la autonomía, sino solo de ampliación de competencias y únicamente para el caso de aquellas «Comunidades Autónomas donde hubieren sido aprobados legalmente estatutos de autonomía mediante sufragio universal», lo que reducía solo a los casos de Cataluña y País Vasco tal posibilidad. Es merced a una enmienda *in voce* del propio partido del Gobierno a la sazón, UCD, explicada por el Sr. Meilán Gil, como acaba figurando en el precepto, según el Dictamen de la Comisión de Constitución, la expresión finalmente adoptada de «territorios que en el pasado hubiesen plebiscitado afirmativamente proyectos de Estatuto de Autonomía», lo que comportaba la adición al País Vasco y Cataluña también de Galicia como ámbitos territoriales de aplicación de esta disposición. Justamente es con estos tres territorios con los que, en principio al menos, se identificaban (y se siguen identificando por no pocos) las designadas por el art. 2.º CE como «nacionalidades», frente a las que el mismo artículo denomina «regiones», que serían el resto de los territorios.

II. SIGNIFICACIÓN Y TRASCENDENCIA DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA SEGUNDA EN LA CONFORMACIÓN TERRITORIAL DEL ESTADO

Resulta evidente la intención del constituyente al redactar la disposición transitoria segunda (con independencia ahora de los serios condicionantes políticos en Cataluña y en el País Vasco a la hora de elaborar el contenido de la Constitución referido a la organización territorial): hacer del régimen inmediatamente anterior un mero paréntesis temporal ignorándolo jurídico-constitucionalmente en lo que a la ordenación territorial se refiere. Ello comportó una inclinación decidida por el reconocimiento de la legitimidad de lo acaecido durante la II República en este ámbito y, por tanto, soslayar el dato de que la sublevación militar que dio lugar al extenso régimen autocrático anterior trajo causa, en medida no precisamente escasa, de lo sucedido en los territorios tan implícita como claramente aludidos en este precepto y, en particular, en Cataluña. Prescindiendo de otras consideraciones históricas, políticas o sociológicas en relación con esta constatación, aquí resulta de interés la consideración jurídico-constitucional del detrimento que tal forma de proceder supuso para el carácter de norma fundante de un orden novedoso que se presupone en una nueva Constitución, al anclar un dato esencial del aspecto más controvertido de la conformación del Estado español en un precedente de indudable legitimidad para unos, pero no para otros, ni entonces ni ahora. La notoria inexistencia de un modelo territorial en la Constitución, con su indefectible desconstitucionalización, es muestra de ese consabido desacuerdo entre los constituyentes al respecto.

Lo que se acaba de exponer resulta la premisa para entender que la línea divisoria entre CC. AA. que traza esta disposición transitoria segunda en relación con el acceso inicial a la máxima autonomía posible, sirve de importante fundamento a los partidarios de inter-

pretar como voluntad constituyente la diferenciación entre CC. AA., porque viene a entenderse que este precepto hace lo que no hace el art. 2.º CE cuando se limita a enunciar genéricamente la diferenciación entre «nacionalidades y regiones» sin explicitar cuáles son unas y otras: esta disposición transitoria segunda identificaría meridianamente —según ese modo de entenderla— las que serían las «nacionalidades», dejando en principio al resto de los territorios, por exclusión, como «regiones». Como la diferenciación entre unas y otras para ser real ha de presuponer una distinta posición constitucional entre ambos grupos, el modo más claro de evidenciar la misma hubiera sido mantener en lo sustancial de forma constante la diferencia competencial a que daba lugar esta disposición, que no sería sino reflejo perfectamente coherente con la historia de vindicación de autogobierno por dichos territorios, con la existencia de lenguas vernáculas y, en su caso, de un derecho con singularidades respecto del ordenamiento jurídico general.

Sucede, sin embargo, de un lado que ese criterio diferenciador histórico del plebiscito estatutario que tuvo lugar no aparece especialmente determinante si se recuerda que no hubo más proyectos estatutarios plebiscitados porque las dramáticas circunstancias consabidas en la II República abortaron otros proyectos autonomistas en curso. Y de otro, que los demás territorios no estaban dispuestos a renunciar desde su constitución como Comunidades Autónomas al nivel de autogobierno que aseguraba el acceso ideado por la disposición transitoria segunda para aquellos a los que se refería, o el arduo art. 151.1 CE para los demás. Andalucía, el territorio más poblado, uno de los más extensos y de peso político mayor, siguió este segundo cauce, invalidando, de entrada para ella, la interpretación expuesta. Siguieron su estela de acceso al mayor nivel competencial Valencia y Canarias: no formalmente, puesto que no accedieron a tal nivel por el cauce del art. 151.1 como hizo Andalucía, sino mediante una interpretación —manifestamente poco

acorde con su *telos*— de las leyes de transferencia previstas en el art. 150.2 CE. Finalmente, acabaron accediendo a ese mismo nivel competencial el resto de las CC. AA. en virtud de los Pactos Autonómicos de 1992 y sus correspondientes desarrollos. De esta manera, la capital diferencia competencial inicial entre CC. AA., que hubiera podido caracterizar el ordenamiento territorial español dotando a la disyuntiva «nacionalidades y regiones» del art. 2.º CE de una traducción en el *quantum* del autogobierno respectivo, devino inexistente.

La erosión de este distingo entre CC. AA. ha llevado a quienes interpretan como dos realidades político-territoriales diferentes a las «nacionalidades» y a las «regiones» a entender desviada la supuesta o sobrentendida voluntad, no del constituyente (los debates parlamentarios del art. 2.º CE y de los preceptos esenciales del Tít. VIII muestran la gran diferencia de comprensión entre las distintas formaciones políticas con representación parlamentaria acerca de la descentralización territorial que la Norma Fundamental se limitaba a permitir, que no imponer), sino de la Constitución. Frente a esta comprensión, se alza otra, hoy por hoy mayoritaria que, de un lado, afirma que las singularidades señaladas, e indudables, de los territorios a los que se refiere esta disposición transitoria segunda no tiene por qué comportar una diferente posición constitucional respecto de los demás, vale decir, no tiene necesariamente que incidir en el grado de autogobierno de los territorios restantes si la voluntad de estos es la de disponer del mismo grado de autonomía política que aquellos en la gestión de sus intereses propios, máxime cuando, frente a la indefinición en la Constitución del modelo territorial, puede constatar el énfasis de la misma Constitución en la igualdad, a la que proclama valor superior, entre otros, de su ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE) y, en particular de la igualdad (no uniformidad) respecto de los ciudadanos en cuanto vecinos administrativos de las Comunidades Autónomas (arts. 128.2, 139.1 y 149.1.1.^a CE); y, de

otro lado, se interroga por la incidencia que puede tener el grado de autogobierno para los propios asuntos en el que puedan tener los demás, como razón para sostener no ya la supuesta vulneración del espíritu de la Constitu-

ción (la disposición aquí objeto de comentario, en cuanto transitoria, fue aplicada tal cual y cumplió cabalmente su objeto), sino la simple incomodidad de la convivencia en el mismo ámbito estatal.

BIBLIOGRAFÍA

Cfr., en general, la bibliografía citada en el comentario al art. 151 CE.

En particular:

CORCUERA ATIENZA, J., *Política y Derecho. La construcción de la autonomía vasca*, CEC, 1991.

AGUADO RENEDO, C., «Reforma de los Estatutos y Título Preliminar de la Constitución», en RUIZ-RICO, G. (Coord.), *La reforma de los Estatutos de Autonomía. Actas del IV Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Universidad de Jaén-Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 81 y ss.

AGUILÓ LUCÍA, L., «Disposición Transitoria Segunda», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, tomo XI, Editoriales de Derecho Reunidas-Cortes Generales, Madrid, 1999, págs. 657 y ss.

HERRERO DE MIÑÓN, M., «Génesis, desarrollo y perspectivas del Estado de las Autonomías», en *El valor de la Constitución*, Crítica, Barcelona, 2003, págs. 306-320.

MEILÁN GIL, J. L., *El itinerario desviado del Estado autonómico y su futuro*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2015.

POWELL, C., «Algunas reflexiones sobre el nacimiento del Estado autonómico español», en GARCÍA DE CORTÁZAR, F. (Coord.), *El estado de las autonomías en el siglo XXI: cierre o apertura indefinida*, FAES, Papeles de la Fundación, núm. 66, 2001, págs. 17-65.

TORNOS MAS, J., «El Estatuto de Autonomía de 1979», en *Los Estatutos de Autonomía de Cataluña*, Iustel-Institut d'Estudis Autonomics, 2007, págs. 63 y ss.

Disposición transitoria tercera

La iniciativa del proceso autonómico por parte de las Corporaciones locales o de sus miembros, prevista en el apartado 2 del artículo 143, se entiende diferida, con todos sus efectos, hasta la celebración de las primeras elecciones locales una vez vigente la Constitución.

PEDRO ORTEGO GIL

CATEDRÁTICO

UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Esta disposición transitoria no ha producido ningún fallo del Tribunal Constitucional. Su finalidad estaba destinada a evitar que las corporaciones municipales elegidas durante los últimos años de la Dictadura controlaran la iniciativa autonómica. Se entendió por diputados y senadores que la viabilidad del proceso autonómico debía quedar en manos de concejales elegidos por sufragio universal, igual, libre, directo y secreto (art. 140 CE), pues a ellos correspondía la iniciativa autonómica del art. 143.2.

Las DD. TT. 3.^a y 7.^a CE son *initium et finis* de la iniciativa autonómica por parte de los entes preautonómicos que siguieron el procedimiento establecido en el art. 143.2.

La actuación política de los Gobiernos de Adolfo Suárez, la aprobación de la *Ley 1/1977, de 4 de enero, para la Reforma política*, los anhelos nacionalistas y otros movimientos autonomistas permitieron la paulatina configuración territorial, que acabaría por ser recogida en la Constitución y plasmada en el proceso preautonómico. La decidida actuación del ejecutivo, manifestada en la Declaración programática de 11 de julio de 1977, se dirigió a institucionalizar un régimen de autonomía en las regiones y «**la posibilidad de**

acudir a fórmulas transitorias desde la legalidad vigente», antes de que se promulgara la Constitución, expresión que se plasmó en el preámbulo del *RDL 41/1977, de 29 de septiembre*, por el que se restableció la Generalitat de Cataluña y que reiteraron los posteriores reales decretos por los que se establecía el «**régimen de preautonomía**».

Con carácter previo a esta disposición, los diferentes reales decretos-leyes de establecimiento de los entes preautonómicos recogieron preceptos que, con diferente redacción e idéntica finalidad, venían a plasmar el procedimiento diferido aquí reseñado. En este sentido, el *RDL 8/1978, de 17 de marzo*, por el que se aprobó el régimen preautonómico para Aragón, creó su Diputación General, compuesta por doce parlamentarios ya proclamados, los presidentes de las Diputaciones provinciales y un representante de los municipios de cada una de las tres provincias aragonesas. En su disposición transitoria quedó establecido que «hasta tanto no se celebren elecciones generales municipales, la Diputación General de Aragón se integrará exclusivamente por los miembros previstos en los apartados a) —parlamentarios— y b) —presidentes de Diputación— del artículo 5.º de este Real Decreto-ley, completándo-

se tras la celebración de aquellas con los tres miembros previstos en el apartado c) del mismo artículo». En análogo sentido, el *RDL 10/1978, de 17 de marzo*, por el que se aprueba el régimen preautonómico para el País Valenciano, se redactó a imitación del de Aragón.

El *RD. 9/1978, de 17 de marzo*, por el que se aprobó el régimen preautonómico para el Archipiélago Canario, atendía a sus peculiaridades, de modo que su composición sería de 28 miembros electos por los parlamentarios de Cortes, y un representante por cada uno de los siete cabildos insulares. Pero, de acuerdo con el art. 2.2, «una vez celebradas las elecciones locales», sería de quince miembros elegidos por los parlamentarios y veintiuno elegidos por los cabildos insulares, tres por cada uno, «en proporción al promedio de los resultados producidos en las pasadas elecciones generales a Cortes y en las de los Cabildos Insulares». En iguales términos se redactaron el resto de disposiciones por las cuales se creaban los entes preautonómicos. Todos los reales decretos-leyes de creación de los organismos provisionales autonómicos, salvo el de Cataluña, preveían su renovación tras la celebración de las elecciones locales. Desde abajo hacia arriba se iría configurando estructuralmente el procedimiento de acceso a la autonomía con sujeción a la Norma fundamental.

Durante la primera mitad del año 1978 se discutió el Proyecto de Ley de elecciones locales, que se convirtió en la *Ley 39/1978, de 17 de julio*. Una vez promulgada la Constitución, y dentro del plazo establecido en la DT 7.^a de la citada Ley (treinta días a contar desde el 29 de diciembre de 1978), en virtud del *R. 117/1979, de 26 de enero*, que dispuso la renovación de la totalidad de los miembros integrantes de aquellas corporaciones, se convocaron elecciones locales el día 3 de abril de 1979. Este decreto se completó con otros particulares para las elecciones en las provincias insulares, Navarra y las provincias vascas. La amplia victoria de los dos principales parti-

dos estatales, UCD y PSOE, marcaría la actuación de los nuevos ayuntamientos durante la fase de iniciativa del proceso autonómico, no sin ciertos imprevistos.

Además, el *RD 3076/1978, de 29 de diciembre*, arbitró la fórmula para posibilitar la continuidad del funcionamiento de dichos entes preautonómicos hasta la celebración de elecciones generales, que precedieron a las municipales. Una vez que se celebraron aquellas el 1 de marzo de 1979 y se constituyeron las nuevas Cámaras con arreglo a la Constitución, los órganos colegiados de los entes preautonómicos procedieron a renovarse. Con el fin de completar esta mudanza orgánica, el *RD 1029/1979, de 4 de mayo*, determinó el procedimiento de elección de los representantes de las corporaciones locales en los entes preautonómicos. Antes del día 10 de junio deberían estar constituidos y proceder a la designación de sus presidentes y otros cargos con funciones ejecutivas. Por tanto, la iniciativa autonómica del art. 143.2 y la prevista en la DT 1.^a CE quedaban en manos de miembros elegidos con arreglo a los principios democráticos.

En todos los casos, hay que tener presente también los reales decretos de desarrollo de los anteriores reales decretos-leyes por el que se creaban las comisiones mixtas de transferencias de servicios del Estado a cada uno de los nuevos entes creados.

Por otra parte, el texto que acabó por convertirse en la DT 7.^a CE, apenas generó discusión en el proceso constituyente. En él se recogieron tres supuestos de disolución de los *organismos provisionales autonómicos*: por constitución de los órganos establecidos en los Estatutos de Autonomía, por fracaso de la iniciativa del proceso autonómico al no cumplirse los requisitos del art. 143 y por el no ejercicio de la iniciativa autonómica. Cabe plantearse si, una vez promulgada la Constitución, era posible incluir como cuarta causa la decisión del Gobierno por razones de seguridad del Estado. La respuesta negativa pare-

ce la más lógica, a pesar de que los reales decretos-leyes preautonómicos todavía estaban vigentes: primero por no haberse recogido en la DT 7.^a y, en segundo término, porque sería más adecuado reconducirlo al art. 155 CE. A pesar de lo cual los órganos de gobierno de los nuevos entes preautonómicos, debido a los condicionamientos políticos de las primeras fases de la Transición, podían ser disueltos por el Gobierno «por razones de seguridad del Estado», concepto diferente al de interés nacional, y así figuraba en los reales decretos-leyes de aprobación del régimen preautonómico (art. 10 del *RDL 20/1978, de 13 de junio*, para Castilla y León; art. 9 *RDL 29/1978, de 27 de septiembre*, para Asturias, entre otros).

En cualquier caso, era absolutamente lógica la **inclusión de un precepto que recogiera los mecanismos de cierre de las «fórmulas transitorias» del régimen preautonómico**, que nació bajo una legalidad sustancialmente finiquitada y con carácter previo a la Constitución. Una vez aprobada esta era preciso aplicar su contenido. El supuesto común era el contemplado en la letra a) de la DT 7.^a La extinción de los regímenes preautonómicos (MARTÍN OVIEDO, 1999, 711) se verificaría por la entrada en vigor de los respectivos EE. AA., pero **la disolución de los órganos provisionales existentes se produciría una vez constituidos aquellos establecidos por los Estatutos aprobados con arreglo a la Constitución**. Esta declaración genérica e indeterminada fue desarrollada en las disposiciones transitorias de los diferentes Estatutos, optando por la disolución del ente preautonómico tras la elección del presidente de la Comunidad Autónoma por las respectivas Asambleas provisionales. Como ejemplo, la DT 2.^a7 de la *LO 8/1982, de EA de Aragón*, determinó que elegido el presidente de la Diputación General, quedaría disuelto el Ente preautonómico; la DT 3.^a de la *LO 9/1982, de EA de Castilla-La Mancha*, matizó el desarrollo procedimental, de manera que, una vez constituidas las Cortes y elegido el presidente de la Junta de Comunidades,

quedaría disuelto el Ente preautonómico; mientras que la *LO 4/1982, de 9 de junio, de EA para la Región de Murcia*, concretaba más, pues su DT 2.^a5 dispuso que la publicación en el *BOE* del nombramiento de su presidente por el Rey «llevara consigo la extinción del Ente preautonómico».

Los inicios del proceso autonómico en algunos territorios estuvieron mediatizados por las interpretaciones políticas y el acuerdo entre partidos. Superados los obstáculos del proceso andaluz, en 1980 surgieron con rasgos diferentes, pero con ese precedente, serios inconvenientes en los del País Valenciano, Aragón y Canarias, ya que no se cumplieron estrictamente los preceptos constitucionales de adhesión a la iniciativa autonómica por parte de las corporaciones locales, lo cual podía conducir a la aplicación de la letra b) de la DT 7.^a CE. Las razones se encontraban en que algunos ayuntamientos habían optado por el art. 151 y no por la vía del art. 143; o en la retroactividad de la *LO 2/1980, de 18 de enero, reguladora de las distintas modalidades de referéndum*, que obligó a que se señalara la vía por la que se optaba, no alcanzándose la mayoría exigida para ninguna de las dos vías. Con el fin de no entorpecer el desarrollo autonómico y caer en un desconcierto político y jurídico, la interpretación que se hizo desde el Gobierno daba salida a esta situación con el fin de evitar que entrara en juego la mencionada disposición: cuando no hubiera suficiente mayoría para iniciar el procedimiento del art. 151, se entendía que los ayuntamientos optaban por el del art. 143. De esta manera se optaba por un criterio interpretativo que permitía controlar todos los procesos, se soslayaba la aplicación de la DT 7.^a o que, para suplir la iniciativa autonómica, se recurriera al procedimiento excepcional del art. 144 CE. A partir del Informe de la Comisión de expertos de 19. De mayo de 1981, los primeros Pactos autonómicos entre el Gobierno y el PSOE, firmados el 31 de julio de 1981, recondujeron la situación en su conjunto, permitiendo cerrar el mapa autonómico en los Acuerdos político-administrativos.

En cualquier caso, el **régimen preautonómico se había generalizado antes de aprobarse la Constitución**, por lo que el camino, con independencia del procedimiento seguido, estaba plenamente marcado y solo hacía falta dotarlo de la mayor participación de los representantes municipales elegidos democráticamente, que era lo planteado en la DT 3.^a CE.

No obstante, surgieron obstáculos. A raíz de los problemas suscitados por las provincias de León y Segovia en el proceso de constitución de la Comunidad de Castilla y León, el TC tuvo que manifestarse sobre las facultades de iniciativa para la definitiva configuración del marco autonómico. El TC aclaró que «la iniciativa a la que se refiere el 143.3 como no reiterable hasta pasados cinco años de su primera formulación es la de los entes a los que se refieren los dos primeros apartados del mismo artículo», plazo que no afectaba a la actuación de las Cortes, ya que ello «equivaldría a dejar en las manos de entes integrantes de la totalidad nacional un mecanismo impositivo de la defensa directa del propio interés nacional atribuida, en este caso, por el inciso primero del 144 de la CE, a las Cortes Generales que representan al pueblo español, en quien reside la soberanía nacional» (STC 100/1984, de 8 de noviembre, FJ 1). Argumento que era complementario de la distinción entre los conceptos de autonomía, derecho a la misma e iniciativa autonómica (LEGUINA, 1985; ESTEVE, 1985).

De manera que Segovia solo tenía reconocido «un derecho a ejercer la iniciativa autonómica», pero no un «derecho de autonomía en el sentido del art. 2 de la Constitución» (FF. JJ. 2 y 3); y, por tanto, las Cortes podían sustituir la iniciativa de las corporaciones locales del art. 143.2 CE cuando no hubiera habido dicha ini-

ciativa, o cuando, a pesar de haber sido impulsada, quedara frustrada en cualquiera de sus fases o si dichas corporaciones «excluyeran en algún caso una iniciativa que las Cortes entiendan de interés nacional» (FJ 3).

En consecuencia, aun cuando la iniciativa no llegara a prosperar por no cumplirse los requisitos del art. 143 [DT 7.^ab)] o si el organismo provisional autonómico no hubiera ejercido el derecho de iniciativa, sustituyendo a las Diputaciones u órganos interinsulares, la facultad del art. 144.c) CE fue considerada por el TC como norma de cierre del sistema «que cumple una garantía respecto a la viabilidad de la misma del resultado final del proceso autonómico», y esto era así porque la Constitución no dejó la concreción del mapa autonómico «tan solo a los titulares de la iniciativa autonómica, sino que ha querido dejar en manos de las Cortes un mecanismo de cierre para la eventual primacía del interés nacional» (SSTC 76/1983, de 5 de agosto, FJ 3; y 100/1984, de 8 de noviembre, FJ 3). Las previsiones de las letras b) y c) de la DT 7.^a, que pudieron ser adecuadas en el momento de la discusión constituyente, dejaron de tener sentido en el momento de culminación del proceso autonómico por la primacía que se dio al art. 144 CE y, en suma, a las Cortes al amparo del interés nacional sobre el de las Comunidades del art. 143. De esta manera, los organismos provisionales autonómicos pudieron cumplir sus tareas hasta la constitución de los órganos establecidos en los respectivos Estatutos de Autonomía o, lo que es lo mismo, tan solo fue efectiva la letra a) de la DT 7.^a CE.

En el texto de una futura reforma constitucional esta disposición debería desaparecer, no solo por su naturaleza coyuntural sino por haber cumplido con creces su finalidad.

BIBLIOGRAFÍA

ESTEVE PARDO, J., «La conclusión del mapa autonómico. Comentario a las sentencias del Tribunal Constitucional 89/1984, de 28 de septiembre, y 100/1984, de 8 de noviembre», *Autonomías*, núm. 1, 1985.

LEGUINA VILLA, J., «El acceso forzoso a la autonomía política (Anotaciones a la sentencia de Segovia, STC 100/1984, de 8 de noviembre)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 18, 1985.

MARTÍN OVIEDO, J. M., «Disposición transitoria tercera. Diferimiento de la iniciativa del proceso autonómico», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Cortes Generales-Edersa, Madrid, 1978, Tomo XII, págs. 665 y ss.

Disposición transitoria cuarta

1. En el caso de Navarra, y a efectos de su incorporación al Consejo General Vasco o al régimen autonómico vasco que le sustituya, en lugar de lo que establece el artículo 143 de la Constitución, la iniciativa corresponde al Órgano Foral competente, el cual adoptará su decisión por mayoría de los miembros que lo componen. Para la validez de dicha iniciativa será preciso, además, que la decisión del Órgano Foral competente sea ratificada por referéndum expresamente convocado al efecto, y aprobado por mayoría de los votos válidos emitidos.

2. Si la iniciativa no prosperase, solamente se podrá reproducir la misma en distinto período del mandato del Órgano Foral competente, y en todo caso, cuando haya transcurrido el plazo mínimo que establece el artículo 143.

Sumario: I. Antecedentes: los Reales Decretos-Leyes 1 y 2/1978. II. Génesis del precepto constitucional. III. Desarrollo normativo. IV. Significado y alcance. 1. Un supuesto específico de iniciativa autonómica. 2. Doble posibilidad de incorporación: el procedimiento. 3. Consecuencias de la incorporación: extinción de la Comunidad Foral de Navarra y de la LORAFNA. V. La inaplicación de la disposición transitoria cuarta y sus dificultades tras la LORAFNA.

JOSÉ ANTONIO RAZQUIN LIZARRAGA
DOCTOR EN DERECHO

I. ANTECEDENTES: LOS REALES DECRETOS-LEYES 1 Y 2/1978

Tras la Ley para la reforma política de 4 de enero de 1977, se inició un **proceso de instauración de regímenes preautonómicos**, que se extendió finalmente a todo el territorio español y supuso un ensayo general de regionalización que incidió en soluciones previstas en el texto constitucional y en el mapa de las Comunidades Autónomas (MUÑOZ MACHADO, 2007, I, 134 y ss.).

En el País Vasco el punto de partida de este proceso fue el «compromiso autonómico» alcanzado en mayo de 1977 por las fuerzas políti-

cas, salvo la UCD, que preveía la constitución de Euskadi por las cuatro provincias. Tras las elecciones generales de junio de 1977, que arrojaron un panorama político distinto en el País Vasco y en Navarra, la Asamblea de Parlamentarios Vascos y el Gobierno Central alcanzaron un acuerdo en noviembre de 1977 sobre la instauración de un régimen provisional de autonomía del País Vasco que contemplaba la libre integración en el Consejo General Vasco de las provincias vascongadas y, en su caso, de Navarra mediante decisión del órgano foral competente (URRETAVIZCAYA AÑORGA, 1992, 163-171).

Sin embargo, el dispar discurrir político en Navarra, con la oposición de la UCD y de la Dipu-

tación Foral, bloqueó este acuerdo hasta **dicciembre de 1977, cuando el Consejo Parlamentario de Navarra, integrado por las fuerzas políticas navarras con representación parlamentaria, manifestó su no oposición al proyecto de decreto ley sobre la implantación de un régimen autonómico para el País Vasco, siempre que se aprobase una disposición complementaria de rango legal adecuado que facultase al Gobierno para concretar de acuerdo con la Diputación Foral de Navarra** los tres siguientes extremos: la determinación del órgano foral competente para acordar la referida decisión, la necesidad de acuerdo del órgano foral y la ratificación del pueblo navarro mediante referéndum en el caso de que la decisión del órgano foral sea favorable a la incorporación; quedando, además, supeditada la validez del acuerdo a la aceptación por las formaciones políticas PSOE, UCD y PNV de la defensa en el proyecto constitucional de una disposición adicional relativa a Navarra, que introdujera el mismo mecanismo previsto para la incorporación de Navarra en el Consejo General Vasco en sustitución del art. 129 del borrador constitucional (RAZQUIN LIZARRAGA, 1990, 203-209).

Desbloqueada la situación, se instituyó el Consejo General del País Vasco por RDL 1/1978, de 4 de enero; complementado por RDL 2/1978, de 4 de enero, sobre procedimiento para la adopción en Navarra de las decisiones relativas a su posible incorporación al Consejo General del País Vasco.

El RDL 1/1978 dejaba libertad a las provincias vascongadas y, en su caso, a Navarra a través del órgano foral competente para integrarse en el Consejo General Vasco (art. 1.1), por lo que tal incorporación podía ser sucesiva. La mención a Navarra —en palabras de su preámbulo— «en modo alguno prejuzga su pertenencia a ninguna entidad territorial de ámbito superior» y «la decisión de incorporarse o no al Consejo General del País Vasco corresponde al pueblo navarro, a través del procedimiento que se regula en otro Real Decreto-ley de la misma fecha».

Y el RDL 2/1978 partía de la posibilidad de incorporación arbitrada en el precedente y pretendió «dictar las normas que garanticen que cualquier decisión se adopte libre y democráticamente con respecto a su régimen singular y de acuerdo con la Diputación Foral», pues «**cualquier incorporación de Navarra a instituciones comunes de ámbito superior a su territorio no podría realizarse sin que el pueblo navarro se exprese libre y democráticamente mediante una consulta popular directa**» (preámbulo). A tal fin, establecía dos reglas: la determinación del Órgano foral competente se realizará por el Gobierno, de acuerdo con la Diputación Foral de Navarra (art. 1); y si el órgano foral competente decidiese aprobar la presencia de Navarra en el Consejo General del País Vasco, sería necesaria la ratificación de tal decisión por el pueblo navarro mediante consulta popular directa a través del procedimiento y en los términos que determine el Gobierno de acuerdo con la Diputación Foral (art. 2).

Ambas normas eran reflejo del consenso entre posiciones dispares y encontradas: la primera, siguiendo el acuerdo de la Asamblea de Parlamentarios vascos, dispuso un procedimiento similar al de los otros territorios; y la segunda recogió las condiciones señaladas en el acuerdo del Consejo Parlamentario de Navarra.

II. GÉNESIS DEL PRECEPTO CONSTITUCIONAL

La consecución de un acuerdo para una disposición en el texto constitucional sobre el mecanismo de incorporación de Navarra al Consejo General Vasco, exigido por el Consejo Parlamentario de Navarra, fue difícil, especialmente por la diversidad de criterios y tensiones dentro de la UCD, así como la oposición de la Diputación Foral de Navarra.

Finalmente, se alcanzó un acuerdo a nivel central o general entre los grupos políticos UCD, PSOE y PNV, consistente en **la pre-**

sentación conjunta de la enmienda 778 al anteproyecto constitucional, del tenor siguiente:

«En el caso de Navarra, y a los efectos de su incorporación al Consejo General Vasco o al régimen autonómico vasco que le sustituya, en lugar de lo que establece el art. 129 del anteproyecto de Constitución, la iniciativa corresponde al órgano foral competente, el cual adoptará su decisión por mayoría de los miembros que lo componen. Para la validez de dicha iniciativa será preciso, además, que la decisión del órgano foral competente sea ratificada por referéndum, expresamente convocado al efecto y aprobado por mayoría de los votos válidos emitidos.

Si la iniciativa no prosperase, solamente se podrá reproducir la misma en distinto período de mandato del órgano foral competente y, en todo caso, cuando haya transcurrido el plazo mínimo que definitivamente fije el art. 129, a los efectos de esta enmienda.»

De dicho acuerdo político se dio cuenta a la **Diputación Foral**, que **se mostró totalmente contraria** a él, tanto en la forma, por no haber intervenido en la negociación, como en el fondo, al oponerse a la incorporación. Asimismo, la UCD de Navarra presentó su propia enmienda, que no prosperó.

La ponencia aceptó aquella enmienda como disposición transitoria 3.^a, limitándose a numerar sus dos párrafos. Su texto fue aprobado por unanimidad en la Comisión constitucional y se incorporó a su dictamen como disposición transitoria 4.^a Pese a la posición particular sostenida por la UCD de Navarra y a la divergencia de posiciones subyacente tras el consenso, que se reflejaron en los debates parlamentarios con posiciones favorables y críticas a la incorporación a través de distintos textos, el Pleno del Congreso aprobó esta disposición transitoria 4.^a

De cara al debate en el Senado, desde algunas instituciones y sectores de Navarra se pretendió una redacción más extensa con el fin de reforzar la intervención de las instituciones y del pueblo navarro, asegurar la estabilidad y prever también la separación, como se reflejó en el acuerdo alcanzado en la sesión del Consejo Foral de 1 de agosto de 1978, que trató monográficamente sobre la disposición transitoria 4.^a En el Senado se presentaron seis enmiendas, ninguna de las cuales prosperó, incluido el intento de la UCD de Navarra de concretar o atar, a la vista del citado acuerdo del Consejo Foral. El Senado aprobó el texto de la disposición transitoria cuarta acordado por el Congreso, con la sola adaptación del precepto al que se remite.

III. DESARROLLO NORMATIVO

Las previsiones de la disposición transitoria cuarta han sido objeto de desarrollo en las normas institucionales básicas del País Vasco y de Navarra.

El EAPV de 1979 contempla tanto la posible incorporación, como la consiguiente modificación estatutaria. En cuanto a la incorporación, Navarra tiene derecho a formar parte de la Comunidad Autónoma del País Vasco y, en el supuesto de que decida su incorporación de acuerdo con el procedimiento establecido en la disposición transitoria 4.^a de la CE, el territorio de Navarra quedará integrado en el de la Comunidad Autónoma del País Vasco (art. 2).

Además, se establece para el supuesto de incorporación un procedimiento específico de reforma del Estatuto Vasco (art. 47.2 del EAPV), a cuyo tenor «el Congreso y el Senado, en sesión conjunta y siguiendo el procedimiento reglamentario que de común acuerdo determinen, establecerán por mayoría absoluta qué requisitos de los establecidos en el art. 46 se aplicarán para la reforma del Estatuto, que deberán en todo caso incluir la aprobación del órgano foral competente, la aprobación mediante ley orgánica, por las Cortes

Generales, y el referéndum del conjunto de los territorios afectados».

En Navarra, el RD 121/1979, de 26 de enero, sobre elecciones locales y ordenación de las instituciones forales de Navarra, estableció como órgano foral competente al Parlamento Foral de Navarra a los efectos de los citados Reales Decretos-leyes (art. 1), por lo que le correspondían «las funciones referentes a la incorporación o, en su caso, separación de otras instituciones territoriales» (art. 3.1).

La Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra (LORA-FNA) de 1982 realizó un parco desarrollo, pues se limita a determinar, tras la nueva institucionalización, que el Parlamento será el órgano foral competente para ejercer la iniciativa a que se refiere la disposición transitoria cuarta de la Constitución, así como para la iniciativa de separación de Navarra de la Comunidad Autónoma a la que se hubiera incorporado (disposición adicional 2.^a); extremo este último que es una *addenda* al texto constitucional (SANTAMARÍA PASTOR, 1992, 772-773).

IV. SIGNIFICADO Y ALCANCE

La parquedad de la disposición transitoria 4.^a, que no contiene una regulación completa, al contemplar solo la iniciativa de incorporación, así como su calificación como transitoria pese a su vocación de permanencia, acarrean dificultades interpretativas, que no han sido resueltas por las normas de desarrollo. Para comprenderla hay que tener en cuenta el marco constitucional y el momento histórico en que se ubica.

1. Un supuesto específico de iniciativa autonómica

La disposición transitoria 4.^a se enmarca dentro de los distintos supuestos de iniciativa autonómica previstos en la CE, y constituye un supuesto singular de iniciativa autonómica,

que tiene como precedentes los Reales Decretos-leyes 1 y 2/1978. La particularidad de este régimen especial consiste en que no contempla la constitución de Navarra como Comunidad Autónoma separada, sino la posible incorporación de dicho territorio a un ente preautonómico preexistente o a la comunidad autónoma que lo sustituya, esto es, al Consejo General Vasco o a la Comunidad Autónoma del País Vasco (MUÑOZ MACHADO, I, 2007, 327-328; PÉREZ CALVO, 1986, 29). Se trata, en suma, de **una variante sobre el sistema ordinario del art. 143 de la CE al que la propia transitoria 4.^a remite o incluso de un mecanismo para abreviar la vía del art. 151, salvando el doble referéndum**, pues Navarra, a diferencia de las provincias vascongadas, no había plebiscitado con anterioridad un estatuto y no podía, por tanto, utilizar la vía más sencilla de la disposición transitoria 2.^a (LINDE, 1979, 342-349).

Esta vía especial de iniciativa autonómica de la transitoria 4.^a **no impide la utilización por Navarra de otras vías autonómicas previstas en el texto constitucional**, pues obviamente solo sirve para un supuesto concreto y diferente, la integración en el País Vasco. Por tanto, Navarra tenía ante sí varias opciones: mantener su «estatus» de provincia foral con base en las leyes de fueros de 1839 y 1841, la utilización de las vías de iniciativa autonómica de art. 143 dado su innegable carácter de «entidad regional histórica» o del art. 151 para lograr una autonomía plena y la actualización del régimen foral de acuerdo con la disposición adicional 1.^a CE (LOPERENA ROTA, 1988, 232-234).

La disposición transitoria 4.^a es el resultado del consenso y recoge una fórmula transaccional entre pretensiones políticas dispares, pues pretende dar respuesta a un problema político de indudable magnitud sin adoptar partido, articulando un procedimiento singular en el que la posibilidad de incorporación de Navarra al Consejo General del País Vasco o a la Comunidad Autónoma del País Vasco corresponde a la decisión libre y volun-

taria de Navarra, al atribuirse la iniciativa únicamente al órgano foral competente y exigir su ratificación en referéndum por los navarros (DEL BURGO, 1987, pág. 101). Es, en suma, una norma de mínimos que plantea una posibilidad concreta, fija algunas condiciones y al tiempo deja abiertas otras opciones para la institucionalización de Navarra dentro del sistema autonómico, correspondiendo al pueblo navarro y a sus instituciones adoptar o elegir la alternativa que estimen más oportuna o conveniente.

2. Doble posibilidad de incorporación: el procedimiento

La Constitución se sitúa en el paso del sistema preautonómico preexistente al nuevo modelo autonómico a implantar, por lo que la disposición transitoria 4.^a contempla una doble posibilidad de incorporación de Navarra, tanto al Consejo General del País Vasco como al régimen autonómico vasco que le sustituya (PÉREZ CALVO, 1986, 29).

La primera de esas posibilidades de incorporación —que es la contemplada en los Reales Decretos-leyes 1 y 2/1978— no tuvo lugar y decayó una vez extinguido el Consejo General Vasco con la aprobación del EAPV y la constitución de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

El segundo principio de incorporabilidad, aunque no menciona a la Comunidad, se refiere a la Comunidad Autónoma del País Vasco, como indica el EAPV; esto es, a la Comunidad ya constituida y no a la constitución de la misma (PÉREZ CALVO, 1986, 31).

La disposición transitoria 4.^a fija un procedimiento para llevar a cabo, en su caso, esa incorporación, con una regulación parca y limitada a la primera fase de integración, que debe ser complementada por las previsiones de la LORAFNA ceñida también a esa primera fase y del EAPV, que recoge la fase posterior de reforma estatutaria. Este procedimiento se compone, por ello, de dos fases:

a) La fase de incorporación, que, a su vez, se integra de dos trámites: la iniciativa que corresponde al órgano foral competente, que es ahora el Parlamento de Navarra (disposición adicional 2.^a LORAFNA), que debe adoptar su decisión por mayoría de los miembros que lo componen. Y la ratificación de esa iniciativa por el pueblo navarro en referéndum expresamente convocado al efecto y aprobado por la mayoría de los votos válidos emitidos.

Si la iniciativa no prosperase, solamente se podrá reproducir en distinto período del mandato del Parlamento de Navarra, y en todo caso cuando haya transcurrido el plazo mínimo de cinco años en virtud de la remisión al art. 151 CE.

Y si la iniciativa prospera, se entendería que Navarra ha aprobado su incorporación a la Comunidad Autónoma del País Vasco, pasando a la segunda fase de reforma del Estatuto Vasco.

b) La fase de reforma estatutaria, regulada en el art. 47.2 del EAPV, se ajustará al procedimiento, a fijar de forma conjunta por el Congreso y por el Senado, que incluirá necesariamente los requisitos siguientes: la aprobación por el Parlamento de Navarra, la aprobación mediante Ley Orgánica y el referéndum del conjunto de los territorios afectados. La dificultad reside en la interpretación de este último requisito en cuanto al modo de computar los resultados: bien un cómputo global en el conjunto de los cuatro territorios (ÜRRETA-VIZCAYA AÑORGA, 1992, 204), o bien es imprescindible la obtención de un voto positivo o favorable en Navarra e incluso la aprobación de la reforma en cada uno de los cuatro territorios afectados (PÉREZ CALVO, 1986, 33-34).

3. Consecuencias de la incorporación: extinción de la Comunidad Foral de Navarra y de la LORAFNA

La incorporación de Navarra al País Vasco, tras la superación de esas dos fases, conlleva-

ría la extinción de la Comunidad Foral de Navarra, que pasaría a ser uno de los territorios históricos de la Comunidad Autónoma Vasca y, por consiguiente, aunque no está prevista, la abrogación de la LORAFNA, en cuanto norma institucional básica equivalente a un EA (por todas, STC 173/2014, de 23 de octubre, FJ 3), al desaparecer la condición de Comunidad propia. Ello dejaría en el aire la posible separación de Navarra de la nueva Comunidad Autónoma —prevista en la LORAFNA, pero no en la CE—, salvo que se incluyera en el nuevo texto estatutario vasco resultante de la incorporación.

V. LA INAPLICACIÓN DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA CUARTA Y SUS DIFICULTADES TRAS LA LORAFNA

De las distintas opciones permitidas en la Constitución, Navarra no eligió la vía de la disposición transitoria 4.^a, sino un procedimiento singular con fundamento en la disposición adicional 1.^a, que se inició con el RD 121/1979 y culminó con la LORAFNA.

La vía de disposición transitoria 4.^a fue planteada en el Parlamento Foral de Navarra mediante una moción presentada por el parlamentario don Jesús Casajús Martínez sobre la incorporación de Navarra a las Instituciones Comunes del País Vasco, que fue rechazada por mayoría (4 votos a favor, 7 en contra y 4 abstenciones) en la Comisión de Régimen Foral en sesión celebrada el 17 de diciembre de 1979 (*Diario de Sesiones del Parlamento Foral de Navarra* núm. 6, Comisión de Régimen Foral, págs. 4 a 21).

Y, sobre todo, **la LORAFNA dispone la institucionalización de Navarra como una entidad autónoma con personalidad jurídica y autogobierno propios, utilizando la vía de la disposición adicional 1.^a (STC 16/1984, de 6 de febrero) y sin hacer uso, por consiguiente, de la transitoria 4.^a** En efecto, Navarra constituye una Comunidad

Foral con régimen, autonomía e instituciones propias, indivisible e integrada en la Nación española y solidaria con todos sus pueblos (art. 1 LORAFNA), separada de la Comunidad Autónoma del País Vasco, sin perjuicio de la posible cooperación con ella, que recibe una mención expresa (art. 70.2 y 3). Esa opción comporta la no incorporación a la Comunidad Autónoma del País Vasco, por lo que la utilización por esta de los símbolos propios de Navarra infringe la citada transitoria constitucional e invade las competencias de Navarra (STC 94/1985, de 29 de julio, caso *Escudo de Navarra*).

Tras la LORAFNA se acrecientan las complejidades interpretativas de la transitoria 4.^a de la CE, pues no está previsto el supuesto de la configuración de Navarra como ente autonómico y la repercusión sobre su norma institucional básica de una posterior integración en otro ente territorial. Como ha señalado LOPERENA ROTA (1988, pág. 233), una vez aprobado un régimen autonómico para Navarra, parece que ya no puede hablarse de *incorporación*, puesto que se trata de constituir una *nueva* Comunidad, con territorio, población y Estatuto distinto de las anteriores; y es que —a decir de este autor— dicha disposición está sistemáticamente situada entre las transitorias y prevista para ser utilizada antes de que Navarra accediera a la autonomía contemplada en la CE y, sin embargo, tanto de su párr. 2.º como de la disposición adicional 2.^a de la LORAFNA parece deducirse una vocación de permanencia de este procedimiento, que solo con impropiedad puede llamarse de incorporación. Incluso se ha sostenido la pérdida de vigencia o extinción de la disposición transitoria 4.^a (L. F. MEDRANO y BLASCO y otros, 1988, *in toto*) o se ha sugerido su supresión en una futura reforma de la CE que recoja el actual mapa autonómico, apuntando incluso la duda sobre su vigencia, una vez que Navarra ha dejado de ser provincia foral para erigirse en Comunidad Foral (Informe sobre las modificaciones de la Constitución Española, aprobado por el Pleno del Consejo de Estado el 16 de febrero de 2006).

BIBLIOGRAFÍA

DEL BURGO, J. I., *Introducción al estudio del Amejoramiento del Fuero (Los derechos históricos de Navarra)*, Gobierno de Navarra, Pamplona, 1987.

- *La reforma de la Constitución: ¿imparable o irresponsable?; La disposición transitoria cuarta y Navarra: ¿caballo de Troya o garantía?*, Ediciones Académicas, Madrid, 2004.

ENTRENA CUESTA, R., en GARRIDO FALLA, F., *Comentarios a la Constitución*, 2.^a ed., Civitas, Madrid, 1985, págs. 2445-2446.

LINDE, E., «Procedimientos de creación de Comunidades Autónomas», *Documentación Administrativa*, núm. 182, 1979.

LOPERENA ROTA, D., *Derecho histórico y régimen local de Navarra*, Gobierno de Navarra, Pamplona, 1987.

MEDRANO Y BLASCO, L. F. y otros, *Estudio sobre la extinción de la Disposición Transitoria Cuarta de la Constitución Española*, Burlada, Navarra, 1988.

MUÑOZ MACHADO, S., *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, 2.^a ed., 2 tomos, Iustel, Madrid, 2007.

PÉREZ CALVO, A., «La disposición transitoria cuarta de la Constitución», *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 1, 1986.

RAZQUIN LIZARRAGA, J. A., *Fundamentos jurídicos del Amejoramiento del Fuero. Derechos Históricos y Régimen Foral de Navarra*, Gobierno de Navarra, Pamplona, 1989.

- «Navarra en la Constitución», en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., *Derecho público foral de Navarra. El Amejoramiento del Fuero*, Gobierno de Navarra y Civitas, Madrid, 1990, págs. 151-221.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A., «Disposición adicional segunda», en *Comentarios a la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra*, MAP, Madrid, 1992.

URRETAVIZCAYA AÑORGA, I., «La Disposición Transitoria Cuarta de la Constitución», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 24, 1992.

Disposición transitoria quinta

Las ciudades de Ceuta y Melilla podrán constituirse en Comunidades Autónomas si así lo deciden sus respectivos Ayuntamientos, mediante acuerdo adoptado por la mayoría absoluta de sus miembros y así lo autorizan las Cortes Generales, mediante una ley orgánica, en los términos previstos en el artículo 144.

Sumario: I. Introducción. II. La peculiar posición que ocupan las Ciudades Autónomas en la organización territorial del Estado. III. El acceso de las Ciudades Autónomas al Tribunal Constitucional.

JOSÉ MARÍA PORRAS RAMÍREZ

CATEDRÁTICO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
UNIVERSIDAD DE GRANADA

I. INTRODUCCIÓN

La disposición transitoria **permite la inserción de Ceuta y Melilla en el modelo de Estado compuesto prefigurado en la Constitución**. Se establece, así, la posibilidad de que adquieran la condición de Comunidades Autónomas, para lo que habrán de dotarse del correspondiente Estatuto de Autonomía. No obstante, dado su carácter singular, se estará, a esos efectos, a lo preceptuado en el art. 144.b) de la Norma Fundamental, el cual determina que, aun debiendo corresponderle la iniciativa a sus respectivos Ayuntamientos, habrán de ser las Cortes Generales quienes, extraordinariamente, lo autoricen, «por motivos de interés nacional», al tratarse de territorios que no se encuentran integrados en organización provincial alguna.

II. LA PECULIAR POSICIÓN QUE OCUPAN LAS CIUDADES AUTÓNOMAS EN LA ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DEL ESTADO

De ese modo, las Leyes Orgánicas 1/1995 y 2/1995, de 13 de marzo, culminaron la organi-

zación territorial del Estado, al venir a aprobar dos normas estatutarias, esencialmente idénticas, que dieron lugar a la creación de dos entes territoriales ciertamente peculiares. Y es que, si bien estos en ningún momento fueron considerados, formalmente, Comunidades Autónomas, a pesar de que la Constitución incitara a ello, de acuerdo con lo indicado en su propia disposición transitoria 5.^a, lo cierto es que asumieron algunos de los rasgos característicos que singularizan a aquellas, al tiempo que se les privaba de otros, no menos relevantes.

La razón de ello estriba en el **carácter atípico que muestran tales Estatutos**, lo que les hace diferir cualitativamente de sus homónimos.

Así, los mismos no se ven acompañados de la garantía fundamental que resulta inherente a toda norma institucional básica de una Comunidad Autónoma: la que asegura su inmodificabilidad unilateral por parte del legislador estatal. No en vano, los Estatutos de Ceuta y Melilla pueden ser reformados sin requerir el concurso del territorio afectado, esto es, basando con la iniciativa de las Cortes Genera-

les y del Gobierno, que, aun así, habrán de atenerse al procedimiento establecido en tales normas (art. 41).

A ello se une, destacadamente, el hecho de que tales Estatutos no establecen habilitación alguna para el ejercicio de la potestad legislativa.

Cabe así concluir afirmando que **dichos entes territoriales carecen de la garantía constitucional de la autonomía que se predica de las nacionalidades y regiones.**

No obstante, pese a esas insuficiencias indicadas, no deja de ser menos cierto, también, que **los Estatutos de ambas «Ciudades Autónomas» satisfacen las exigencias que, con carácter mínimo, contempla el art. 147.2 de la Constitución.** Así, además de denominar y delimitar el territorio y organizar sus instituciones propias, tales normas determinan las competencias que asumen dichos entes territoriales, dentro del marco establecido por la Constitución. Esas competencias son el resultado de yuxtaponer las atribuciones que son inherentes a un gobierno local, entendiéndose por tales, en este caso, las que resultan de sumar las que posee un ayuntamiento y una diputación provincial (art. 25), con buena parte de las que son características de una Comunidad Autónoma.

De ello resulta la conformación de unos entes territoriales ciertamente singulares, que, a pesar de sus diferencias estructurales, vienen a completar, según se insiste en destacar en los respectivos preámbulos estatutarios, la organización territorial del Estado. De ahí que su existencia afecte, inevitablemente, al desarrollo y funcionamiento del mismo.

Dichos Estatutos incluyen **un amplio listado de materias sobre las que ambas Ciudades Autónomas podrán ejercer sus competencias.** Así, dada la tardía elaboración de ambas «normas institucionales básicas», las competencias asumidas por las mismas, además de recaer sobre todas las materias que la

Constitución menciona en su art. 148.1, lo hacen, también, sobre algunas de aquellas que la Ley Orgánica 9/1992 tuvo a bien transferir a las Comunidades Autónomas de régimen común, las cuales se acabaron incorporando a sus Estatutos, en virtud de las reformas efectuadas, posteriormente, en aquellos.

Cuestión bien distinta es la que lleva a reparar en las más limitadas facultades que, en comparación con las que se atribuyen a dichas Comunidades Autónomas, se permite ejercer a Ceuta y Melilla, en relación con tales materias. Así, el ya mencionado art. 21 de sus respectivos Estatutos contempla un listado de aquellas sobre las que las mencionadas Ciudades Autónomas poseen facultades, consistentes en la «administración, inspección y sanción, y en los términos que establezca la legislación del Estado, el ejercicio de la potestad normativa reglamentaria». A su vez, por su parte, el art. 22 de los respectivos Estatutos enumera las materias con respecto a las cuales ambos Estatutos poseen, igualmente, facultades ejecutivas de la legislación estatal, pudiendo así ejercer, más limitadamente, «la potestad normativa reglamentaria para la organización de los correspondientes servicios».

En consecuencia, la distinción fundamental que, en materia competencial, media entre las Ciudades y las Comunidades Autónomas, más que radicar en la mayor o menor amplitud de las materias sobre las que se asignan competencias a los respectivos entes territoriales, estriba en las facultades, de, en principio, muy desigual alcance, que, a unas y a otras, se les permite desarrollar. Y es que, **al no haberseles asignado la potestad legislativa, Ceuta y Melilla solo pueden ejercer una potestad reglamentaria** que, en ocasiones, tendrá una proyección *ad extra*, en el marco previamente determinado por la legislación del Estado (art. 21.2); mientras que, en otros casos, únicamente repercutirá *ad intra*, contrayéndose al dictado de normas estatutarias de autoorganización (art. 22.2). Aun así, en ambas situaciones, reforzando con ello su legitimidad democrática,

será, en todo caso, a la Asamblea, que no al Consejo de Gobierno, a quien corresponderá el ejercicio de tales potestades normativas [art. 12.1.a)].

Queda, pues, al criterio discrecional del legislador estatal la definición del alcance del autogobierno de que gozan las Ciudades Autónomas sobre las materias de su competencia, el cual, a tenor de lo dispuesto en sus Estatutos, implica, en cualquier caso, el necesario señalamiento de un contenido mínimo que se sustrae a su libertad de disposición.

De todas formas, semejante sistema de ordenación conlleva que el legislador estatal sea quien apodere o desapodere a Ceuta y Melilla, ya sea regulando por sí mismo lo más relevante de la materia en cuestión, hasta el punto de llegar a comprimir, en buen medida, el margen de actuación normativa con que cuentan dichas Ciudades Autónomas; ya sea habilitándolas ampliamente para que sean ellas quienes, por sí mismas, de acuerdo con su libre criterio, efectúen el grueso de la regulación, dentro del marco genérico fijado.

Por tanto, **de la actitud del legislador estatal dependerá que aquellas puedan desarrollar, efectivamente, su autogobierno**, constituyendo así un ordenamiento autonómico propio; o bien, por el contrario, hayan de limitarse al desarrollo de competencias residuales, genéricamente reconducibles al desarrollo de tareas de ejecución administrativa, más propias de un gobierno local que de una Comunidad Autónoma.

De optar por la segunda de las alternativas que se le presentan, el legislador generará, mediante sus intensas intervenciones singulares, referidas exclusivamente a ciertos territorios, como son las ciudades de Ceuta y Melilla, pero, en frecuentes ocasiones, con una vocación encubierta de aplicación supletoria para el resto del Estado, disfunciones importantes en el desenvolvimiento armónico y equilibrado del modelo autonómico de organización territorial.

Tal hecho justifica que, en tanto en cuanto no se proceda a una reforma estatutaria de la que resulte la plena equiparación de Ceuta y Melilla a las Comunidades Autónomas, lo que implica, necesariamente, dotarlas de una potestad legislativa propia, se postule una autolimitación de la actuación normativa del Estado a los casos en que la misma resulta jurídicamente ineludible. La intención no es otra que hacer posible que sean los propios entes territoriales de referencia quienes, de no mediar una reserva de ley, puedan desplegar, plena y efectivamente, su capacidad normativa propia, con trascendencia externa, en ejercicio de su autonomía política. Y es que solo si dicha facultad puede desenvolverse disponiendo de una amplia libertad de configuración, ambas Ciudades Autónomas tendrán la posibilidad de desarrollar las potencialidades de su autogobierno, paliando así, siquiera sea materialmente, la carencia de potestad legislativa que les afecta.

III. EL ACCESO DE LAS CIUDADES AUTÓNOMAS AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Ese llamamiento a la realización de una interpretación integradora, «tendente a la simetría» de los principales rasgos diferenciadores que asisten, a día de hoy, a Ceuta y Melilla, en aras de contribuir a un funcionamiento más coherente del Estado autonómico, no solo guarda relación con el ejercicio de su potestad normativa, en desarrollo de sus competencias, sino que, entre otros aspectos relevantes, se vincula —también destacadamente— a **la legitimación que se atribuye a ambas Ciudades Autónomas para proceder a la impugnación de leyes** que, a su juicio, generan un menoscabo de su autonomía. Sorprende así que no se haya hecho referencia expresa alguna, en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, a las singularidades, derivadas de su respectivo Estatuto de Autonomía, que concurren en tales Ciudades Autónomas.

Gracias a dichos Estatutos, Ceuta y Melilla cuentan, según se ha indicado, con un conjunto de competencias, de naturaleza genuinamente autonómica, que propician una modalidad de autogobierno, cuando menos en potencia, susceptible de llegar a asimilarse a aquel que disfrutaban las nacionalidades y regiones; el cual viene a añadirse al haz de competencias que les permiten, al tiempo, atender las necesidades y aspiraciones de sus respectivas comunidades vecinales.

De ahí resulta la paradoja de hallarse estas Ciudades Autónomas entre las principales beneficiarias del proceso constitucional conocido como *conflicto en defensa de la autonomía local*, el cual las faculta para recurrir normas con rango de ley, de procedencia inevitablemente estatal, en los supuestos en que las mismas consideren afectado lesivamente su círculo de intereses locales. Pero, al tiempo que esto ocurre, se las deja inermes a la hora de impetrar, frente a la acción de leyes estatales, la defensa, acorde con su naturaleza, de las competencias con que cuentan, dotadas de trascendencia claramente autonómica.

Ninguno de estos distingos efectúa, empero, **el Tribunal Constitucional, que insiste en reputar a Ceuta y Melilla, a efectos, tanto sustantivos como procesales, meros entes locales** (AATC 320/1995, 10/1996, 201 y 202/2000 y STC 240/2006), no reparando en la distinta naturaleza, ya local, ya autonómica, de las competencias de que son titulares ambas Ciudades Autónomas.

Esa reducción de su estatus devalúa su posición constitucional, negando sentido alguno a la particular configuración estatutaria que ambas han recibido, la cual no pretende sino propiciar, siquiera sea de manera peculiar y atípica, su inserción en el Estado autonómico, completando así la organización territorial del mismo.

En consecuencia, habida cuenta de la imprevisión del legislador, probablemente lo más ade-

cuado sería que el Tribunal Constitucional introdujera una nueva orientación en su jurisprudencia, a efectos de reevaluar la condición que le merecen tales Ciudades Autónomas. Optar por tutelar constitucionalmente la autonomía de que gozan las mismas, como si esta tuviera, exclusiva y uniformemente, una consideración tan solo local, debiendo, por tanto, articularse en amparo directo frente a leyes, a través del conflicto en defensa de la autonomía local, desmerece su posición, intensificando así los rasgos asimétricos que presenta la organización territorial del Estado.

De ahí que, quizá, lo idóneo sea reconocerles a Ceuta y Melilla legitimación activa para plantear recursos de inconstitucionalidad, en los supuestos, al menos, en que sus competencias de naturaleza autonómica, garantizadas estatutariamente, se vean, con manifiesta desproporción, vaciadas de todo contenido por la acción del legislador estatal. Así, una interpretación del art. 32.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que extienda a los órganos colegiados ejecutivos y a las asambleas de Ceuta y Melilla la legitimación con la que ya cuentan, a esos efectos, las instituciones homónimas de las Comunidades Autónomas, conduciría derechamente a ello, sin necesidad de operar cambio legislativo alguno.

En este sentido resulta sumamente elocuente el hecho de que la Ley Orgánica 7/1999, introductoria del procedimiento en cuestión, no haga mención alguna a ambas Ciudades Autónomas, a efectos de conferirles legitimación activa en el conflicto en defensa de la autonomía local. Ello contrasta, abiertamente, con las referencias que se hacen a otros «sujetos especiales», como son las Islas, Cabildos, Consejos Insulares, Juntas Generales y Diputaciones Generales, que, en tanto que titulares de regímenes locales singulares, merecen alusiones específicas en las disposiciones adicionales 3.^a y 4.^a de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Semejante silencio acerca de Ceuta y Melilla no parece que exprese, cuando menos en

este caso, un olvido del legislador, sino una decisión consciente del mismo, sabedor de que ambas Ciudades Autónomas desbordan la condición de meros gobiernos locales, dada su inserción, por vía estatutaria, en el Estado autonómico, como piezas integrantes del mismo.

Aun así, el supremo intérprete de la Norma Fundamental, fiel a su constante jurisprudencia, ha cerrado las puertas, siquiera por ahora, a ese reconocimiento, al reiterar, de forma nítida, en el FJ 4 de su Sentencia núm. 240/2006, que Ceuta (como Melilla), no es más que un ente local, que no una Comunidad Autónoma. De ahí que haya considerado que la misma solo puede recurrir directamente las leyes que entiende que afectan negativamente a su círculo de intereses, acudiendo al único procedimiento que le permite el acceso inmediato a la justicia constitucional, esto es, al conflicto en defensa de la autonomía local. De ese modo, el Tribunal Constitucional ha hecho caso omiso a las referencias que se contienen, tanto en el Preámbulo como en el articulado de su Estatuto, las cuales vienen a indicar que «Ceuta (léase, indistintamente, Melilla) accede a su régimen de autogobierno, gozando de autonomía para la gestión de sus intereses, integrándose y completando el sistema autonómico que se ha desarrollado a partir de la Constitución española» (Preámbulo y art. 1); o a aquellas otras que, en desarrollo de esa declaración de principio, llevan a dicha norma institucional básica a establecer la denominación (art. 1) y delimitación de su territorio (art. 2); su bandera, escudo e himno (art. 3); los principios u objetivos a que se orienta su autogobierno (art. 5); el nombre asignado a sus órganos institucionales, los cuales resultan idénticos a los que se atribuyen a aquellos con que se dota a las Comunidades Autónomas (art. 6); la nueva estructura organizativa que asume, la cual viene a superponerse a la municipal, ya existente (arts. 7 a 19); o el listado de competencias, genuinamente autonómicas, con que cuenta dicha Ciudad, las cuales traen causa de los arts. 148 y 149 CE (arts. 21 y 22), añá-

diéndose, novedosamente, a aquellas con que dicho ente territorial ya contaba, en su condición previa de gobierno local, que sigue manteniendo (art. 25).

Ciertamente, el Tribunal Constitucional es consciente, como pone de manifiesto el FJ 7 de su STC 240/2006, de la brecha que se abriría en el sistema de justicia constitucional si Ceuta y Melilla no pudieran instar la tutela directa de todas sus competencias, en los supuestos en que crean afectada alguna de las mismas, de resultas de la acción de una ley estatal. Por eso, aun reconociendo que la autonomía de que goza la ciudad de Ceuta es «diferente de aquella de la que disponen los municipios que se rigen por la legislación estatal», al disponer «de un régimen especial de autonomía basado en el procedimiento previsto en el art. 144.b) CE», señala que este no es más que «**un régimen singular de autonomía local**», que el legislador determina en virtud de la «garantía plural de las autonomías municipal y provincial» contemplada en los arts. 137, 140 y 141 CE, lo que habilita para establecer «las facultades de carácter especial que puedan venir atribuidas a algunos entes locales, en virtud de las circunstancias que tengan reflejo en su régimen jurídico».

De ahí que reiterando que Ceuta (como Melilla) carece de legitimación activa en el recurso de inconstitucionalidad, al no ser una Comunidad Autónoma, e insistiendo en que todas sus competencias son propias de un gobierno local, el Tribunal Constitucional aproveche la reforma introducida en su Ley Orgánica reguladora para considerar a la totalidad de las mismas, sin distinción cualitativa alguna, amparables directamente, frente a leyes, a través de la nueva vía de acceso a su jurisdicción que entraña el conflicto en defensa de la autonomía local.

Sin embargo, por las razones ya indicadas, las cuales se fundamentan tanto en su Estatuto como en los deseos de alcanzar un más equilibrado y armónico funcionamiento del Estado autonómico, **no comparto esta concepción**

reduccionista del estatus que asiste a ambas Ciudades Autónomas. Entiendo así, más bien coincidiendo con lo expresado por el Abogado del Estado en el proceso que desembocó en la STC 240/2006, que el peculiar régimen competencial que posee Ceuta y Melilla no está amparado, a través de dicho procedimiento, en lo que aquel excede de la autonomía local constitucionalmente garantizada.

Por ello, cuando se vea afectada una competencia, originariamente atribuida a Ceuta o a Melilla por su Estatuto correspondiente, y se compruebe que la misma sea más propia de una Comunidad Autónoma que de un ente local, estimo que su defensa debe articularse, bien promoviendo un control indirecto y mediato de constitucionalidad de la norma legal supuestamente lesiva de la misma, solicitando al órgano jurisdiccional competente el planteamiento de la oportuna *cuestión de inconstitucionalidad*, en el curso del juicio de legalidad de que conoce, de resultados de la impugnación de un acto o disposición dictados en aplicación de la ley de referencia; bien, directamente, realizando una interpretación ex-

tensiva del art. 32.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en orden a facultar a la Asamblea y al Consejo de Gobierno de Ceuta y Melilla para que puedan plantear, si así lo acuerdan, un *recurso de inconstitucionalidad* contra la norma legal en cuestión. Además, tampoco creo que deba excluirse la posibilidad de que tales Ciudades Autónomas puedan ver reconocida la facultad de interponer un *conflicto de competencia*, el cual podría dar lugar, mediatamente, a un examen de la norma legal originaria de la controversia.

En cualquier caso, se deben normalizar las posibilidades de acceso de ambas Ciudades Autónomas al Tribunal Constitucional, en tanto que entes territoriales integrados, a través de sus respectivos Estatutos de Autonomía, siquiera sea peculiarmente, en la estructura compuesta del Estado. De ahí que se promueva su equiparación a las Comunidades Autónomas, al menos en las ocasiones en que aspiren a recabar la tutela constitucional de aquellas dimensiones de su autogobierno que sus Estatutos les reconocen, haciéndoles trascender a la mera condición de gobiernos locales.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ CONDE, E., «Artículo 144: intervención de las Cortes en el proceso autonómico», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tomo XI: Artículos 143-158, Edersa, Madrid, 1999, págs. 51-71.

BALAGUER CALLEJÓN, F., «Naturaleza jurídica del Estatuto de Autonomía de la Ciudad Autónoma de Melilla», en FERNÁNDEZ PAVÉS, M.^a J., *Estatuto de Autonomía y régimen fiscal de Melilla*, Cedecs, Barcelona, 1998, págs. 53-65.

CASTELLÀ ANDREU, J. M.^a y PONS PARERA, E., «Los Estatutos de Autonomía de Ceuta y Melilla», en VV. AA., *Informe Pi i Sunyer sobre Comunidades Autónomas*, Fundació Pi i Sunyer, Barcelona, 1996.

COLOMER VIADEL, A., «Disposición Transitoria Quinta», en ALZAGA VILLAAMIL O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tomo XII: Artículos 159 al final, Edersa, Madrid, 1999, págs. 681-700.

LÓPEZ MIRA, A. X., «Ceuta y Melilla, ¿Comunidades Autónomas o peculiares entes locales?», *Revista de Derecho Político*, núm. 43, 1997, págs. 147-156.

MONTILLA MARTOS, J. A., «La asimetría de las Ciudades Autónomas», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 57, 1999, págs. 65-86.

MUÑOZ MACHADO, S., *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, Iustel, Madrid, 2007.

POMED SÁNCHEZ, L., «Jurisprudencia constitucional sobre administración local. Primera sentencia dictada en un conflicto en defensa de la autonomía local», *Anuario del Gobierno Local 2006*, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2007, págs. 233-257.

PORRAS RAMÍREZ, J. M.^a, «Las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla y el conflicto en defensa de la autonomía local. Comentario a la STC 240/2006, de 20 de julio», *Revista de Derecho Político*, núm. 68, 2007, págs. 77-103.

REQUEJO RODRÍGUEZ, P., «Ceuta y Melilla, ¿Ciudades con Estatuto de Autonomía o con Estatutos de heteroorganización?», *Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica*, núm. 277, 1998, págs. 55-70.

Disposición transitoria sexta

Cuando se remitieran a la Comisión Constitucional del Congreso varios proyectos de Estatuto, se dictaminarán por el orden de entrada en aquella, y el plazo de dos meses a que se refiere el artículo 151 empezará a contar desde que la Comisión termine el estudio del proyecto o proyectos de que sucesivamente haya conocido.

CÉSAR AGUADO RENEDO

PROFESOR DE DERECHO CONSTITUCIONAL
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

Dos contenidos componen esta peculiar disposición transitoria. De un lado, **un criterio temporal para todos los proyectos estatutarios que deban pasar por la Comisión Constitucional del Congreso:** cualquiera que fuere el cauce del que provengan o por el que hayan sido propuestos, se dictaminarán por el orden de entrada en tal Comisión, que no necesariamente debe ser el mismo de su entrada en la Cámara (criterio este originario en el Anteproyecto para esta disposición constitucional). Esta regulación difiere de la que tenía en el Informe de la Ponencia (ubicada en él como disposición transitoria cuarta), puesto que se añadía en el mismo un párrafo otorgando prioridad a los proyectos «procedentes de Comunidades Autónomas» —queriendo referirse a los territorios que pretendían tal condición— que contasen con régimen preautonómico al tiempo de entrar en vigor la Constitución y, a su vez, dentro de estos, a los que se les hubiese conferido dicho régimen con anterioridad, que coincidían con los territorios de la disposición transitoria segunda. Mediante enmienda *in voce* del partido entonces mayoritario se suprimió dicho párrafo.

De otro lado, la disposición transitoria sexta dispone **un criterio específico para los proyectos estatutarios que provengan del**

cauce del art. 151 CE, y más en concreto para el plazo de dos meses que prevé el art. 151.2.2.º CE como tiempo para que el proyecto de Estatuto sea examinado por la Comisión Constitucional del Congreso con el concurso de la Asamblea proponente y se formule definitivamente la propuesta sobre el mismo: lo que la disposición transitoria sexta establece es que tal plazo empezará a contar desde que la Comisión en cuestión finalice el estudio del proyecto o proyectos de que sucesivamente haya conocido, es decir, la Comisión ha de proceder subsecuentemente con los proyectos de los que vaya conociendo (no, pues, simultáneamente con todos o con algunos de ellos).

En realidad, el contenido de la disposición transitoria sexta que nos ocupa dispone dos extremos de mero trámite procedimental, cuya sede más apropiada hubiera sido, sin duda, el Reglamento parlamentario. La constitucionalización de tales extremos parece que puede explicarse bien por la relevancia política que, en el momento de la conformación originaria de la nueva ordenación territorial del Estado, hubiera podido adquirir la preterición temporal de unos proyectos de Estatuto respecto de otros y, en particular, en cuanto al segundo inciso, también por la posibilidad de pendencia *sine die* de alguno de los que permi-

tía acceder desde el principio a la autonomía más completa. El carácter transitorio de la regulación, sin embargo, no tiene más fundamento teórico que el que puedan tener la mayoría de los contenidos del Capítulo III del Título VIII CE, que no es otro que la vocación de perdurabilidad del mapa territorial, tal y como resultase inicialmente. Pero **no solo no hay nada que impida eventualmente volver a usar esta disposición transitoria con motivo de las varias propuestas de reformas estatutarias que concurriesen en el tiempo y requiriesen de un orden para su tramitación: es que ello resulta obligado** como consecuencia del juego de remisiones normativas que comienzan con el ap. 7.º de la Resolución de la Presidencia del Congreso de los Diputados sobre el procedimiento a seguir para la tramitación de la reforma de los Estatutos de Autonomía. Dicho precepto se remite, entre otros, al art. 139 RCD en relación con la forma de obtener el acuerdo entre la Comisión Constitucional del Congreso y la delegación de

la Asamblea autonómica proponente del proyecto de (reforma de) Estatuto; el art. 139.1 RCD empieza adoptando como referencia temporal justamente «El mismo día en que deba iniciarse el cómputo del plazo de dos meses, de acuerdo con el artículo anterior», que evidentemente es el art. 138 RCD; y este, tras determinar que «El plazo de dos meses a que se refiere el art. 151.2.2 de la Constitución empezará a contarse a partir del día en que finalice el plazo de presentación de los motivos de desacuerdo», aclara, precisamente, que «El cómputo de dicho plazo respetará lo preceptuado en la disposición transitoria sexta de la Constitución». La transitoriedad de este contenido constitucional conforme a su ubicación en la Norma Fundamental ha devenido, por tanto, de la regulación de los trámites que en el seno de la Cámara baja han de observar los proyectos de reforma de los Estatutos de Autonomía, regulación que constituye un contenido permanente, **en tanto en cuanto dicha regulación parlamentaria no disponga otra cosa.**

Disposición transitoria séptima

Los organismos provisionales autonómicos se considerarán disueltos en los siguientes casos:

- a) Una vez constituidos los órganos que establezcan los Estatutos de Autonomía aprobados conforme a esta Constitución.*
- b) En el supuesto de que la iniciativa del proceso autonómico no llegara a prosperar por no cumplir los requisitos previstos en el artículo 143.*
- c) Si el organismo no hubiera ejercido el derecho que le reconoce la disposición transitoria primera en el plazo de tres años.*

Véase la disposición transitoria 3.^a

Disposición transitoria octava

1. *Las Cámaras que han aprobado la presente Constitución asumirán, tras la entrada en vigor de la misma, las funciones y competencias que en ella se señalan, respectivamente, para el Congreso y el Senado, sin que en ningún caso su mandato se extienda más allá del 15 de junio de 1981.*

2. *A los efectos de lo establecido en el artículo 99, la promulgación de la Constitución se considerará como supuesto constitucional en el que procede su aplicación. A tal efecto, a partir de la citada promulgación se abrirá un período de treinta días para la aplicación de lo dispuesto en dicho artículo.*

Durante este período, el actual Presidente del Gobierno, que asumirá las funciones y competencias que para dicho cargo establece la Constitución, podrá optar por utilizar la facultad que le reconoce el artículo 115 o dar paso, mediante la dimisión, a la aplicación de lo establecido en el artículo 99, quedando en este último caso en la situación prevista en el apartado 2 del artículo 101.

3. *En caso de disolución, de acuerdo con lo previsto en el artículo 115, y si no se hubiera desarrollado legalmente lo previsto en los artículos 68 y 69, serán de aplicación en las elecciones las normas vigentes con anterioridad, con las solas excepciones de que en lo referente a inelegibilidades e incompatibilidades se aplicará directamente lo previsto en el inciso segundo de la letra b) del apartado 1 del artículo 70 de la Constitución, así como lo dispuesto en la misma respecto a la edad para el voto y lo establecido en el artículo 69.3.*

PEDRO ORTEGO GIL

CATEDRÁTICO

UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

La Ley 1/1997, de 4 de enero, para la Reforma política, dotada del «rango fundamental», determinó que la «potestad de elaborar y aprobar las leyes reside en las Cortes», compuestas por el Congreso de los Diputados y el Senado, cuyo mandato sería de cuatro años. Con esta prescripción se alteraba, que no de-

rogaba, entre otros textos de la Dictadura, la Ley constitutiva de las Cortes de 1942 y la Ley Orgánica del Estado de 1967. El art. 3 atribuyó la «iniciativa de reforma constitucional» al Gobierno o al Congreso de los Diputados. La mayoría absoluta de las nuevas Cámaras debía aprobar la «reforma constitucional» y,

además, someterse a referéndum de la nación la «ley de reforma constitucional» antes de que el Rey la sancionara. Incluso, el propio Rey podría someter al pueblo «una opción política de interés nacional, sea o no de carácter constitucional». Estas Cámaras podrían tramitar, obviamente, proyectos de ley ordinaria. Al mismo tiempo se encomendaba al Gobierno la regulación de las primeras elecciones a Cortes, en concreto para la elección de trescientos cincuenta diputados y doscientos siete senadores, a los que habría que añadir los senadores de designación real. Una vez constituidas las Cortes, serían designadas las pertinentes comisiones para asumir las funciones previstas en los arts. 12 y 13 de la citada Ley de 1942. Cabe recordar estos datos porque tendrían su repercusión en el contenido de la disp. trans. 8.^a CE. De inmediato surge la pregunta: estas Cortes, elegidas a tenor de la Ley 1/1977, ¿tenían carácter ordinario o constituyente? La primera respuesta parece ser la correcta a tenor de su literalidad. Pero la segunda también tiene fundamento. A pesar de la equívoca terminología empleada —reforma constitucional— o los silencios estratégicos —cláusula derogatoria— de la repetida Ley, en la mente de los protagonistas de la Transición política estaba la elaboración de una Constitución. Aunque **no fueron unas Cortes constituyentes ad hoc, para redactar ex novo una Constitución, asumieron la potestad constituyente junto a la legislativa.**

Por RD 679/1977, de 15 de abril, fueron convocadas elecciones generales a Cortes, al amparo de la Ley 1/1977 y del RDL 20/1977, de 18 de marzo, sobre normas electorales para regular las elecciones al Congreso y al Senado. Las elecciones se celebraron el 15 de junio de 1977. Una vez constituidas las Cortes, se inició el proceso constituyente que, desde su concepción, iba mucho más allá de la «reforma constitucional» aludida en la Ley para la Reforma política, como señalara el Rey en la inauguración de la Legislatura. Con caracteres diferentes a los del liberalismo doctrinario decimonónico, y como subrayara

el presidente de estas Cortes, **el poder constituido se convertía en poder constituyente, pero no para apuntalar un sistema político vigente, sino para romper con él y construir un Estado social y democrático de Derecho** (HERNÁNDEZ GIL, 1982, 332-33). En los diputados y senadores caló la conciencia de que se trataba de Cortes «constituyentes, pero no solo constituyentes» (DSCD núm. 93, de 20 de junio de 1978, a propósito de la discusión de la DT 8.^a).

Las enmiendas que se hicieron al Anteproyecto de Constitución, por el PCE y la UCD, fijaron las pautas en las que se moverían los debates sobre los dos primeros apartados de la disp. trans. 8.^a CE: fijación de una fecha para la disolución inmediata —anticipada— de las Cámaras o asunción por ellas de las funciones y competencias fijadas en el texto constitucional hasta concluir el período por el que fueron elegidas. Se trataba, por tanto, más que de un problema jurídico, de una **cuestión de coyuntura política que permitiera consolidar el sistema constitucional**, dando paso a unas elecciones anticipadas o a un período transitorio hasta cumplir el plazo establecido en la Ley 1/1977. Las redacciones aprobadas por Congreso y Senado diferían. Es conocido que la Comisión Mixta introdujo un cambio en la redacción de esta disposición transitoria, dando lugar al texto que sería finalmente aprobado. Las intervenciones del secretario general del PSOE y del presidente del Gobierno permiten comprender la finalidad política de esta disposición. Para el primero, el sentido profundo de este precepto «está en el hecho de que ningún poder se legitima en este país a partir del día en el que el pueblo refrende... este texto; ningún poder se legitima en este país sin pasar por esas reglas de juego que establece el texto». El Gobierno asumiría sus funciones, una vez aprobada la Constitución en referéndum, con carácter transitorio, quedando en sus manos la posibilidad de recurrir a la investidura o a la disolución de las Cámaras. El presidente Suárez, tras aludir a las interpretaciones de la opinión pública sobre esta disposición, afirmaba que

con ella se resolvía razonablemente y sin vacíos institucionales «el **paso de una legalidad a otra**», evitando, desde la técnica jurídica, «la caducidad automática de poderes e instituciones con la entrada en vigor de la Constitución». Se soslayaba, por un lado, el vacío de poder y, por otro, se garantizaba «el pronto y pleno funcionamiento de las previsiones constitucionales», es decir, con o sin elecciones generales debería existir un presidente del Gobierno investido con arreglo a la Constitución, asegurando el funcionamiento del sistema parlamentario (*DSCD* núm. 130, de 31 de octubre de 1978).

Admitida la posibilidad de que las Cortes, elegidas al amparo de la Ley «con rango fundamental» 1/1977, asumieran las funciones y competencias constitucionales entre el 29 de diciembre de 1978 y el 15 de junio de 1981, según la disp. trans. 8.^a1, ¿se convertirían en Cámaras ordinarias las Cortes constituyentes? Así parecen admitirlo algunos autores (HERNÁNDEZ GIL, 1982; FERNÁNDEZ SEGADO, 1999), aunque es discutible. La naturaleza de estas Cortes deriva de la Ley 1/1977, explícitamente derogada junto con la Ley constitutiva de las Cortes de 17 de julio de 1942 por la CE, y no por la «dualidad de funciones» o porque *de facto* fueran constituyentes a pesar de que no se convocaron con ese carácter específico. Puede plantearse de otro modo. El período transitorio fijado en la disp. trans. 8.^a, junto con lo determinado en la disp. derog., daba lugar a que las Cortes «ordinarias» elegidas de conformidad con la Ley para la Reforma Política, y que asumieron tareas constituyentes, mantuvieran esa misma condición, pero con las funciones y competencias fijadas en la Constitución hasta que diputados y senadores concluyeran el mandato de cuatro años por el que fueron elegidos, no por virtud del art. 2.4 de la (derogada) Ley 1/1977, sino por la fecha señalada en la DT 8.^a1.º CE. Esta solución para el Congreso no planteaba problemas, aunque afectaba a la composición del Senado.

Para facilitar este tránsito, el ap. 2.º de esta disp. trans. permitía al presidente del Gobier-

no optar, en el plazo de un mes desde la promulgación de la Constitución, entre el voto de investidura (art. 99 CE) o la disolución de las Cortes. Durante el mes de diciembre de 1978, la prensa y los analistas políticos reprodujeron las ideas que habían surgido durante el debate constituyente sobre la conveniencia o no de concluir el mandato de diputados y senadores hasta junio de 1981 o, por el contrario, que el presidente del Gobierno convocara inmediatamente elecciones generales. En el pleno del Congreso del 31 de octubre de 1978 había señalado que no debía esperarse que el Gobierno anticipara innecesariamente su propósito de disolver las Cortes o contraer el compromiso de no hacerlo en un determinado plazo, porque las reglas del sistema parlamentario aseguraban el equilibrio institucional. La solución se adoptó por *RD 3073/1978, de 29 de diciembre*, en virtud del cual se disolvían las Cámaras y se convocaban elecciones generales, a celebrar el 1 de marzo de 1979, «decisión adoptada dentro del mínimo plazo posible para que cuanto antes pueda el pueblo español elegir a sus representantes dentro del marco de las normas constitucionales refrendadas por la gran mayoría de los ciudadanos». Cabe recordar, pues no es baladí, que la Constitución fue publicada en el *BOE* el 29 de diciembre de 1978, por lo que el mismo día que entró en vigor se cumplieron las previsiones de la DT 8.^a en este asunto.

A partir de aquel Real Decreto, y en concreto de su art. 4, cuyo fundamento se encuentra en el ap. 3.º de la DT 8.^a, surgieron ciertos problemas. El período transitorio de los aps. 1.º y 2.º de esta disposición fue mínimo, no así el señalado en el ap. 3.º En la primera redacción de la que habría de convertirse en la disp. trans. 8.^a ya se manifestaba que, en el supuesto de disolución anticipada sin que se hubieran desarrollado los preceptos referidos a la composición y elección del Congreso de los Diputados y del Senado, serían de aplicación las normas vigentes, es decir, el *RDL 20/1977, de 18 de marzo*, de acuerdo con el cual habían sido elegidas. El Preámbulo de esta nor-

ma señalaba que se basaba en la máxima extensión del sufragio activo y pasivo, aunque, a efectos de garantizar la mayor objetividad del proceso, se consideró conveniente introducir un amplio cuadro de inelegibilidades (art. 4), sobre el que a su vez se determinaba el cuadro de incompatibilidades. En los debates constituyentes se reconoció el derecho de voto a los mayores de dieciocho años y se adaptaron las excepciones de inelegibilidad e incompatibilidad de conformidad con el texto constitucional.

Si el mandato de las Cámaras se extendiera hasta junio de 1981, se aceptaba la probabilidad de que durante el tiempo que restaba se aprobara un Ley electoral en desarrollo de la CE. En el supuesto de disolución anticipada, posibilidad recogida en la DT 8.² y que fue llevada a la práctica, no podrían desarrollarse los arts. 68 y 69 CE. Al menos a las primeras elecciones, como recogió el *RD 3073/1978*, serían de aplicación las disposiciones del *RD. 20/1977*, con tres excepciones (art. 4): en materia de inelegibilidad e incompatibilidad se aplicaría el inciso segundo de la letra b) del ap. 1 del art. 70 CE; los dieciocho años respecto a la edad de voto; y las peculiaridades previstas para el Senado con relación a las provincias insulares en el art. 69.3 CE, aunque su composición no podría ser completada por la inexistencia de Comunidades autónomas, pues los entes preautonómicos no podían asumir esta competencia.

La previsión constitucional fue que esta transitoriedad solo se diera en las primeras elecciones por la disolución anticipada de las Cámaras. No sucedió así. El texto básico de la normativa electoral era el repetido *RD. 20/1977* en los términos fijados en la DT 8.³ CE. Cabe recordar que por el rango de Decreto-ley del texto que regulaba el régimen electoral y a tenor de lo expresado en el ap. 3.^o, «queda esa creencia objetivada en juicio negativo sobre la constitucionalidad de la norma». Planteándose la duda sobre si el texto de 1977 solo debiera aplicarse a la disolución anticipada tras la promulgación de la Constitución,

a cualquier disolución anticipada mientras no se aprobara la Ley electoral o también a otras elecciones generales (BALLARÍN, 1985). El problema se centraba asimismo en que la normativa electoral era preconstitucional y no preveía la existencia de Comunidades Autónomas. Se invocará ante el TC que «no fue voluntad del constituyente la derogación de dicha norma», pues estableció de modo expreso, pero sin citarlo, la vigencia transitoria del *RDL 20/1977* en el ap. 3 de la DT 8.^a (STC 75/1985, de 21 de junio, alegaciones de la coalición electoral CiU).

En el planteamiento del recurso previo de inconstitucionalidad (núm. 863/1983) contra el texto definitivo del Proyecto de Ley Orgánica de incompatibilidades de diputados y senadores, los recurrentes entendían que vulneraba la DT 8.³ porque la voluntad y el espíritu de su redacción era regular las inelegibilidades e incompatibilidades en la Ley electoral con carácter previo a la apertura del proceso electoral, antes de la disolución de las Cámaras y no a los parlamentarios que ya habían pasado la prueba de las incompatibilidades, con los pronunciamientos favorables de las Cámaras. Frente a ellos, el abogado del Estado sostenía que en la citada disposición transitoria «se establecen unas inelegibilidades e incompatibilidades que, con el carácter de mínimas, deben ser respetadas por el ordenamiento jurídico postconstitucional»; y negaba, además, que la Ley electoral tuviera que ser completa y promulgada de una sola vez, por lo que defendía que las incompatibilidades podían ser objeto de un instrumento normativo independiente. Por lo que ahora interesa, **el TC admitía que la DT 8.³ CE permitió la aplicación del Derecho electoral preconstitucional con posterioridad a la vigencia de la Constitución con las salvedades conocidas, «en tanto la Ley Electoral no fuera dictada»**, siendo esta una de las llamadas necesariamente a desarrollarla (STC 72/1984, de 14 de junio, FJ 2); añadiendo que «se deduce así sin gran dificultad de la lectura del art. 70, y se deduce, igualmente, de la disposición transitoria

octava tres. La aplicación en elecciones post-constitucionales del Derecho electoral anterior, contenido en el *Real Decreto-ley 20/1977, de 18 de marzo*, posee carácter excepcional. Incluso para este caso, la citada disposición transitoria ordena que se aplique al menos parcialmente, de manera directa, el art. 70 de la Constitución en espera de una Ley electoral que regulara de nuevo la materia». Por ello, concluía que, si bien era admisible que la Ley electoral se hiciera por partes o se modificara de igual manera, esta posibilidad no era sostenible en la coyuntura histórica del inicial desarrollo de la CE (FJ 5). El propio TC mantuvo que mientras la ley prevista en el art. 70.1 no fuera promulgada, cumplía «mientras tanto, esta función el Real Decreto-ley 20/1977, en los términos que dice la transitoria octava (regla tres) de la CE» (STC 45/1983, de 25 de mayo, FJ 4).

En cualquier caso, se planteó por la doctrina la «aplicabilidad muy dudosa» del *RDL 20/1977* (SANTAOLALLA, 1984); o, partiendo del «carácter excepcional» señalado por la STC 72/1984, evitar con esta expresión «la posible conclusión melancólica de que vivimos bajo órganos elegidos conforme a normas nulas» (BALLARÍN, 1985). Excepcionalidad sobre la que llamaba la atención el TC para incidir en la necesidad de una Ley electoral que desarrollara la CE, en la obligación positiva de legislar y en la unidad de legislación en esta materia. Con la *LO 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General*, que derogaba entre otras disposiciones el *RDL 20/1977*, concluía definitivamente el régimen previsto en la DT 8.^a CE y las alusiones a la misma por parte de la jurisprudencia constitucional. En una previsible reforma constitucional esta disposición está destinada a desaparecer.

BIBLIOGRAFÍA

BALLARÍN, J., «Círculo de impaciencias, sobre la Sentencia 72/1984, de 14 de junio, en el recurso previo de inconstitucionalidad contra el texto definitivo del Proyecto de Ley Orgánica de incompatibilidades de diputados y senadores», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 14, 1985.

FERNÁNDEZ SEGADO, F., «Cortes Constituyentes y Gobierno tras la promulgación de la Constitución: disposición transitoria octava», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Cortes Generales-Edersa, Madrid, 1996-1999, XII, págs. 717 y ss.

HERNÁNDEZ GIL, A., *El cambio político y la Constitución*, Planeta, Barcelona, 1982.

SANTAOLALLA LÓPEZ, F., «Comentario a la Disposición Transitoria octava», en GARRIDO FALLA, F. (Dir.), *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1985, págs. 2453 y ss.

Disposición transitoria novena

A los tres años de la elección por vez primera de los miembros del Tribunal Constitucional se procederá por sorteo para la designación de un grupo de cuatro miembros de la misma procedencia electiva que haya de cesar y renovarse. A estos solos efectos se entenderán agrupados como miembros de la misma procedencia a los dos designados a propuesta del Gobierno y a los dos que proceden de la formulada por el Consejo General del Poder Judicial. Del mismo modo se procederá transcurridos otros tres años entre los dos grupos no afectados por el sorteo anterior. A partir de entonces se estará a lo establecido en el número 3 del artículo 159.

PEDRO ORTEGO GIL

CATEDRÁTICO

UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

La discusión constituyente en el Congreso no había fijado, en ninguno de los artículos del Título dedicado al Tribunal Constitucional, los supuestos que podían plantearse en las dos primeras renovaciones parciales previstas en el art. 159.3 CE, pues solo se limitaba a declarar la duración de la magistratura y la **renovación por tercios cada tres años**. De aplicar estrictamente dicho precepto, los cuatro primeros magistrados que habrían de ser renovados apenas desempeñarían su cargo tres años y los del segundo tercio seis. Con el fin de introducir algún mecanismo compensatorio, se presentaron en el Senado las enmiendas que darían lugar a la DT 9.^a La del Grupo de Progresistas y Socialistas Independientes del Senado, discutida el 14 de septiembre de 1978 y modificada para adecuarla al sistema electivo de magistrados ya aprobado, proponía que estos se agruparan para su renovación por su origen —Congreso, Senado y Gobierno-CGPJ—, y, una vez constituido el Tribunal, «es mejor que **la renovación se produzca por tercios y por sorteo en fun-**

ción de la procedencia de los magistrados», con el fin de propiciar cierta homogeneidad jurisprudencial.

Respetando el texto constitucional, el art. 16.2 LOTC dispuso que la designación para el cargo de magistrado se hiciera por nueve años, renovándose el Tribunal por terceras partes cada tres, y obligando a guardar hueco para poder ser reelegido «**salvo que hubiera ocupado el cargo por un plazo no superior a tres años**». Por tanto, se admitía la reelección inmediata para el primer tercio que debía salir a los tres años de constituirse el TC, pero no para el segundo. Con ello, sus doce primeros magistrados tuvieron un mandato, sin entrar en supuestos particulares, temporalmente desigual: los del primer tercio desempeñarían la magistratura tres años, aunque por la posibilidad de reelección inmediata la ampliaron otros nueve más; los magistrados del segundo grupo tan solo la desempeñaron seis años; y el tercio restante ejerció su mandato durante nueve.

Con la finalidad de que los *electores* tuvieran tiempo de reflexión suficiente para la designación de los nuevos magistrados, el art. 17 LOTC determinaba que su presidente, cuatro meses antes a la fecha de expiración de los nombramientos, solicitaría a su homónimo de la institución a la que correspondiera hacer las propuestas que iniciara el procedimiento para ello. En previsión de que no se cumpliera con el plazo previsto, su ap. 2 establecía que **los magistrados que debieran ser sustituidos continuarían en el ejercicio de sus funciones hasta la toma de posesión de quienes hubieran de sucederles**. Otra disposición transitoria, la tercera de la LOTC, señalaba en su ap. 1.º que los sorteos a que se refería la DT 9.^a CE se efectuarían dentro del cuarto mes anterior a la fecha en que se cumplieran, respectivamente, los tres y los seis años de aquella otra en que se produjo la inicial designación de los magistrados; limitándose el ap. 2.º a declarar no aplicable la limitación establecida en el art. 16.2 LOTC a los magistrados que cesaran en sus cargos a los tres años de su designación.

En la fase previa a la constitución del TC surgieron los fundamentos y los obstáculos planteados en las posteriores renovaciones, advertidos implícitamente en su regulación. El proceso electivo en ambas Cámaras ha sido largo, complejo y tenso. Los negociadores de los dos partidos mayoritarios trabajaron sobre el perfil idóneo de los magistrados, pero desde ambos partidos se elaboraron listas de candidatos en las que se entremezcló el **prestigio jurídico y personal** con ciertas **afinidades políticas**. Hay constancia de algunos vetos y no pocos descartes, pero, sobre todo, que las propuestas provinieron de los grupos políticos mayoritarios en las Cortes, pauta que marcó, con algún matiz, la evolución posterior.

De acuerdo con la DT 1.^a LOTC, en los tres meses siguientes a la fecha de su entrada en vigor el Congreso de los Diputados, el Senado, el Gobierno y el CGPJ deberían elevar al Rey las propuestas de designación de los magistrados, con la salvedad de que dicho plazo

quedaría interrumpido para las Cámaras por el tiempo correspondiente a los períodos entre sesiones. El TC debería constituirse dentro de los quince días siguientes a la fecha de publicación de los últimos nombramientos, si todas las propuestas se elevasen dentro del mismo período de sesiones; pues en otro caso se constituiría y comenzaría a ejercer sus competencias en los quince días siguientes al término del período de sesiones dentro del que se hubiesen efectuado los ocho primeros nombramientos, cualquiera que fuera la razón que motivara la falta de nombramiento de la totalidad de los doce magistrados. Conviene recordar las fechas de designación y constitución del TC en 1980: las Cámaras y el Gobierno designaron a finales de enero y los magistrados tomaron posesión en julio de aquel año; pero al haber concluido el período de sesiones sin que se hubiera completado el CGPJ, este no había podido efectuar la propuesta de los dos magistrados que le correspondía (BORRAJO, 2013, 9-24).

El resultado del **primer sorteo**, verificado en la sede del TC en 1983, supuso que el primer tercio de magistrados que debían ser renovados correspondiese a los propuestos por el Congreso de los Diputados, grupo en el que se había producido una renuncia y su consiguiente sustitución. En aplicación de la facultad legal, los cuatro fueron reelegidos por la Cámara Baja en su sesión del 27 de septiembre de 1983, alargando su mandato efectivo, con la matización señalada, durante doce años.

El 31 de octubre de 1985 se verificó el segundo sorteo y correspondió renovar a los magistrados designados a propuesta del Gobierno y del CGPJ. En esta ocasión, y con sujeción a lo previsto en la LOTC, ya no se produjo la reelección inmediata, de modo que quienes habían sido propuestos por ambas Cámaras se mantuvieron en la magistratura constitucional por más tiempo —nueve y doce años— que los designados por las otras dos instituciones —seis años—. Lo cierto es que en 1986 la renovación, por diferentes circunstancias, afectó a la mitad de los magistrados. En octu-

bre de 1988 se comunicó al presidente de la Cámara Alta el siguiente proceso de renovación, siendo elegidos los magistrados a comienzos de febrero de 1989. De esta manera, los **turnos de renovación sucesiva** marcados por el sorteo previsto en la DT 9.^a fueron: Congreso (1983), Gobierno-CGPJ (1986) y Senado (1989).

Hasta 1992 no se renovaron por completo los doce primeros magistrados. A partir de dicho año las renovaciones parciales han adolecido de la falta del acuerdo político necesario para aprobar las propuestas en los plazos establecidos, lo que ha provocado la necesidad de acudir a la **prórroga del mandato** y a un cuestionamiento político de los miembros del TC que no se corresponde con la realidad jurídica. Una prórroga *sine die* que no estaba prevista para resolver los condicionamientos interesados de los partidos políticos acerca del nombramiento —reparto de vacantes por cuotas de partido (SANTAOLALLA, 2010, 91)— y la actividad del Tribunal, pues no se ajustaba a la finalidad del art. 17.2 LOTC. Prórroga que puede conllevar, aunque sean discutibles, algunos perjuicios derivados de la propia situación de interinidad de los magistrados que han agotado su mandato, pero no han sido sustituidos (SANTAMARÍA, 2008, 20-24).

La quinta renovación se verificó prácticamente en plazo, al tomar posesión los magistrados designados por el Gobierno y el CGPJ en abril de 1995. A esta renovación ordinaria se añadieron dos renunciaciones voluntarias, una retirada y otra efectiva. En los supuestos de fallecimiento o renuncia, los designados para ocupar estas vacantes no llegaron a completar el mandato de nueve años de los arts. 159 CE y 16.2 LOTC —asunto planteado en el seno del Tribunal—, puesto que fueron renovados con el grupo al que pertenecían según la DT 9.^a

Los retrasos en la designación de los propuestos por las Cámaras legislativas han sido, a lo largo de estos años, un elemento fundamental en el funcionamiento del mismo Tribunal, obligando a prorrogar los mandatos

de los magistrados. En la sexta renovación, correspondiente a los magistrados propuestos por el Senado, el retraso se dilató entre febrero y diciembre de 1998 —aunque la comunicación había partido del TC en octubre del año anterior—, ya que las negociaciones entre los grupos mayoritarios no fructificaban en cuatro nombres hasta que, con el aniversario constitucional, los principales partidos políticos llegaron a un acuerdo. Los plazos constitucionales u ordinarios quedaron quebrados, admitiendo el TC que el retraso en la renovación parcial «es algo perfectamente previsible» (STC 49/2008, de 9 de abril, FJ. 19). Esta renovación supuso el abandono del mes de febrero como referencia para las renovaciones futuras (BORRAJO, 2012, 28).

La renovación de 2001, que correspondió al Congreso, se demoró algunos meses, no tomando posesión los magistrados hasta comienzos de noviembre. Lo interesante de ella fue la introducción de una comparecencia de los candidatos ante la Cámara. La octava renovación de magistrados, a propuesta del Gobierno y del CGPJ, en 2004, no sufrió apenas retraso, pues es habitual que cuando corresponde a estas instituciones la demora sea reducida.

La novena renovación correspondió al Senado (2007), y, hasta la fecha, es la que más dilación ha sufrido por circunstancias concurrentes a las que no fue ajena la situación política general ni los recursos planteados ante el TC sobre el EA de Cataluña, paralizando durante tres años la renovación (diciembre de 2010). Se planteó una situación, a todas luces inconstitucional, como la de sobreponerse en el tiempo este procedimiento con el décimo reemplazo, que correspondía al Congreso, y que no fue efectiva hasta julio de 2012 (*Encuesta*, 82 y 83; BORRAJO, 2013, 31-36). La undécima (Gobierno-CGPJ) se efectuó en junio de 2013, sin dilación, y la duodécima (Senado) en marzo de 2017.

No cabe apreciar dilación derivada del nuevo procedimiento para la elección de magistrados en la Cámara Alta, que, de acuerdo con el

art. 16.1 LOTC en la redacción dada por la *LO 6/2007, de 24 de mayo*, y el art. 184.7 RS, se realiza, en principio, entre candidatos presentados por las Asambleas Legislativas de las CC. AA. en los términos fijados por este último precepto. Los recursos de inconstitucionalidad planteados contra ellos fueron rechazados por el TC (SSTC 49/2008, de 9 de abril, y 101/2008, de 24 de julio).

Con estos antecedentes, ¿el cómputo del plazo de nueve años comienza en la fecha en que se debió proceder a la renovación parcial o, por el contrario, desde la fecha de la publicación del nombramiento de aquellos que deben sustituirse, o incluso cabe buscar datas alternativas? En el primer caso, los plazos trienales de renovación de grupo se mantendrán en lo formal, sin perjuicio de la prórroga *ope legis*; pero en los restantes casos se puede llegar a producir la renovación acumulada de dos tercios por el desfase de plazos. Entre la comunicación de los magistrados que han de ser reemplazados y su renovación efectiva pueden pasar, como hemos visto, años. Tras recorrer todas las fechas y el procedimiento para el nombramiento de los primeros magistrados y las sucesivas renovaciones, BORRAJO (2013, 12-13) manifiesta que en un primer momento la fecha *a quo* era la de publicación de los nombramientos en el *BOE* (febrero de 1980), pero, como consecuencia de los apuntados retrasos, a partir de la octava renovación (2004) se tomó como fecha de inicio la de toma de posesión.

Como efecto del aludido problema de plazos, se plantea el que atañe a la prórroga de los cargos de presidente y vicepresidente. En la práctica —que no puede calificarse de costumbre— del TC, verificada la toma de posesión de los nuevos magistrados se procedía a elegir presidente y vicepresidente entre los que más tiempo llevaran, pero, hasta que aquella se producía, ambos prorrogaban sus funciones. La STC 49/2008, de 9 de abril, sobre la que se emitieron varios votos discrepantes, ha admitido la constitucionalidad de la nueva redacción parcial al art. 16 LOTC dada por la *LO 6/2007*, aceptando que esta

ley busca hacer coincidir la elección de la presidencia con la renovación parcial y garantizar la participación de los nuevos magistrados (FF. JJ. 19, 20 y 21).

A tenor de lo expresado, la **mayoría cualificada** que buscaba el consenso constitucional se ha convertido en un obstáculo interesado por parte de los partidos políticos, lo cual **«no debe hacer olvidar la obligación de los distintos órganos constitucionales legitimados por el art. 159.1 CE de realizar la correspondiente elección en tiempo y forma»** (STC 49/2008, de 9 de abril, FJ 19). El discurso del presidente del TC, con motivo del vigésimo aniversario de la Constitución, llamaba la atención sobre las disfunciones en las renovaciones, destacando «cómo la primera premisa de la legitimidad de ejercicio de un Tribunal Constitucional es la correcta e impecable composición del mismo (...) Los Tribunales Constitucionales encuentran ciertamente en las mayorías cualificadas de las que depende su existencia y renovación una importante fuente de autoridad, pero al mismo tiempo, si la consecución de aquellas se demora, es un riesgo para la misma». Queja que viene a reiterar las de otros presidentes por estas dilaciones en la renovación (BORRAJO, 2013, 24, 27 y 36).

Hay acuerdo en que no es mediante una reforma jurídica como se conseguirá el respeto a los plazos en la renovación de los tercios del TC, sino, por tratarse de una cuestión política, mediante acuerdo entre los grupos parlamentarios (*Encuesta*, 77 y 79). El predominio de los partidos políticos nacionales en las negociaciones se mantiene incluso tras la reforma de 2007, porque son también los que controlan el mayor número de CC. AA. Lo cual no obvia que sean «constitucionalmente ilegítimos» los retrasos que han existido hasta el momento, con independencia de la situación socio-política existente (*Encuesta*, 77), pues convierten tales dilaciones en una abusiva «práctica habitual» y en «manifestación palmaria de deslealtad constitucional» (*Encuesta*, 42 y 75).

La LO 8/2010, de 4 de noviembre, de reforma de la LOTC, pretendió facilitar la elección de los magistrados del TC. Inserta, como ap. 5 del art. 16 de la Ley primigenia, una regulación específica para las renovaciones producidas por causas distintas a la expiración del periodo por el cual se hicieron los nombramientos, disponiendo que sean cubiertas «con arreglo al mismo procedimiento utilizado para la designación del magistrado que hubiese causado vacante y por el tiempo que a este restase». El segundo inciso intenta resolver el principal obstáculo de su correcto funcionamiento: «Si hubiese retraso en la renovación por tercios de los Magistrados, a los nuevos que fuesen designados se les restará del mandato el tiempo de retraso en la renovación». Declaración que contradice el mandato de la primera parte del art. 159.3 CE («Los miembros del Tribunal Constitucional serán designados por un período de nueve años»), pero que, al respetar la segunda parte de este precepto («y se renovarán por terceras partes cada tres»), resuelve, a su vez, los inconvenientes producidos hasta la actualidad por las demoras inconstitucionales. En defensa de este criterio se ha argüido que el plazo de los nueve años está previsto para situaciones de normalidad en la renovación, pues «si se pretendiera observar literalmente el precepto constitucional, la inevitable producción de anomalías, acumuladas en el tiempo, haría imposible el correcto funcionamiento de renovación por turnos» (*Encuesta*, 80-85). Pero existen también poderosos argumentos

jurídicos sobre su inconstitucionalidad, apoyados incluso en la DT 9.^a CE, pues debe conjugarse la designación por nueve años, renovación por terceras partes y efectuadas cada tres años (BORRAJO, 2103, 55-57 y 62-65). Incluso existen propuestas para una reforma más profunda (GARCÍA ROCA, 2012). En definitiva, prevalece la renovación por tercios completos, y no *per capita*, cada nueve años o, en otras palabras, la designación por nueve años se entiende efectuada al tercio y no a sus componentes. Se aplicó, por vez primera, a comienzos de 2011 a los magistrados del tercio correspondiente al Senado, los que debían haber sido renovados en 2007, y que, por consiguiente, vieron reducido a seis años su mandato, siendo reemplazados en marzo de 2017.

Esta disposición puede suprimirse cumplida la finalidad de fijar el orden de renovación de cada uno de los tercios de acuerdo con su procedencia electiva. A partir del segundo sorteo previsto en este precepto transitorio se estuvo a lo dispuesto en el art. 159.3 CE, como establece el último inciso de esta DT 9.^a Por el contrario, BORRAJO (2013, 4-5) ha sostenido que esta disposición «ofrece unas pautas interpretativas de gran alcance... [e] introdujo reglas de vigencia indefinida», por lo que le atribuye «una vigencia permanente» al servir de complemento al art. 159.3. Pero si tuviera valor permanente, carecería de sentido su naturaleza transitoria y, en consecuencia, su correcta ubicación sistemática habría sido el Título IX CE.

BIBLIOGRAFÍA

AA. VV., «Modelos de renovación personal de Tribunales Constitucionales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 61, 2001.

AA. VV., «Encuesta: Renovación del Tribunal Constitucional», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 28, 2011.

BORRAJO INIESTA, I., «Renovarse o morir. El ritmo de las renovaciones del Tribunal Constitucional español», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 16, 2013.

FERNÁNDEZ SEGADO, F., «La problemática de Derecho transitorio de las dos primeras renovaciones parciales del Tribunal Constitucional: disposición transitoria novena», en ALZAGA VILLAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Cortes Generales, Madrid, 1996-1999, XII, págs. 745 y ss.

GARCÍA ROCA, F. J., «La selección de los magistrados constitucionales, su estatuto y la necesaria regeneración de las instituciones», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 15, 2012.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A., «La *prorrogatio* de los órganos constitucionales: apuntes mínimos sobre un tema que no lo es», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 84, 2008.

SANTAOLALLA, F., «El problema de la renovación de los órganos constitucionales», *Revista de Derecho Político*, núm. 77, 2010.

TORRES MURO, I., «La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 6, 2008.

DISPOSICIÓN DEROGATORIA

Disposición derogatoria

1. Queda derogada la Ley 1/1977, de 4 de enero, para la Reforma Política, así como, en tanto en cuanto no estuvieran ya derogadas por la anteriormente mencionada Ley, la de Principios del Movimiento Nacional, de 17 de mayo de 1958; el Fuero de los Españoles, de 17 de julio de 1945; el del Trabajo, de 9 de marzo de 1938; la Ley Constitutiva de las Cortes, de 17 de julio de 1942; la Ley de Sucesión de la Jefatura del Estado, de 26 de julio de 1947, todas ellas modificadas por la Ley Orgánica del Estado, de 10 de enero de 1967, y en los mismos términos esta última y la de Referéndum Nacional de 22 de octubre de 1945.

2. En tanto en cuanto pudiera conservar alguna vigencia, se considera definitivamente derogada la Ley de 25 de octubre de 1839 en lo que pudiera afectar a las provincias de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya.

En los mismos términos se considera definitivamente derogada la Ley de 21 de julio de 1876.

3. Asimismo quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución.

Sumario general:

Comentario al apartado primero, por **PEDRO ORTEGO GIL**

Comentario al apartado segundo, por **JOSÉ ANTONIO RAZQUIN LIZARRAGA**

Comentario al apartado tercero, por **IGNACIO BORRAJO INIESTA**

COMENTARIO AL APARTADO PRIMERO

PEDRO ORTEGO GIL

CATEDRÁTICO

UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Las Leyes Fundamentales constituyeron el soporte político-legal de la Dictadura franquista. Muerto el general Franco, se abría una nueva etapa en la que, desde aquella legalidad, se derribó todo el edificio construido durante cuatro décadas. **A las siete Leyes Fundamentales se agregó la Ley 1/1977, de 4 de enero, para la Reforma Política**, aprobada en referéndum en diciembre del año anterior. Su disposición final declaraba que «la presente Ley tendrá rango de Ley Fundamental». A través de ella, sin embargo, se descomponía parcialmente la estructura franquista y se derogaban sus principios inspiradores. Los medidos silencios de su articulado, producto de la situación política del momento, motivaron que **no se incluyera ninguna cláusula derogatoria, aun cuando se reconocía de forma implícita que el Régimen franquista estaba finiquitado**. No se expresó formalmente en ningún precepto lo que era manifiesto. Esta peculiar situación de respeto formal y no sustancial a la legalidad vigente obligó a realizar, durante 1977 y 1978, frecuentes remisiones a preceptos concretos de las citadas Leyes Fundamentales, particularmente a la Ley Constitutiva de las Cortes. Otras normas, como el *RDL 23/1977, de 1 de abril*, en virtud del cual quedó disuelto el Movimiento Nacional, coadyuvaron a dicho desmoronamiento.

La enumeración ordenada que hace el apartado primero de esta cláusula no es baladí. La mención, en primer lugar, a la Ley para la reforma política tiene sentido porque, siendo la última, derogaba por la aplicación del principio contradictorio de la ley posterior buena parte de las bases político-legales sobre las

que se sustentó el franquismo. De ahí el matiz que se introduce a continuación para el resto en cuanto no estuvieran derogadas. No obstante, la Constitución tenía, como afirmó el TC, un valor jerárquico superior y posterior [STC 4/1981, de 2 de febrero, FJ 1.a) y d)], por lo que su contenido bastaba para derogar los textos de la dictadura. Es, por tanto, una declaración programática de derogación específica de las leyes políticas franquistas, de manifestación de ruptura con ese pasado, incluido el más inmediato en lo formal de la *Ley 1/1977*.

Durante los trabajos constituyentes, la Ponencia incluyó en el texto una cláusula derogatoria genérica de todas las normas que se opusieran a la Constitución. Fue en los debates de la Comisión constitucional cuando el grupo parlamentario de UCD presentó, en la sesión del 20 de junio de 1978, una **enmienda de corrección técnica** para incluir la derogación expresa de toda la legislación política de la dictadura del general Franco, pues la *Ley 1/1977* «se insertaba en el sistema institucional vigente con anterioridad» y cumplía su objetivo con la aprobación mediante referéndum de la Constitución, añadiendo la enumeración expresa de las Leyes Fundamentales franquistas porque **se entendía que la Ley para la reforma política solo las había derogado parcialmente, mientras que a través de esta cláusula derogatoria expresa quedaban en su totalidad**. En esta disposición constitucional se insertaba una cláusula derogatoria expresa y taxativa (ap. 1.º) a otra genérica (ap. 3.º), aunque para Alianza Popular bastaba con esta última. En el Senado se

volvió a discutir sobre si la Leyes Fundamentales estaban derogadas o no por la *Ley 1/1977*, porque en el primer caso sobraba la mención a cada una de ellas y se podía suprimir la salvedad de «en cuanto no estuvieran ya derogadas por la anteriormente mencionada Ley». No obstante, al carecer de cláusula derogatoria la Ley para la Reforma Política, remitirse su ámbito derogatorio a la interpretación y haberse dictado disposiciones que fueron desmantelando la estructura franquista de forma paulatina, era muy complejo determinar el verdadero alcance derogatorio de esta norma. Indudablemente, el ap. 1.º de la disposición derogatoria CE ponía fin a cualquier vinculación con la etapa franquista, por lo que, a diferencia del ap. 3.º, se enumeran las leyes de naturaleza política que fueron el soporte del Régimen franquista.

No era preciso que el TC entrara a juzgar la constitucionalidad o no de las llamadas Leyes fundamentales, pues, aunque la competencia para juzgar su adecuación o no a la CE le corresponde sin perjuicio de la de jueces y tribunales, la derogación establecida en esta obviaba la necesidad de acudir a dicho tribunal con respecto a aquellas. A pesar de ello, en la jurisprudencia del TC pueden encontrarse menciones esporádicas a las leyes sustantivas de la Dictadura. En un recurso de amparo dirigido contra una sentencia del Tribunal Central de Trabajo, el recurrente alegaba, a pesar de lo dispuesto en la disp. derog. 1.ª, la vulneración del art. 23.2 CE y «si se entendiera que la vulneración no puede ser apreciada por no estar vigente para la fecha la Constitución, los arts. 1, 3 y, sobre todo, 11 del Fuero de los Españoles». En su resolución, el TC mantuvo el criterio de que su competencia «deriva de la Constitución y solo en ella o, eventualmente, en normas de ella derivadas, puede fundamentar sus decisiones», por lo que al estar el Fuero de los Españoles «formal y explícitamente derogado por la Disposición Derogatoria de la Constitución, no es cuestión en la que este Tribunal pueda entrar» (ATC 63/1980, de 29 de octubre, FJ 2). Fundamento que se volvería a reiterar en 1987, al no admitir un recurso de

amparo, entre otras razones, porque «el examen de su pretensión exigiría la aplicación de la **Ley constitutiva de las Cortes Españolas y de otras normas hoy derogadas, que no pueden ser aplicadas por este Tribunal cuya jurisdicción nace y se ejerce en el marco de la Constitución vigente**. Como hemos dicho en muchas ocasiones, nuestra jurisdicción nos permite examinar y, en su caso, corregir las vulneraciones de los derechos constitucionales que resulten de la contradicción material entre el Derecho preconstitucional y la Constitución, pero no en modo alguno las que, como sería el caso en el presente recurso, se argumentan a partir de la tesis de la incorrección formal del derecho anterior a la Constitución» (ATC 786/1987, de 24 de junio, FJ 3).

En otras ocasiones, las menciones al Fuero de los Españoles y otros textos históricos sirven como argumento expositivo de la evolución jurídica española. Así, a propósito de la *L 45/1959, de 31 de julio, de Orden Público*, vigente en el momento de promulgarse la CE y su adecuación al art. 25.1, el TC declaraba que «el contenido de dicho precepto constitucional no es nuevo en nuestro ordenamiento, sino que fue incluido en las sucesivas Constituciones, desde 1812 y hasta el Fuero de los Españoles de 1945, con diversos matices, por cuanto se refiere a las infracciones penales». En el caso enjuiciado, la parte demandante alegaba que la violación del ordenamiento jurídico contra la que se solicitaba el amparo «ya constituía, en el régimen jurídico anterior, la conculcación de un principio constitucional de aplicación y eficacia inmediata, pues la legalidad de los delitos, faltas e infracciones administrativas, así como la reserva de tales materias a la exclusiva competencia de la Ley aparece recogida, según la demanda, en la Ley Constitutiva de Cortes de 17 de junio de 1942; Fuero de los Españoles, de 17 de julio de 1945; Ley Orgánica del Estado, de 10 de enero de 1967, y Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 26 de julio de 1957». El TC rechaza este argumento, en la medida en que «no es admisible hablar de principios

constitucionales referidos al régimen anterior, que no era constitucional. Puede hablarse, respecto a él, de “principios fundamentales”, en cuanto recogidos en las leyes de este nombre y, por otra parte, tampoco se trataba de principios de aplicación inmediata». La conclusión es que «el “principio de legalidad” que se traduce en la “reserva absoluta” de Ley no incide en disposiciones o actos nacidos al mundo del Derecho con anterioridad al momento en que la Constitución fue promulgada (...) porque el principio de “reserva de Ley” no era un principio constitucional» (STC 15/1981, de 7 de mayo, FJ 8). En la misma línea, TC rechazó que pudiera servir de fundamento el Fuero de los Españoles para garantizar la vulneración del principio de igualdad con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución, pues «ni respondía a una filosofía constitucional ni era de aplicación inmediata» (STC 31/1982, de 3 de junio, FJ 3). En suma, la CE no solo se limitó a derogar expresamente el Fuero del Trabajo —y por extensión las restantes Leyes Fundamentales franquistas—, sino que estableció un marco constitucional que garantizó el ejercicio de derechos y libertades (STC 51/1982, de 19 de julio, FJ 2).

La evocación al Fuero del Trabajo ha servido al TC como fundamento histórico para describir aparentes situaciones de protección laboral que, en realidad, encubrían situaciones de desigualdad, describiendo el entorno socio-jurídico del franquismo. Son, por tanto, **alusiones de carácter histórico-jurídico que permiten explicar la situación social en la que se producían discriminaciones por razón de sexo y estado civil**. En concreto, con referencia a las excedencias forzosas de la mujer por razón de matrimonio y otras normas que afectaban a la capacidad de la mujer, manifestaba el TC que en ellas «lejos de ver en la actividad laboral de la mujer, libremente elegida, un medio de expresión y desarrollo de su propia condición humana, se reducía arbitrariamente el ámbito de dicha actividad y se proclamaba como un objetivo del Estado “liberar” a la mujer casada “del taller y de la fábrica” (ap. II.1 del Fuero del Tra-

bajo)» (SSTC 241/1988, de 19 de diciembre, FJ 5; 59/1993, de 15 de febrero, FJ 2; y, 317/1994, de 28 de noviembre, FJ 3). También permitía explicar al TC el contexto histórico del trato de favor a la Iglesia Católica recogida en el art. 76 del Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, cuyos antecedentes «evidencian que el mismo se halla en este punto estrechamente vinculado al carácter confesional del Estado en la época en que el art. 76.1 fue promulgado. Pues basta observar que si este carácter confesional se proclama en el Fuero de los Españoles de 1945 (art. 6), a ello se corresponde la asimilación de la Iglesia, a los efectos del art. 100 LAU de 1947, a las Corporaciones de Derecho público por el Decreto de 22 de julio de 1948... mención que se mantuvo, tras la nueva proclamación de la confesionalidad del Estado contenida en la Ley de Principios del Movimiento Nacional de 1958 (Principio II)» [STC 340/1993, de 16 de noviembre, FJ 4.d)].

La vigencia de disposiciones preconstitucionales implicaba que, en ocasiones, la remisión a las Leyes Fundamentales franquistas debiera entenderse hecha a la Constitución tras su entrada en vigor. El ejemplo lo encontramos, aunque la asimilación no fuera afortunada, en el primigenio art. 108 de la *Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958*, que se remitía a los «“derechos reconocidos en el Fuero de los Españoles” (hoy Constitución Española)» (STC 22/1984, de 17 de febrero, antecedentes). El voto particular del magistrado Rodríguez-Zapata a la STC 155/2005, de 9 de junio, sin embargo manifiesta la extrañeza de la falta de desarrollo constitucional del art. 63.2 CE, así como la subsistencia del *D 801/1972, sobre ordenación de la actividad del Estado en materia de Tratados internacionales*, con constantes referencias a la Ley constitutiva de las Cortes de 1942 y a la Ley Orgánica del Estado de 1967 (FJ 4).

En 1982, con ocasión de un recurso de amparo contra sendas sentencias de la Audiencia Territorial de Sevilla y sin entrar ahora en los fundamentos sobre el valor normativo de

la CE, se criticaba por parte del TC que aquella adujera, de modo incidental y con relación a la Constitución, que «el contenido de las Leyes Fundamentales del Estado integra meras enunciaciones de principios encaminados a orientar la futura labor del Poder Público, sin eficacia para provocar el nacimiento de derechos civiles salvo que estos se desarrollen por leyes ulteriores», y se cita en apoyo de tal aseveración la Sentencia de 19 de enero de 1972. Esa dicotomía entre “Leyes Fundamentales” de carácter principal y orientativo para el “Poder Público”, y “Leyes ulteriores”, que serían las verdaderas y las únicas de las que nacerían derechos, acaso fuera admisible en relación con el régimen vigente en la fecha de la Sentencia evocada, pero **lo que en modo alguno puede admitirse es la equiparación a tal efecto ni a ningún otro entre aquellas “Leyes Fundamentales” y la Constitución Española de 1978**, para cuya valoración e interpretación es necesario prescindir de criterios ya periclitados» (STC 80/1982, de 20 de diciembre, FJ 1).

Las alusiones al ap. 1.º de la disposición derogatoria CE se insertaron en algunos recursos de amparo en la medida en que las leyes mencionadas en él eran el sustento ideológico de otras disposiciones cuya derogación debía verificarse por el ap. 3.º de aquella. El ejercicio del derecho de reunión planteó, en los primeros años de la Transición, una serie de contradicciones entre el art. 21 CE y la *Ley 17/1976*. Entre los argumentos de una demanda de amparo se manifestaba que dicha Ley no podía aplicarse, «porque en su art. 1 regula el derecho de reunión reconocido en el art. 16 del Fuero de los Españoles, que quedó expresamente derogado por la disposición derogatoria segunda (*sic*) de la Constitución», tratándose de una ley excepcional restrictiva de tal derecho. El TC resolvió que, aun cuando la *Ley 17/1976* fuera preconstitucional, permitía el ejercicio restringido del derecho de reunión, quedando sustituida en lo esencial por la CE, pero no en lo procesal, «sin que por lo demás la invocación que realizaba en su art. 1.1 del art. 16 del Fuero de los

Españoles supusiera más que apoyarse en el ordenamiento a la sazón vigente para regular el derecho de reunión, que tuvo vigencia hasta que empezó a regir la Constitución, y sin que la derogación por esta del Fuero suponga la total abrogación de la *Ley 17/1976*, porque, como quedó expuesto, esta deriva de su oposición a la Constitución, pero continúa vigente en lo que no es contradictoria, sino complementaria de aquella, aunque el fundamento de su validez se haya novado» (STC 36/1982, de 16 de junio, FJ 4).

La aplicación de la *Ley 14/1966, de 18 de marzo, de Prensa e Imprenta*, motivó la presentación de sendos recursos de amparo en 1988. Su Exposición de Motivos afirmaba que cumplía «los postulados y las directrices del Movimiento Nacional, tal y como se han plasmado no solo en el ya citado Fuero de 17 de julio de 1945 sino también en la Ley Fundamental de 17 de mayo de 1958». Ambas demandas alegaban que la Ley de Prensa estaba «inspirada en principios recortadores de la libertad de expresión al estar fundamentada en leyes políticas del anterior régimen que han sido expresamente derogadas por la Constitución», y respondía «a unos principios que son los del Movimiento Nacional, principios dictatoriales totalmente contrarios a los de un sistema democrático y constitucional como es el vigente en España». La segunda demanda sostenía que, con independencia de su incompatibilidad con la libertad de expresión consagrada en la CE, la Ley de Principios del Movimiento Nacional y el Fuero de los Españoles, que «constituyen los pilares —así se recoge expresamente— de la Ley de Prensa e Imprenta, han sido expresamente derogadas por la disposición derogatoria de la tantas veces meritada Carta Magna» (SSTC 171/1990 y 172/1990, ambas de 12 de noviembre). Lo cual evidencia la complementariedad de los aps. 1 y 3 de la disp. derog. CE, aunque el TC no entró a juzgar la referencia al primero de ellos.

El contenido de este ap. 1.º debe desaparecer por innecesario en una futura reforma de la Constitución.

BIBLIOGRAFÍA

DÍEZ-PICAZO, L., *La derogación de las leyes*, Civitas, Madrid, 1990.

PAREJO, L., «La Constitución y las leyes preconstitucionales. El problema de la derogación y la llamada inconstitucionalidad sobrevenida», *Revista de Administración Pública*, núm. 94, 1981.

PEÑARANDA RAMOS, J. L., «Disposición derogatoria. Constitución y ordenamiento preconstitucional», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Cortes Generales-Edersa, Madrid, 1997, Tomo XII, págs. 769 y ss.

REQUEJO, J. L., *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.

COMENTARIO AL APARTADO SEGUNDO (*)

Sumario: I. La exclusión de Navarra: la vigencia de las leyes de fueros para Navarra. II. La vigencia de las leyes de fueros en la LORAFNA.

JOSÉ ANTONIO RAZQUIN LIZARRAGA
DOCTOR EN DERECHO

I. LA EXCLUSIÓN DE NAVARRA: LA VIGENCIA DE LAS LEYES DE FUEROS PARA NAVARRA

El ap. 2 de la disposición derogatoria, promovido por el PNV a través de distintas enmiendas, pretende prolongar el halo de la adicional primera, derogando las Leyes de 25 de octubre de 1839, de modificación de fueros, y de 21 de julio de 1876, de abolición de los fueros de las Provincias Vascongadas. Esta derogación, como se reflejó en el debate constitucional, tenía una dimensión afectiva y un carácter simbólico, así como un alcance limitado «en lo que pudiera afectar» y por referencia explícita a las Provincias de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya (RAZQUIN LIZARRAGA, 1990, 182-184).

Ello plantea de inmediato el significado de dicha disposición para Navarra, pues la derogación comprende solo a las tres Provincias Vascongadas, pero no a Navarra, pese a que esta también estaba incluida en el ámbito de la primera de aquellas leyes.

La razón de esta deliberada omisión de Navarra estriba en el dispar significado y virtualidad que la Ley de modificación de fueros de 1839 ha tenido para Vascongadas y Navarra, pues a partir de ella se

abrió un período de modificación foral con resultados diversos para las Provincias Vascongadas y para Navarra. En Navarra pronto se alcanzó un acuerdo provisional formalizado en el Real Decreto de 15 de noviembre de 1839 y, tras la negociación y el acuerdo sobre la modificación foral, se aprobó la Ley de 16 de agosto de 1841 o «Ley Paccionada».

Por ello, en Navarra la Ley de 25 de octubre de 1839 ha sido considerada como una ley de confirmación de fueros, a partir de la cual se llevó a cabo el arreglo o modificación de sus fueros por la Ley «Paccionada» de 1841. Con fundamento en las leyes de fueros de 1839 y 1841 se alcanzó una solución para Navarra que permitió la conservación y posterior consolidación del régimen foral navarro, que llegó como una Provincia foral, dotada de un amplio autogobierno con un régimen plenamente operativo, hasta el mismo momento constituyente (MARTÍN-RE-TORTILLO BAQUER, 1990, 99).

En suma, este precepto constitucional expresa *a contrario sensu* la pervivencia y vigencia de la Ley de confirmación de fueros de 1839 para Navarra y, en consecuencia, igual vigencia de la Ley de 1841 dictada en ejecución de aquella.

* Véase, además de este comentario, los correspondientes a la disposición transitoria cuarta, del mismo autor, y a la disposición adicional primera: *Los regímenes de concierto y de convenio económico*, de Fernando DE LA HUCHA CELADOR, y a la disposición adicional primera, comentarios de José TUDELA ARANDA y de Fernando DE LA HUCHA CELADOR.

II. LA VIGENCIA DE LAS LEYES DE FUEROS EN LA LORAFNA

La propia solución foral en Navarra tras la CE va a entroncar con las citadas Leyes de fueros de 1839 y 1841. Ya el RD de 26 de enero de 1979 parte, a decir de su preámbulo, de la Ley Paccionada de 16 de agosto de 1841.

Y sobre todo la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra (LORAFNA), fruto de la actualización foral fundada en la disposición adicional 1.^a CE, plasma tanto en su procedimiento de elaboración como en su contenido los principios del régimen foral derivados de las leyes de 1839 y 1841. En efecto, su preámbulo menciona expresamente la Ley de 25 de octubre de 1839, en cuanto confirmó los Fueros de Navarra y dispuso que, con la participación de Navarra, se introdujera en ellos la modificación indispensable en aras de la unidad constitucional; e indica que de las negociaciones y acuerdo definitivamente alcanzado tuvo su origen la Ley Paccionada de 16 de agosto de 1841. Y —sigue afirmando el preámbulo— «al amparo de tales Leyes, que traían causa de sus derechos originarios e históricos, Navarra conservó su régimen foral y lo ha venido desarrollando progresivamente» y, en virtud de tales antecedentes, «la Constitución [...] tiene presente la existencia del régimen foral y, consecuentemente, en el párrafo primero de su disposición adicional primera, ampara y respeta los derechos históricos de Navarra y,

en el apartado dos de su disposición derogatoria, mantiene la vigencia en dicho territorio de la Ley de 25 de octubre de 1839». Por ello, según el art. 2.1 de la LORAFNA, «los derechos originarios e históricos de la Comunidad Foral de Navarra serán respetados y amparados por los poderes públicos con arreglo a la Ley de 25 de octubre de 1839, a la Ley Paccionada de 16 de agosto de 1841 y disposiciones complementarias [...]»; lo que se manifiesta en la conservación de las competencias ejercidas con amparo en la Ley de 1841 [art. 39.1.a)].

Así pues, **la LORAFNA parte de las leyes de fueros de 1839 y 1841 e incluso explicita su vigencia para Navarra**, al disponer que «continuarán en vigor la Ley de 25 de octubre de 1839, la Ley Paccionada de 16 de agosto de 1841 y disposiciones complementarias, en cuanto no se opongan a lo establecido en la presente Ley Orgánica» (ap. 1 de la disposición final).

Ahora bien, el hecho de que las competencias forales de Navarra tengan constatados antecedentes históricos no puede confundirse con el origen de su reconocimiento a la Comunidad Foral, que tiene lugar solo como consecuencia de la asunción estatutaria, en este caso mediante la LORAFNA, en el marco de la Constitución; por lo que esas remisiones históricas (a las leyes de fueros) han de ser interpretadas en el actual contexto (SSTC 140/1990, de 20 de septiembre, FJ 3; y 208/2012, de 14 de noviembre, FJ 4).

BIBLIOGRAFÍA

DEL BURGO, J. I., *Origen y fundamento del régimen foral de Navarra*, Pamplona, 1968.

— *Introducción al estudio del Amejoramiento del Fuero (Los derechos históricos de Navarra)*, Gobierno de Navarra, Pamplona, 1987.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., «La evolución histórica del régimen foral navarro (1841-1975)», en *Derecho público foral de Navarra. El Amejoramiento del Fuero*, Gobierno de Navarra y Civitas, Madrid, 1990, págs. 53-109.

PEÑARANDA RAMOS, J. L., «Disposición derogatoria», en ALZAGA VILLAAMIL, O., *Comentarios a las Leyes Políticas*, Edersa, Madrid, 1988, págs. 663-670.

RAZQUIN LIZARRAGA, J. A., *Fundamentos jurídicos del Amejoramiento del Fuero. Derechos Históricos y Régimen Foral de Navarra*, Gobierno de Navarra, Pamplona, 1989.

— «Navarra en la Constitución», en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., *Derecho público foral de Navarra. El Amejoramiento del Fuero*, Gobierno de Navarra y Civitas, Madrid, 1990, págs. 151-221.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A., «Las leyes de 25 de octubre de 1893 y de 16 de agosto de 1841: un análisis jurídico y constitucional», en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., *Derecho público foral de Navarra. El Amejoramiento del Fuero*, Gobierno de Navarra y Civitas, Madrid, 1990, págs. 27-52.

COMENTARIO AL APARTADO TERCERO LA DEROGACIÓN CONSTITUCIONAL

Sumario: I. Los tres apartados de la disposición derogatoria. II. Derogación, invalidez, ineficacia. III. Derogación e inconstitucionalidad sobrevenida. 1. La «inconstitucionalidad sobrevenida». 2. La competencia. 3. Las causas. 4. Los efectos. IV. Derogación y efectos de las normas inconstitucionales.

IGNACIO BORRAJO INIESTA

CATEDRÁTICO DE DERECHO

LETRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. LOS TRES APARTADOS DE LA DISPOSICIÓN DEROGATORIA

La Constitución Española, al derogar las disposiciones que la contradicen, realiza una afirmación de extraordinaria importancia.

En primer lugar, deja claro su carácter normativo pleno. **La Constitución es una norma jurídica vinculante y que, por consiguiente, se impone sobre todas las normas del ordenamiento que se opongan a lo que ella misma establece.** No se limita a derogar las Leyes Fundamentales del régimen político anterior (ap. 1.º de esta misma disposición derogatoria; en adelante, DD) o algunos aspectos problemáticos del régimen foral en las Provincias Vascongadas (DD 2.ª). Además, priva de vigencia a todas las leyes que formaban parte del sistema jurídico español el 29 de diciembre de 1978, día en que la Constitución entró en vigor (a tenor de su disposición final), siempre y cuando el contenido de sus preceptos sea contrario a las normas constitucionales.

En segundo lugar, como vemos, **la Constitución admite la continuidad del Derecho español en su conjunto.** Solamente deroga de manera expresa y completa las siete Leyes Fundamentales que, desde 1938 hasta 1967, fueron definiendo el cimiento jurídico del Estado autoritario nacional-católico, muchas veces denominado equívocamente «franquista». Las deroga en la medida en que no hubieran sido ya privadas de vigencia por la Ley para la reforma política de 1977 (Ley 1/1977, de 4 de enero), auténtico puente de la transición jurídica entre el sistema político anterior y el que instaura la Constitución, la cual es derogada en su integridad.

Se suele decir que estas derogaciones expresas, dispuestas por los aps. 1 y 2, son superfluas y la verdadera norma derogatoria se contiene en el ap. 3. Este punto de vista es criticable. No tiene en cuenta las diferencias que existen entre la abrogación y la derogación ni, dentro de esta última, entre la expresa y las derogaciones tácitas o incompletas (DE CASTRO, 1984, 629; Díez-PICAZO GIMÉNEZ, 1990, 35, 108 y 285), de gran calado teórico y

práctico. La Constitución no se limita a derogar disposiciones contrarias, sino que abroga las leyes que las contenían y, por ende, declara abolido el Estado nacional-católico.

La derogación total de las Leyes Fundamentales de 1938-1967 supone la abolición de un régimen político, no la mera derogación de unos textos legales. Se puede predicar la continuidad del ordenamiento en relación con las demás disposiciones que forman el Derecho español. Pero las disposiciones que establecieron y definieron el orden jurídico nacional-católico son derogadas expresamente en su integridad, en unos términos que permiten ser caracterizados como una abolición: lo mismo que la abolición de la esclavitud o de la pena de muerte impide radicalmente la existencia de esclavos o el uso de cadalsos, así la abolición de las Leyes Fundamentales impide que, vigente la Constitución de 1978, pervivan situaciones que formaban parte inescindible del régimen nacional-católico y que solo en él encontraban su fundamento. Desde esta perspectiva, **la derogación del Concordato de 1953 por los Acuerdos con la Santa Sede de 3 de enero de 1979, coetáneos de la Constitución, completa la obra constituyente.**

Los tres apartados de la disposición derogatoria de la Constitución Española, por ende, permiten visualizar con claridad los efectos ordinamentales que conlleva la promulgación de la Carta Magna de 1978: ruptura jurídica con la norma fundante del sistema jurídico español anterior, mediante la abolición de sus instituciones políticas propias y su sustitución por las instituciones de la democracia; y continuidad jurídica de la frondosa legislación existente hasta el momento en que la Constitución entró en vigor, salvo que resulte contraria materialmente a los preceptos de esta. Dicho en términos gráficos: si el ordenamiento fuera un árbol, la Constitución ha talado su tronco autoritario, centralista y confesional y ha injertado, en su lugar, un tronco democrático, autonómico y aconfesional; las ramas del árbol pueden subsistir, empero, en

la medida en que no sean incompatibles con el nuevo tronco que les da su savia. Algunas ramas se mantienen inalteradas; otras sufren cambios, más o menos amplios; y, es importante subrayarlo, existen ramas del árbol ordenamiento que se secan y mueren en su integridad, en tanto en cuanto dependían completamente del tronco nacional-católico.

Estas observaciones de carácter general permiten entender mejor algunos de los casos resueltos por la jurisprudencia constitucional. Son innumerables las sentencias que han resuelto casos determinados por la cuestión de si normas anteriores a diciembre de 1978 habían quedado derogadas por la Constitución o no. Su análisis permite comprobar que algunas leyes se han visto afectadas en mucha mayor medida que otras. La legislación procesal ofrece un ejemplo obvio (ver GARRIDO FALLA, 1993; VALLESPÍN PÉREZ, 2002, y RAMOS MÉNDEZ, 2006): la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956 ha sido declarada derogada en aspectos esenciales, cuando no reinterpretada hasta extremos que permiten hablar de derogaciones *de facto*; a diferencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, que regía procesos mucho más alejados del círculo del poder público, por lo que ninguna de sus vetustas normas llegó a ser declarada derogada por la Constitución antes de su sustitución por la vigente Ley de 2000. La Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, por su parte, ofrece un paisaje mixto que corrobora la idea que estamos desarrollando: algunos aspectos importantes de su normativa han sido declarados derogados por la norma constitucional: pero no debe olvidarse que se trataba de reformas introducidas en el texto de 1882 por leyes posteriores que obedecían a criterios de política legislativa distinta y aun opuesta a los que inspiraron la Ley original de 1870, hija de la Constitución de 1869 (por ejemplo, STC *juez de instrucción imparcial*, 145/1988, de 12 de julio).

Las normas preconstitucionales que son radicalmente contrarias al orden jurídico constitucional sufren una derogación

más intensa que las restantes, por decirlo de alguna manera. Así, la Sentencia *Ismael Hernández Redondo contra Gobernador Civil de Madrid* (STC 36/1982, de 16 de junio) apreció que la Ley 17/1976, que en los albores de la transición hacia la democracia había relajado las prohibiciones en materia de reunión y manifestación, era no obstante incompatible con el contenido, amplio y generoso, que el art. 21 CE había dado al derecho fundamental correspondiente; por lo que declaró derogado todo su contenido sustantivo, sin entrar a examinar los distintos preceptos de la ley. Dejó incólumes, empero, los aspectos adjetivos donde se regulaban los procedimientos y pautas de actuación de los ciudadanos y la Administración, que pervivieron «por tener un campo de acción coincidente y complementario» con la norma constitucional, mientras las Cortes del nuevo régimen constitucional no desarrollaren el derecho en cumplimiento de los arts. 53.1 y 81 CE (lo que terminaría haciendo la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio).

Sin embargo, es preciso subrayar que **los efectos que provoca la derogación expresa de las Leyes Fundamentales nacional-católicas (DD 1.^a), cuando se aplica la derogación general del ap. 3 a disposiciones más o menos entroncadas con el Estado autoritario anterior a la Constitución, pueden ser diversos.** Ello se aprecia nítidamente en la Sentencia *Hortensia Caballero Villanueva c. Ministerio de Defensa* (STC 204/1988, de 7 de noviembre). El contencioso versaba sobre si la viuda de un funcionario, ejecutado el 15 de agosto de 1936 por delito de rebelión militar debido a su condición de Diputado de la II República, tenía derecho a obtener en 1983 una de las pensiones extraordinarias que la Ley de 11 de julio de 1941 había reconocido a las viudas y otros familiares de funcionarios civiles del Estado en diversos supuestos, incluido el haber sido detenido y ejecutado por «los rojos».

La Sentencia parte de la premisa de que la Ley de 1941 era válida y estaba vigente en el

momento del juicio. Válida, «porque en su momento se promulgó con arreglo al sistema de producción normativa legalmente existente entonces»; y «estaba vigente cuando entró en vigor la Constitución y sigue vigente en la actualidad», pues no «ha sido derogada por una ley posterior (art. 2.2 del Código Civil)» y «sigue produciendo sus efectos»: «se siguen abonando las pensiones causadas en virtud de la Ley de 1941 a los causahabientes de las víctimas sacrificadas por su adhesión al Alzamiento Militar, pensiones que no perciben los causahabientes de quienes fueron sacrificados por su adhesión al Gobierno de la República». La cuestión de si la Ley de pensiones extraordinarias perdió su vigencia por la Constitución de 1978 recibe una respuesta contundente: «Nada se opone en la Constitución a que una ley anterior reconozca pensiones extraordinarias causadas por determinadas víctimas de la Guerra Civil, ni nadie solicita, ni tendría sentido entender, que los beneficiarios favorecidos por esa Ley no tienen derecho a cobrar las pensiones establecidas en ella. La disconformidad con el art. 14 de la Constitución surge al no reconocerse que otras víctimas de la misma Guerra, muertas en análogas circunstancias, no causen también el mismo tipo de pensiones». Por tanto, **la abolición del régimen nacional-católico no provoca en este caso la derogación total de una ley promulgada por el bando vencedor en la guerra fundacional, sino todo lo contrario: la ampliación de sus efectos.** Como afirma la Sentencia *Hortensia Caballero* (STC 204/1988), «No es tanto que la Constitución haya provocado una derogación parcial de la Ley de 1941 en la medida que su aplicación produce efectos discriminatorios como que la Constitución obligue a una interpretación de dicha ley conforme a ella que impida esos efectos discriminadores, de modo que, sin perder su eficacia respecto a quienes son literalmente sus beneficiarios, se extienda esa eficacia para evitar la discriminación prohibida por el art. 14 de la Norma suprema».

Por último, es importante anotar que **ni la abolición del régimen nacional-católico ni la derogación de las disposiciones contrarias a la Constitución provocan la reviviscencia de las leyes que fueron derogadas antes del 29 de diciembre de 1978**. Así se desprende de la regla general en nuestro Derecho: «Por la simple derogación de una ley no recobran vigencia las que esta hubiere derogado» (art. 2.2 *in fine* del Código Civil). Y así lo ha afirmado la jurisprudencia constitucional en relación con el ordenamiento de la Segunda República: «la promulgación de la Constitución no ha roto la continuidad del orden jurídico preconstitucional más que con respecto a aquellas normas que no pueden ser interpretadas de conformidad con la Constitución» (STC 32/1981, de 28 de julio, FJ 6.º). Esta solución constitucional ha mantenido como “simples hechos”, carentes de fuerza de obligar, a las normas emanadas en el ordenamiento jurídico republicano, al que solo el legislador actual, mediante una legislación de amnistía, podría otorgar vigencia presente, en el marco del respeto a los principios constitucionales» (STC Pleno *derechos profesionales y pasivos del personal que prestó sus servicios a la Administración Autónoma del País Vasco*, 76/1986, de 9 de junio, FJ 2).

II. DEROGACIÓN, INVALIDEZ, INEFICACIA

La disposición comentada declara la derogación de «disposiciones». Este término jurídico, injustamente menospreciado por los estudios teóricos (que prefieren utilizar el binomio norma-acto), sigue siendo empleado por la legislación española en su acepción de acto jurídico que puede aprobar normas («disposición general», por tanto) o simples actos de aplicación: «resoluciones», cuando proceden de una autoridad unipersonal, o «acuerdos», si son adoptados por un órgano colegiado.

Por consiguiente, podría entenderse que la Constitución ha derogado no solamente las

normas anteriores a ella que la contradicen, sino también todos los actos jurídicos, que son disposiciones aunque carezcan de generalidad. Sin embargo, nadie ha interpretado la disposición derogatoria con ese alcance. La razón es que **en nuestro Derecho la voz «derogación» se ciñe a las normas jurídicas**. Lo que no hace sino mantener los términos clásicos: «La ley puede ser derogada o abrogada: se deroga cuando se suprime una parte y se abroga cuando se elimina toda ella» (*Digesto*, 50, 16, 102).

Sin embargo, **la falta de precisión acerca de qué debe entenderse por el instituto jurídico de la derogación conduce a una gran confusión en esta materia**. Siguiendo la obra de referencia (DÍEZ-PICAZO, 1990), la derogación consiste en que una ley pierde su vigencia: no su validez ni su eficacia. La validez de una norma depende de si ha sido producida respetando las normas de producción del Derecho en el ordenamiento en que nace, así como las normas superiores a ella (criterios de reconocimiento y jerarquía); la derogación se predica de normas válidas, pero que otra norma posterior deja sin vigencia, esto es, sin su carácter obligatorio o de fuente de reglas vinculantes. La eficacia de una norma, a su vez, indica que produce efectos en la realidad: hay leyes vigentes pero ineficaces, por multitud de razones (desde que los supuestos de hecho regulados ya no existen hasta que nadie las cumple), lo que suscita el problema clásico del desuso de las leyes; por el contrario las leyes, un vez derogadas, siguen produciendo efectos jurídicos con toda normalidad, al seguir regulando las situaciones jurídicas creadas bajo su imperio o por mor de las normas intertemporales.

Por consiguiente, lo que dispone la Constitución es que todas las disposiciones generales que se encontraban vigentes el 29 de diciembre de 1978, día en que ella misma entró en vigor (a tenor de su disposición final), siguen vigentes salvo las que se oponen a «lo establecido en esta Constitución». Veamos esta afirmación con un mayor detalle.

III. DEROGACIÓN E INCONSTITUCIONALIDAD SOBREVENIDA

1. La «inconstitucionalidad sobrevenida»

La afirmación de que toda disposición contraria a los mandatos constitucionales quedó derogada el 29 de diciembre de 1978 es signo de que **la Constitución de 1978 es norma jurídica plena** (como dejó razonado GARCÍA DE ENTERRÍA en un estudio capital de 1979). En la medida en que la Constitución es ley, su aprobación conlleva la derogación de todas las normas anteriores contrarias a ella. Se cumplen, así, los aforismos de *lex posterior derogat anterior* y de *contrarius actus (eius est abrogare cuius est condere)*.

Sin embargo, **la Constitución es también *lex superior***: norma que funda el sistema jurídico vigente en el territorio del Estado y ley suprema del país, ante la que deben ceder todas las demás que forman el ordenamiento (OTTO Y PARDO, 1987; MUÑOZ MACHADO, 2006). Esta cualidad de supremacía es la que rige las relaciones de la Constitución con las leyes aprobadas por las instituciones que ella misma ha creado, como las Cortes Generales, o que han sido creadas en su virtud, como las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas.

Sin embargo, **las leyes que se encontraban vigentes antes del 29 de diciembre de 1978 son, simultáneamente, leyes anteriores y leyes inferiores a la Constitución**. La antinomia de dichas normas con los preceptos constitucionales se resuelve siempre dando aplicación a la Constitución. Pero esa preeminencia puede lograrse mediante la derogación, si se considera que la Constitución es *lex posterior*; o mediante la invalidez, si se considera a la Constitución como *lex superior*.

Este dilema para resolver la antinomia provocada por la introducción de una Constitución nueva entre leyes viejas fue lúcidamente advertido por la doctrina univer-

sitaria (VARELA y SATRÚSTEGUI, 1979), que ofreció las ideas utilizadas luego por la jurisprudencia. **El Tribunal Constitucional tuvo que resolver la cuestión al pronunciar su primera Sentencia de Pleno (STC régimen local, 4/1981, de 2 de febrero), en unos términos que, aunque repetidamente citados, fueron matizados sustancialmente por la posterior Sentencia huelga (STC 11/1981, de 8 de abril).**

La Sentencia régimen local (STC 4/1981, de 2 de febrero), enjuició un conjunto de leyes que regían a las corporaciones locales, de entre las que destacaba el texto articulado y refundido de la Ley de Régimen Local de 1955. Antes de examinar si la legislación preconstitucional respetaba o no los nuevos principios constitucionales, en especial el de autonomía local, la sentencia afrontó la cuestión que nos interesa en su primer fundamento jurídico: lo hizo cuando enjuició la alegación de que el recurso era inadmisibile, ya que, al tratarse de una legislación anterior a la Constitución, «la cuestión suscitada es de derogación y no de inconstitucionalidad». La sentencia dijo:

«La peculiaridad de las leyes preconstitucionales consiste, por lo que ahora interesa, en que la Constitución es una Ley superior —criterio jerárquico— y posterior —criterio temporal—. Y la coincidencia de este doble criterio da lugar —de una parte— a la inconstitucionalidad sobrevenida, y consiguiente invalidez, de las que se opongan a la Constitución, y —de otra— a su pérdida de vigencia a partir de la misma para regular situaciones futuras, es decir, a su derogación.

Esta pérdida de vigencia se encuentra expresamente preceptuada por la disposición derogatoria de dicha norma fundamental, que dice en su número 3: “Asimismo quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución”.

La lectura de esta disposición evidencia que las Leyes anteriores que se opongan a lo dispuesto en la Constitución quedan derogadas. El primer juicio que hay que hacer, por tanto, es el de disconformidad —en términos de oposición— de tales Leyes con la Constitución, única forma de determinar si se ha producido, como consecuencia, la derogación» [FJ 1.a)].

Esta interpretación fue agudamente criticada en un voto particular, que sostenía que la inconstitucionalidad y derogación «son instituciones jurídicas distintas, cuyas diferencias no pueden ser abolidas mediante el recurso a un concepto híbrido y contradictorio, el de “inconstitucionalidad sobrevenida”, que sirve de base a toda la construcción de la que disiento». Ambas difieren «en sus causas y en sus efectos. Como aplicación concreta del principio *lex superior*, la inconstitucionalidad puede resultar tanto de vicios formales, de defectos en el modo de elaboración, aprobación o promulgación de la ley, como de vicios materiales, de la contradicción entre el contenido de esta y uno o varios preceptos de la Constitución. La derogación se produce solo como resultado de una explícita decisión posterior o, implícitamente, de una nueva regulación de la misma materia, pero nunca como consecuencia de una modificación en los cauces previstos para la elaboración, aprobación o promulgación de los preceptos jurídicos. La inconstitucionalidad implica la invalidez de la ley; la derogación, por el contrario, supone la validez y produce solo la pérdida de vigencia. El hecho de que, en aras de la seguridad jurídica, la declaración de inconstitucionalidad vea atenuados en nuestra Ley Orgánica (art. 40.1) los efectos que en pura teoría cabría tal vez atribuirle, no autoriza a ignorar las diferencias existentes».

La conciliación entre ambas tesis fue alumbrada en la Sentencia huelga (11/1981, de 8 de abril), que enjuició la constitucionalidad del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, regulador del derecho

de huelga y de los conflictos colectivos de trabajo. Allí, **el Tribunal sostuvo unánimemente que «no existe una auténtica contradicción entre el problema vigencia-derogación y el problema constitucionalidad-inconstitucionalidad**. No es enteramente exacta la opinión de que el tema de la vigencia o derogación es previo al de la constitucionalidad porque respecto de normas derogadas no cabe ni siquiera plantearse el tema de su constitucionalidad. En puridad, ocurre más bien lo contrario. En la medida en que la derogación se produce por contradicción con la Constitución, la contradicción con la Constitución es una premisa de la derogación. Nosotros entendemos por inconstitucionalidad simplemente el juicio de contraste entre las dos normas, al que subsigue una consecuencia jurídica. Mas inconstitucionalidad no es la consecuencia, sino, simplemente, la premisa de esa consecuencia. Por eso puede decirse que **la inconstitucionalidad de las leyes anteriores conduce a unas consecuencias que pueden ser concurrentemente la derogación y la nulidad**» (FJ 2.3).

Por consiguiente, la colisión de la ley con la Constitución se traduce siempre en la inconstitucionalidad de aquella. Si la ley es posterior a la Constitución, la inconstitucionalidad se traduce en la nulidad de la ley. Pero si la ley es anterior a 1978, su inconstitucionalidad da lugar, simultáneamente, a su nulidad y a su derogación.

Esta es la doctrina de la jurisprudencia constitucional, como muestran las Sentencias *Naviera Aznar* (STC 101/10984, de 8 de noviembre, FJ 1); *suspensión de corporaciones locales* (STC 117/1984, de 5 de diciembre, FJ 4); *Urbanización Costa de la Calma* (STC 113/1994, de 14 de abril, FF. JJ. 2, 17); o *María del Pilar Fernández Iglesias* (STC 90/1995, de 9 de junio). Pero quizá los casos más llamativos sean los que dieron lugar a enjuiciar si eran conformes con la Constitución de 1978 las reglas de «casar con noble» y de masculinidad o varonía en el orden regular de sucesión de los títulos nobiliarios, establecida esta últi-

ma por el art. 1 de la Ley de 4 de mayo de 1948 y el art. 13 de la Ley de 11 de octubre de 1820, en cuanto declararon aplicable el Derecho histórico y, en particular, la Partida 2.15.2, de la que deriva dicha regla, por lo dispuesto en el inciso «que si fijo varon y non oviesse, la fija mayor heredasse el Reyno»; norma cuyo rango legal y vigencia actual, susceptible por ende de control constitucional, quedaron despejados tras observar que los «libros de Partidas» habían adquirido expresa vigencia en virtud de la ley 1, título XXVIII, del Ordenamiento de leyes dado por el Rey Alfonso XI en las Cortes de Alcalá de 1348, que se mantuvo inalterado hasta el siglo XIX; y que había sido considerada como Derecho en vigor a lo largo del siglo XX por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTC *Marqués de Cartagena*, 27/1982, de 24 de mayo, y *Conde de Cardona*, 126/1997, de 3 de julio; TEDH auto de inadmisión *Marquesa de Mairena*, 28 de octubre de 1999, asuntos 41127/98, 41503/98, 41717/98 y 45726/99).

2. La competencia

De la tesis que estima que la Constitución deroga y, al mismo tiempo, hace devenir inconstitucionales y nulas las disposiciones contrarias a ella, se desprenden consecuencias en varios planos. El que más preocupaba al Tribunal Constitucional al fijar su interpretación de la cláusula derogatoria era el relativo a la competencia para resolver las antinomias entre la Constitución nueva y las leyes viejas; pero no debe relegarse el dato de que nulidad y derogación pueden tener causas ligeramente distintas y surten efectos jurídicos diferentes en algún punto (*infra*, C y D).

La derogación de una ley por la Constitución puede ser apreciada por los Tribunales de Justicia. Apreciar la compatibilidad entre las normas que confluyen en la regulación de la situación jurídica enjuiciada y, en caso de antinomia, darle solución forma parte inequívocamente de la potestad de juzgar que la Constitución atribuye al Poder judicial (art. 117.3 CE) y se encuentra específicamente au-

torizada por las leyes (art. 2.2 del Código Civil, redacción de 1974). Ello suscitaba la duda de si el novísimo Tribunal creado por la Constitución tenía o no competencia para aplicar su disposición derogatoria; y, en caso afirmativo, cómo afectaba la competencia del intérprete supremo de la Constitución a los restantes Tribunales.

Esta preocupación se trasluce en la Sentencia *régimen local* (STC 4/1981), que dedica la mayor parte de sus razonamientos a disiparla, partiendo de las sucintas afirmaciones sobre derogación e inconstitucionalidad sobrevenida [formuladas en el ap. a) de su primer fundamento jurídico, antes transcrito; confróntese con los extensos aps. c) y d) de ese mismo fundamento].

En esencia, **la solución aceptada por las Sentencias 4/1981 y 11/1981 permite que todos los Tribunales, tanto el Constitucional como los integrados en el Poder Judicial, aseguren la aplicación de la Constitución apartando, si hiciere falta, la hojarasca de la legislación preconstitucional. Sea cualesquiera el rango de la disposición legal en cuestión (cuestión no siempre fácil de dilucidar cuando las normas se remontan decenios y aun siglos en el tiempo)**, los Juzgados y las Salas de Justicia pueden declararla derogada y dar aplicación directa a la Constitución en ejercicio de su potestad propia, a tenor de la disposición derogatoria. Lo mismo puede hacer el Tribunal Constitucional, ora resolviendo los pioneros recursos de inconstitucionalidad que habían sido presentados en los primeros meses de su establecimiento (a tenor de la disposición transitoria segunda, ap. 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), ora al sentenciar recursos de amparo o cuestiones de inconstitucionalidad suscitados por los órganos judiciales en cualquier tiempo. Estos, por consiguiente, tienen siempre la opción de plantear cuestión sobre leyes viejas o bien de resolver por su propia autoridad, inaplicando las leyes anteriores a la Constitución en virtud del instituto derogatorio.

Así lo manifiesta la Sentencia *régimen local*: 1) «no puede negarse que el Tribunal, intérprete supremo de la Constitución, según el art. 1 de su Ley Orgánica, es competente para enjuiciar la conformidad o disconformidad con aquella de las leyes preconstitucionales impugnadas, declarando, si procede, su inconstitucionalidad sobrevenida y, en tal supuesto, la derogación operada por virtud de la disposición derogatoria»; 2) «Así como frente a las Leyes postconstitucionales el Tribunal ostenta un monopolio para enjuiciar su conformidad con la Constitución, en relación a las preconstitucionales los Jueces y Tribunales deben inaplicarlas si entienden que han quedado derogadas por la Constitución, al oponerse a la misma; o pueden, en caso de duda, someter este tema al Tribunal Constitucional por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad»; y 3) «los Jueces y Tribunales integrados en el Poder Judicial [...] al inaplicar tales leyes, no enjuician realmente la actuación del legislador —al que no le era exigible en aquel momento que se ajustase a una Constitución entonces inexistente—, sino que aplican la Constitución, que ha derogado las leyes anteriores que se opongan a lo establecido en la misma y que por ello son inconstitucionales» (FJ 1).

Finalmente, la Sentencia 4/1981 matiza que **existe una diferencia importante entre la derogación que es apreciada por el Tribunal Constitucional y la misma figura, cuando es utilizada por los Tribunales judiciales**: «la declaración de inconstitucionalidad sobrevenida —y consiguiente derogación— efectuada por el Tribunal Constitucional tiene plenos efectos frente a todos, si bien, salvo que en el fallo se disponga otra cosa, subsistirá la vigencia de la Ley en la parte no afectada por la inconstitucionalidad. Todo ello de acuerdo con lo dispuesto en el art. 164 de la Constitución, en conexión con su disposición derogatoria. De esta forma, la Sentencia del Tribunal Constitucional —dado su valor *erga omnes*— cumple una importante función, que es la de depurar el ordenamiento resolviendo de manera definitiva y con carácter general las dudas que puedan plantearse».

3. Las causas

La ley vieja es inconstitucional, y por ende derogada, por una única causa: oponerse a lo establecido por la Constitución. A primera vista, no parece haber diferencia alguna cuando este juicio lo realiza un Tribunal judicial o el Tribunal Constitucional. La distinción entre leyes que «contradicen» la Constitución y otras que le son simplemente «contrarias», criticada en el voto particular a la Sentencia *régimen local* (STC 4/1981), no ha tenido aplicación.

Sin embargo, la cuestión es algo más compleja. La Constitución contiene preceptos muy diferentes, que suscitan, al menos, dos cuestiones:

La primera consiste en determinar si los preceptos de carácter general o los principios jurídicos que enuncia la Constitución son aptos, por sí solos, para dar lugar a la derogación de leyes preconstitucionales. Esta duda la despejó la propia Sentencia 4/1981, que, como se recordará, versaba principalmente sobre si las normas de régimen local vigentes en 1978 respetaban un principio general de la organización del Estado, plasmado en nuestra Constitución mediante una simple palabra: «autonomía» (art. 140 CE). La Sentencia declaró con firmeza una doctrina de alcance general:

«Entendemos que los principios generales del Derecho incluidos en la Constitución tienen carácter informador de todo el ordenamiento jurídico —como afirma el art. 1.4 del Título Preliminar del Código Civil— que debe así ser interpretado de acuerdo con los mismos. Pero es también claro que **allí donde la oposición entre las Leyes anteriores y los principios generales plasmados en la Constitución sea irreductible, tales principios, en cuanto forman parte de la Constitución, participan de la fuerza derogatoria de la misma**, como no puede ser de otro

modo. El hecho de que nuestra norma fundamental prevea, en su art. 53.2, un sistema especial de tutela de las libertades y derechos reconocidos —entre otros— en el art. 14 que se refiere al principio de igualdad, no es sino una confirmación de carácter específico del valor aplicativo —y no meramente programático— de los principios generales plasmados en la Constitución. En conclusión, en los supuestos en que exista una incompatibilidad entre los preceptos impugnados y los principios plasmados en la Constitución, procederá declararlos inconstitucionales y derogados, por ser opuestos a la misma» [FJ 1.b)].

Sin embargo, el Tribunal era consciente de la dificultad que conllevaba este axioma, favorable a la máxima eficacia de la nueva Constitución: «conviene poner de manifiesto la especial dificultad que presenta esta valoración en el caso de un recurso de inconstitucionalidad abstracto —es decir, sin conexión con un supuesto concreto— en el que se trata de enjuiciar la conformidad de una regulación específica con un principio general cuyo alcance indubitado es difícil de precisar con exactitud, dado que —en definitiva— la autonomía es un concepto jurídico indeterminado que ofrece un margen de apreciación muy amplio. De aquí que, dadas las especiales características que presenta el recurso, **sea necesario apurar las posibilidades de interpretación de los preceptos impugnados conforme a la Constitución** y declarar tan solo la inconstitucionalidad sobrevenida y consiguiente derogación de aquellos cuya incompatibilidad con la misma resulte indudable por ser imposible el llevar a cabo tal interpretación» (*idem*). **Esta doctrina, irreprochable en relación con leyes antiguas y en el contexto procesal del recurso de inconstitucionalidad, se independizaría pronto de las circunstancias que la vieron nacer, hasta ser aplicada sin matices en todo tipo de procesos a las leyes posteriores a 1978**, aprobadas cuando la Constitución ya

se encontraba vigente; lo que está conduciendo a incrementar, no a reducir, la confusión del ordenamiento.

La segunda cuestión nace del dato de que la Constitución es *leges legum*. Como se recordará, una de las críticas formuladas por el voto particular a la Sentencia 4/1981 era que la «derogación se produce solo como resultado de una explícita decisión posterior o, implícitamente, de una nueva regulación de la misma materia, pero nunca como consecuencia de una modificación en los cauces previstos para la elaboración, aprobación o promulgación de los preceptos jurídicos»; por el contrario, «la inconstitucionalidad puede resultar tanto de vicios formales, de defectos en el modo de elaboración, aprobación o promulgación de la Ley, como de vicios materiales, de la contradicción entre el contenido de esta y uno o varios preceptos de la Constitución».

El problema fue suscitado en la Sentencia *huelga* (STC 11/1981): «si, después de la entrada en vigor de la Constitución, el derecho de huelga, que es un derecho consagrado por el art. 28, puede quedar regulado válidamente por medio de un Real Decreto-ley [...] Es lícito plantearse este problema, aunque no haya sido directamente suscitado por los recurrentes, dado que en el art. 28.2 de la Constitución existe una remisión a la ley (“la ley que regule este derecho”). En la medida en que además el desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas ha de hacerse, de acuerdo con el art. 81 de la Constitución, por ley orgánica, sería materia reservada a Ley Orgánica. Podría así pensarse que el Real Decreto-Ley no cumple la cláusula de reserva del art. 28 y menos todavía la del art. 81».

La respuesta dada por la Sentencia 11/1981 dio lugar a la solución hoy vigente: «**no es posible exigir la reserva de ley de manera retroactiva para anular disposiciones reguladoras de materias y de situaciones respecto de las cuales tal reserva no existía de acuerdo con el Derecho anterior, especialmente cuando la fuente de**

Derecho que se cuestiona se produjo respetando el sistema de creación jurídica vigente en el momento de su promulgación. Lo anterior quiere decir que no existen motivos para considerar que el Real Decreto-ley 17/1977 sea inconstitucional por razones referentes a su forma de producción» (FJ 5).

Por consiguiente, la disposición derogatoria, ap. 3.º, de la Constitución surte sus efectos respecto a leyes que contradicen principios generales consagrados por el texto constitucional. Pero no entra en juego cuando se trata de las normas constitucionales que regulan las instituciones, los procedimientos y la forma de las fuentes del Derecho, que solo limitan la validez de las normas adoptadas a partir del 29 de diciembre de 1978.

4. Los efectos

Aunque la derogación y la nulidad de una ley antigua nazcan de la misma causa, la contradicción con la Constitución (con las matizaciones apuntadas antes), **los efectos de la derogación y de la invalidez son muy distintos**. La derogación obedece a un cambio de criterio del legislador; la invalidez, en cambio, a que la ley ha vulnerado límites imperativos. El fin de las nuevas leyes es innovar el Derecho, no criticar las disposiciones pretéritas; por el contrario, la invalidez siempre implica una censura de la norma, ora por su modo de producción, ora por su contenido.

Así lo puso de manifiesto la Sentencia *coto minero Merladet* (STC 9/1981, de 31 de marzo), que inicia la amplia línea jurisprudencial sobre indefensión causada en procesos *inaudita parte* por defectos y omisiones de emplazamiento. Sintetizando la jurisprudencia anterior, su FJ 3 avanza un paso más, al introducir la variable temporal:

«La Constitución es una norma [...] pero una norma cualitativamente distinta de las demás, por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que

ha de constituir el orden de convivencia política y de informar todo el ordenamiento jurídico. La Constitución es así la norma fundamental y fundamentadora de todo el orden jurídico.

Esta naturaleza singular se traduce en **una incidencia muy intensa sobre las normas anteriores, que han de ser valoradas desde la Constitución, produciéndose una pluralidad de efectos** que este Tribunal puso ya de manifiesto en su Sentencia de 2 de febrero de 1981 [STC *régimen local*, 4/1981], partiendo del doble carácter de Ley posterior y Ley superior que posee la Constitución.

El carácter de Ley posterior da lugar a la derogación de las Leyes y disposiciones anteriores opuestas a la misma, de acuerdo con su disposición derogatoria núm. 3, es decir, a la pérdida de vigencia de tales normas para regular situaciones futuras.

La naturaleza de Ley superior se refleja en la necesidad de interpretar todo el ordenamiento de conformidad con la Constitución, y en la inconstitucionalidad sobrevenida de aquellas normas anteriores incompatibles con ella. **Inconstitucionalidad sobrevenida que afecta a la validez de la norma y que produce efectos de significación retroactiva mucho más intensos que los derivados de la mera derogación.**

Esta significación retroactiva, por lo demás, había sido ya puesta de manifiesto por la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación a Leyes ordinarias (Sentencia de 13 de diciembre de 1966, entre otras) al señalar, desde otra perspectiva, que la retroactividad de las leyes va implícita en algunas de ellas, lo que puede ocurrir con disposiciones que condenen

como incompatibles a sus fines morales y sociales situaciones anteriormente constituidas u otras que tengan como objeto establecer un régimen general y uniforme, en cuanto solo concediéndole efectos retroactivos se puede conseguir la uniformidad propuesta.

Pues bien, es claro que la Constitución tiene la significación primordial de establecer y fundamentar un orden de convivencia política general de cara al futuro, singularmente en materia de derechos fundamentales y libertades públicas, por lo que en esta materia ha de tener efecto retroactivo, en el sentido de poder afectar a actos posteriores a su vigencia que deriven de situaciones creadas con anterioridad y al amparo de leyes válidas en aquel momento, en cuanto tales actos sean contrarios a la Constitución.

Esta doctrina de carácter general habrá de ser concretada caso por caso, teniendo en cuenta las peculiaridades del mismo, ya que el acto posterior puede estar dotado de mayor o menor autonomía, proceder o no de los poderes públicos, afectar o no a intereses o derechos de terceras personas, y otras circunstancias que podrían pensarse. Por ello no resulta posible ni conveniente ahora el proseguir con el desarrollo de esta doctrina, ya que lo indicado es suficiente para proceder a solucionar el caso concreto suscitado.»

La mayor retroactividad de los efectos provocados por la invalidez, en contraposición con la derogación, quedó puesta de manifiesto en la Sentencia *Juan Linares Mota contra la Dirección General de Seguridad* (STC 10/1981, de 6 de abril). Se trata del primer fallo que declara vulnerado el principio de igualdad ante la ley, lo que condujo a la Sala Primera a otorgar amparo y, en una pos-

terior Sentencia de Pleno, a que se declarase por primera vez una ley inconstitucional por vulnerar el art. 14 de la Constitución (en la STC 34/1981, de 10 de noviembre, previa cuestión interna de inconstitucionalidad *ex* art. 55.2 LOTC). La Sentencia 10/1981 concluyó sus razonamientos afirmando que el segundo párrafo del art. 28.2 del Texto Refundido de la Ley de Derechos Pasivos de 21 de abril de 1966 (según el cual el funcionario que hubiere sido jubilado por causa de inutilidad física y se reincorporase con posterioridad al servicio activo como consecuencia de una revisión de dicha situación no podría, cuando se jubilase forzosamente por haber alcanzado la edad correspondiente, «mejorar de clasificación por servicios prestados o haberes percibidos con posterioridad a la fecha de su primera jubilación») lesiona el principio de igualdad ante la Ley sancionado en el art. 14 de la Constitución; y, «por lo tanto, debe considerarse derogado en virtud de lo establecido en la disposición derogatoria, punto 3, de esta».

Sin embargo, la Sentencia era consciente de un serio problema de aplicación. El funcionario seguía en activo, y aún no le había llegado el momento de la jubilación forzosa por edad; momento en que se materializaría la desigualdad de trato, al no computarse sus años de servicios tras la reincorporación. Pero dicha reincorporación se había producido antes de la entrada en vigor de la Constitución: concretamente, en el año 1968.

Pues bien, como expuso con claridad la Sentencia *Linares* (STC 10/1981, FJ 7), «de aplicarse al supuesto objeto del presente recurso de amparo exclusivamente las consecuencias de la derogación del párrafo segundo del art. 28.2 de la Ley de Derechos Pasivos, el recurrente solo tendría derecho a que se le computaran a efectos activos (trienios) y pasivos los años de servicio efectivamente prestado desde la entrada en vigor de la Constitución, que es la fecha a la que se retrotraería la eficacia de la derogación de la norma legal en cuestión». La reparación del

derecho fundamental no sería completa. La Sentencia, no conforme con ese resultado, siguió razonando:

«Ahora bien, debe tenerse en cuenta que, como se ha sostenido por el Pleno de este Tribunal Constitucional en la Sentencia de 2 de febrero de 1981 [STC *régimen local*, 4/1981], “la peculiaridad de las leyes preconstitucionales consiste [...] en que la Constitución es una Ley superior —criterio jerárquico— y posterior —criterio temporal—”, de donde se deduce que “la coincidencia de este doble criterio da lugar —de una parte— a la inconstitucionalidad sobrevenida y, consiguiente invalidez, de las que opongán a la Constitución, y —de otra— a su pérdida de vigencia a partir de la misma, para regular situaciones futuras, es decir, a su derogación”.

Con base a la estricta aplicación del criterio temporal —la Constitución como *lex posterior*— debe entenderse derogada la Ley de Derechos Pasivos en lo relativo al párrafo segundo del núm. 2 de su art. 28. Ahora bien, si la derogación produce la pérdida de vigencia de una norma, de modo que no puede ser aplicada para regular situaciones nuevas, no puede decirse lo mismo, respecto de la regulación de aquellas situaciones que habiendo surgido con anterioridad a dicha derogación produzcan, sin embargo, efectos con posterioridad a la misma. De acuerdo con este criterio, los efectos de la derogación del art. 28.2, segundo párrafo, de la Ley de Derechos Pasivos impedirían la aplicación de este precepto a la regulación de situaciones surgidas con posterioridad a la entrada en vigor de la Constitución, es decir, a las concernientes a aquellos funcionarios que, habiendo sido jubilados por causa de imposibilidad física con anterioridad a la promulgación de dicha

norma fundamental, se reincorporen al servicio activo con posterioridad a la misma. [...] Ahora bien, **toda Ley preconstitucional que se oponga a la Constitución debe entenderse no solamente derogada, sino también inconstitucional y, en consecuencia, tal invalidez sobrevenida puede producir efectos en situaciones que aun surgidas con anterioridad a la Norma Fundamental, produzcan efectos con posterioridad a su entrada en vigor.**

Es precisamente la superioridad o supremacía absoluta de la Constitución la que permite extender la aplicación de la misma a la regulación de tales situaciones, especialmente en materia de derechos fundamentales y libertades públicas, siempre que, naturalmente, dichas situaciones no hayan agotado sus efectos con anterioridad a la promulgación de la Constitución; ello, de acuerdo con la doctrina contenida en la Sentencia de este Tribunal de 31 de marzo de 1981 [STC *coto minero Merladet*, 9/1981], que ahora se pasa a aplicar al caso concreto objeto del recurso.

El principio de igualdad de trato, sancionado en el art. 14 de la Constitución, está asimilado en cuanto a su reconocimiento y tutela a los derechos fundamentales y libertades públicas propiamente dichos, por lo que puede considerársele incluido entre ellos.

De acuerdo con lo que acaba de exponerse, la derogación e inconstitucionalidad sobrevenida del art. 28.2, segundo párrafo, de la Ley de Derechos Pasivos, debe llevar a la conclusión de que el recurrente tiene derecho a que se le computen a todos los efectos —activos y pasivos— los servicios prestados desde su reincorporación al Cuerpo Superior de Policía en 1968,

dado que no se observa en este caso la concurrencia de ninguna circunstancia específica que obligue a matizar las consecuencias a que conduce la doctrina general expuesta» (FJ 7).

IV. DEROGACIÓN Y EFECTOS DE LAS NORMAS INCONSTITUCIONALES

La derogación de las disposiciones contrarias a la Constitución se predica de leyes u otras disposiciones generales, como vimos. La inconstitucionalidad de la norma conduce a su derogación, producida precisamente el día 29 de diciembre de 1978, fecha en que entró en vigor la Norma fundamental.

Esta constatación no deja de abrir interrogantes. Aquí se abordarán varios de especial importancia, aunque brevemente por razones de espacio.

La primera cuestión ha sido resuelta por la jurisprudencia: **la Constitución no da derecho a obtener una declaración expresa de que una norma anterior ha quedado derogada por inconstitucional.** La Sentencia *Hoja del lunes* (STC 77/1982, de 20 de diciembre) reconoce que desde el punto de vista de la seguridad jurídica, y para alejar cualquier eventual aplicación de normas inconstitucionales viejas, lo mejor es que exista una declaración expresa de su derogación por el órgano competente; pero la inexistencia de dicha declaración no supone en absoluto que hayan de considerarse vigentes. Los derechos fundamentales se ejercitan de acuerdo con su contenido constitucionalmente sancionado y, en su caso, de acuerdo con las leyes; pero si alguna de estas infringe la Constitución, y es anterior a ella, «no cabe duda de que debe considerarse inaplicable en lo que vulnere dicha norma constitucional por haber quedado derogada [...] y todo ello sin necesidad de que el legislador, la Administración o los Tribunales, según los casos, hagan una declaración en tal sentido» (FJ 2).

Eso sí, **una vez declarada la derogación de la norma inconstitucional, los Tribunales no pueden ignorar dicha derogación** (STC *Gran Corralero*, 160/1985, de 28 de noviembre); aunque no es exigible que la apliquen de oficio, pues la derogación ha de ser hecha valer por la parte interesada (STC *Encarnación Lozano Marín*, STC 47/2007, de 12 de marzo). Aspecto este último que no deja de ser susceptible de crítica, pues la vigencia de las normas forma parte del *iura novit curia* y no queda a expensas de la rogación de parte.

Viceversa, **si la norma fue aplicada a pesar de haber sido derogada por la Constitución, los actos de aplicación son nulos.** Así lo muestra la Sentencia *Antonio del Molino Barreno* (STC 37/1988, de 3 de marzo, FF. JJ. 5 y 7), que declaró que un inciso del art. 876 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal era contrario al derecho a la tutela judicial efectiva; por lo que el Tribunal Supremo, al no haberlo declarado derogado sino, por el contrario, haberlo aplicado, vulneró el mismo derecho fundamental lesionado por la norma preconstitucional que debía entenderse derogada. La derogación no fue declarada en el fallo de la sentencia constitucional, sino en su fundamentación jurídica; el Tribunal Constitucional otorgó amparo mediante la nulidad de la resolución judicial que había aplicado la norma preconstitucional derogada, y la retroacción de las actuaciones procesales.

Más dudas se suscitan por el hecho de que la derogación *ex Constitutione*, aun cuando sus efectos se produjeron jurídicamente en el ocaso del año 1978, puede ser declarada en cualquier tiempo. Por consiguiente, la ley vieja ha podido seguir produciendo efectos desde la entrada en vigor de la Constitución hasta el momento en que, meses o años después, es declarada derogada por mor de esa misma Constitución. **La pérdida de vigencia de la ley inconstitucional se produjo el 29 de diciembre de 1978; ¿pero qué hacer con los efectos producidos mientras tanto, mediante actos o contratos jurídicos aco- gidos a su aparente vigencia?**

La jurisprudencia constitucional no ha dado una respuesta inequívoca a esta cuestión, como muestran las disparidades apreciables en las Sentencias *Linares Mota* (STC 10/1981, de 6 de abril), *efectos económicos de los derechos pasivos causados por la mujer funcionario* (STC 5/1992, de 16 de enero, FJ 6) o *alcançe temporal del devengo del recurso cameral permanente* (STC 131/2006, de 27 de abril).

Una última cuestión atañe a la prescripción de las acciones para hacer valer la vulneración de derechos fundamentales, cuando al mismo tiempo se produce la derogación de normas antiguas por ser contrarias a la Constitución.

La Sentencia *Catalina Valls Salva y otras contra la Compañía Telefónica Nacional de España* (STC 7/1983, de 14 de febrero) ha establecido dos principios generales: aunque los derechos que declara la Constitución son permanentes e imprescriptibles, la ley puede establecer plazos de prescripción para el ejercicio de las acciones judiciales que permiten reaccionar contra vulneraciones concretas; y esos plazos de prescripción comienzan a correr desde el momento en que la acción pudo ser ejercitada, de conformidad con la regla general del art. 1969 del Código Civil (FJ 3).

En el caso, se trataba de unas trabajadoras que se habían visto obligadas a dejar su empleo en virtud de unas normas laborales, de 1947 y 1958, que disponían la suspensión del contrato de trabajo «para el personal femenino» por el hecho de contraer matrimonio; pero que permitía la reincorporación al puesto de trabajo si la mujer se constituía en cabeza de familia (normalmente por devenir viuda, al fallecer su marido). Esa normativa había sido derogada posteriormente, por la Ley 56/1961, de 22 de julio, que estableció el principio de que el cambio de estado no alteraba la relación laboral; pero declaró subsistentes «las situaciones creadas como consecuencia de matrimonios celebrados con anterioridad a la fecha de su entrada en vi-

gor». La norma enjuiciada por el Tribunal, por consiguiente, se encontraba derogada, pero mantenía sus efectos respecto de las situaciones creadas con anterioridad a 1961, y como tal regía la situación laboral de las trabajadoras que, después de 1978, pidieron el reingreso.

La Sentencia *Catalina Valls Salva* (STC 7/1983) se limita a constatar que la norma aplicada a las trabajadoras antes de 1961, y que desde entonces había regido su situación laboral, era una discriminación por razón del sexo, prohibida por la Constitución. Por consiguiente, «perdió todo valor desde el momento mismo de la entrada en vigor de la Constitución»: la suspensión de su relación contractual con la compañía telefónica «es nula desde el momento mismo de la entrada en vigor de la Constitución» (FJ 2).

Pero la Sentencia, huérfana de todo razonamiento, anuda a ese momento el término inicial del plazo de prescripción de la acción para pedir el reingreso. Lo cual le llevó a la conclusión de que solo podían obtener el restablecimiento de su derecho fundamental quienes lo hubieran solicitado durante los tres años inmediatamente siguientes a la entrada en vigor de la Constitución (a tenor del plazo general de prescripción de acciones establecido por la Ley de Contrato de Trabajo de 1944; la Ley del Estatuto de los Trabajadores lo redujo, en 1980, a un año). Una vez transcurridos esos tres años, la Constitución no solo dejaría sin protección el derecho fundamental; también dejaría sin efecto el modesto, pero importante, derecho que la norma antigua otorgaba a las trabajadoras en excedencia forzosa de reingresar si lo necesitaban. **El paradójico efecto de este modo de razonar era que el derecho constitucional, pasado un plazo legal de prescripción de acciones, no solo no permitía remediar la discriminación, sino que la ahondaba y la convertía en definitiva.** Así puede comprobarse leyendo la triste saga de resoluciones que se resume en la Sentencia *Ángeles Lorenzo Valls c. Empresa Nacional*

de *Electricidad* (STC 59/1993, de 15 de febrero, FJ 2).

Pero este entendimiento de la prescripción de acciones es desenfocado: como destacó el lúcido voto particular que discrepó de la mayoría en *Catalina Valls Salva* (STC 7/1983), «en los derechos de carácter absoluto, como tienen que ser los derechos fundamentales, mientras la lesión subsista, la prescripción no puede comenzar a contarse». La nulidad de la norma, producida efectivamente al entrar en vigor la Constitución, e incluso la nulidad de sus efectos, como son las situaciones creadas a su amparo, no debe confundirse con «el día en que pudieron ejercitarse» las acciones. Como observó el voto particular, «es difícil hacer arrancar del momento de la promulgación de la Constitución la prescripción de un derecho cuya concreción solo podía realizarse a través de un juego interpretativo no demasiado fácil, lo que equivale a echar a correr el plazo de prescripción cuando los titulares del derecho no tienen especial consciencia de serlo».

Por añadidura, es discutible que la nulidad de la excedencia forzosa se extendiese, asimismo, al único medio previsto para dulcificarla: el reingreso porque la trabajadora se había convertido en el único sustento de su familia, por viudedad u otra circunstancia. La legislación preconstitucional era en este punto más generosa con las trabajadoras que la Constitución, en los términos interpretados por la triste Sentencia *Catalina Valls Salva* (STC 7/1983).

Por lo demás, queda pendiente el tema de si tiene fundamento que la protección de los derechos fundamentales quede sometida al plazo de prescripción de acciones establecido por las distintas leyes que regulan las relaciones jurídicas de base en las cuales se producen las lesiones concretas de los derechos que tienen su asiento en la Constitución. Esa duda, abierta por el voto particular a la Sentencia *Valls Salva* (STC 7/1983), sigue abierta cuarenta años después de la entrada en vigor de nuestra Constitución.

BIBLIOGRAFÍA

ARAGÓN REYES, M., «La sentencia del Tribunal Constitucional sobre leyes relativas al régimen local, anteriores a la Constitución», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 1, 1981.

DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, Civitas, Madrid, 1984 (reed. de 1949 y 1952).

DE LA VEGA BENAYAS, C., *Teoría, aplicación y eficacia en las normas del Código civil*, Civitas, Madrid, 1976.

DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Las normas derogadas: validez, vigencia, aplicabilidad», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 17, 2003, págs. 197-252.

DÍEZ MORENO, F., «La eficacia derogatoria de la Constitución respecto de la legislación preconstitucional», *Actualidad Jurídica*, núm. 5, 1981, págs. 69-90.

DÍEZ-PICAZO, L. M., *La derogación de las leyes*, Prólogo de F. RUBIO LLORENTE, Civitas, Madrid, 1990.

GARCÍA DE ENTERRÍA CARANDE, E., *La Constitución como norma jurídica*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1979, y ediciones posteriores.

GARRIDO FALLA, F., «Disposición derogatoria», en GARRIDO FALLA, F. (Dir.), *Comentarios a la Constitución*, Civitas, 1.^a ed. 1980, 3.^a ed. 2001, Madrid.

- «Preceptos derogados, modificados e inaplicables de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa», en VV. AA., *La protección jurídica del ciudadano: procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional: Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez*, Civitas, Madrid, 1993, págs. 1077-1092.

MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general, II. El ordenamiento jurídico*, Iustel, Madrid, 2006 (Tomos III-VIII de la edición BOE, 2015).

OTTO Y PARDO, I. de, «La Constitución y el sistema de fuentes del Derecho», en *Derecho constitucional: Sistema de fuentes*, 1987 (*Obras completas*, 2010, págs. 869-898).

PEÑARANDA RAMOS, J. L., «Disposición Derogatoria. Constitución y ordenamiento preconstitucional», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, XII, Cortes Generales-Edersa, Madrid, 1999.

RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento criminal: duodécima lectura constitucional*, Atelier, Barcelona, 2016.

RUBIO LORENTE, F., «La Constitución como fuente del Derecho», en VV. AA., *La Constitución española y el sistema de fuentes*, vol. I, IEF, Madrid, 1979.

- *La forma del poder*, 3.^a ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Fundamentos de Derecho Administrativo, I*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988.

VALLESPÍN PÉREZ, D., *El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil*, Atelier, Barcelona, 2002.

VARELA, S. y SATRÚSTEGUI, M., «Constitución nueva y leyes viejas», *Revista de Derecho Político UNED*, núm. 4, 1979, págs. 59-77.

VILLAR PALASÍ, J. L., *La interpretación y los apotegmas lógico-jurídicos*, Tecnos, Madrid, 1975.

DISPOSICIÓN FINAL

Disposición final

Esta Constitución entrará en vigor el mismo día de la publicación de su texto oficial en el Boletín Oficial del Estado. Se publicará también en las demás lenguas de España.

Por tanto,

mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta Constitución como norma fundamental del Estado.

PUBLICACIÓN Y VIGENCIA DE UNA CONSTITUCIÓN PLURILINGÜE (DISPOSICIÓN FINAL Y PROMULGACIÓN)

Sumario: I. Introducción II. Vigencia y promulgación. III. Vigencia y publicación. IV. La eficacia temporal de la Constitución. V. Las distintas versiones lingüísticas.

IGNACIO BORRAJO INIESTA

CATEDRÁTICO DE DERECHO

LETRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. INTRODUCCIÓN

Esta disposición final, que cierra la Constitución de 1978, parece establecer dos normas distintas en cada una de sus frases: una, relativa a la publicación de la Constitución y sus efectos; otra, relativa al pluralismo lingüístico. Ambas frases abordan estas cuestiones, la publicación y las lenguas de la Constitución, con un sutil juego de interrelaciones: tanto interno, entre ambas, como externo. En efecto, la interpretación de la disposición final llama a otros preceptos constitucionales: especialmente, la fórmula que promulga la Constitución Española. Veamos cada uno de estos temas por separado.

Con carácter previo, conviene parar mientes en la historia legislativa del precepto. El anteproyecto constitucional no contenía ninguna

previsión acerca de la publicación de la futura Constitución ni de sus versiones lingüísticas (*Boletín Oficial de las Cortes, BOC*, núm. 44, de 5 de enero de 1977). El origen de la disposición se encuentra en dos enmiendas distintas procedentes del grupo parlamentario Comunista: la número 697, que propuso añadir una disposición final («Esta Constitución entrará en vigor el mismo día de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado»»); y la número 692, que propuso añadir una disposición adicional («Esta Constitución se publicará simultáneamente en todas las lenguas de las nacionalidades y regiones de España»). La justificación de la primera expuso que era una «exigencia ineludible del espíritu de la Constitución y necesidad técnica evidente». La justificación de la segunda enmienda fue aún más breve: «adecuación al espíritu que anima la totalidad de la Constitución».

La ponencia de la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados aceptó ambas enmiendas, que refundió en una disposición final única (*DOC* núm. 82, de 17 de abril de 1978). Su redacción, similar a la finalmente aprobada, guarda con ella unas sutiles diferencias que conviene subrayar: «Esta Constitución entrará en vigor el mismo día de la publicación de su texto oficial en el Boletín Oficial del Estado y se publicará en las demás lenguas de España».

Las diferencias entre este texto y el finalmente aprobado fueron introducidas en tres momentos sucesivos. El primero se produjo casi inmediatamente, en la Comisión de Asuntos Constitucionales del Congreso, y dio lugar a una modificación decisiva: la disposición se dividió en dos frases, separadas por un punto y seguido, tal y como aparece en el texto vigente (*DOC* núm. 121, de 1 de julio de 1978, y núm. 135, de 24 de julio de 1978). Esta división fue consecuencia de una enmienda *in voce* de don José Luis Meilán Gil (grupo de Unión de Centro Democrático, UCD), sobre la que luego volveremos.

La segunda modificación se produjo en el Senado, a resultas de dos enmiendas. Don Lorenzo Martín-Retortillo Baquer (del grupo Progresistas y Socialistas Independientes) propuso que en vez de escribir el «Boletín Oficial del Estado», «con mayúscula y entre comillas», se hablase «del diario oficial, o, si se quiere, del boletín oficial del Estado, pero sin comillas ni mayúscula»: la finalidad consistía en no constitucionalizar el nombre actual del diario oficial (Enmienda núm. 222). Por otra parte, el grupo parlamentario Entesa del Catalans propuso que la segunda frase dijera: «Se publicará en todas las lenguas de España»; lo que se justificó como una mejora de redacción del texto (Enmienda núm. 811). El Senado acogió ambas sugerencias, primero en Comisión y luego en Pleno (*DOC* núm. 157, de 6 de octubre de 1978, y núm. 161, de 13 de octubre de 1978), dejando redactado el precepto en estos términos: «Esta Constitución entrará en vigor el mis-

mo día de la publicación de su texto en el «Diario Oficial». Se publicará en todas las lenguas de España».

Finalmente, en un tercer momento, la Comisión Mixta concordó los textos propuestos por el Congreso y por el Senado, estableciendo la redacción vigente (*DOC* núm. 170, de 28 de octubre de 1978). Como puede apreciarse por su lectura, la Comisión presidida por don Antonio Hernández Gil (a la sazón Presidente de las Cortes) mantuvo en sustancia la redacción que había aprobado el Congreso. Sólo introdujo una única modificación inspirada por el Senado: sustituir la referencia que se hacía al «Boletín Oficial del Estado», como sede de publicación de la Constitución, por una referencia al boletín oficial del Estado, sin comillas ni mayúsculas. Pero mantuvo la distinción entre la publicación del «texto oficial» de la Constitución y la publicación, «también», en «las demás lenguas de España». Como es sabido, la Comisión Mixta no dejó explicaciones de los numerosos cambios que introdujo en el proyecto de Constitución (como estudió RUBIO LLORENTE con acerbada ironía). Pero el tenor de los cambios sufridos por el precepto constitucional ofrece unas pistas valiosas para desentrañar su significado.

II. VIGENCIA Y PROMULGACIÓN

La disposición final se encuentra íntimamente ligada con la que promulga la Constitución Española. La promulgación se contiene en dos párrafos, que enmarcan el texto constitucional:

Al comienzo, antes del preámbulo, se lee:

«Don Juan Carlos I, Rey de España, a todos los que la presente vieren y entendieren,

Sabed: que las Cortes han aprobado y el pueblo español ratificado la siguiente Constitución.»

Luego, una vez transcrito todo el texto, se cierra así:

«Por tanto,

mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta Constitución como norma fundamental del Estado.»

La fórmula de promulgación de la Constitución se da por sabida. Tanto que no es infrecuente que sea omitida en las publicaciones de su texto. Desde luego, no da lugar a estudios ni comentarios. Lo cual no deja de ser interesante, ya que en ella se contiene el fundamento más inmediato del carácter normativo y vinculante de la Constitución, por delante de los manoseados arts. 9.1 y 53.1.

Este desinterés puede ser debido a varias razones. Una, que es una fórmula que, de tan repetida, ni se ve, pues es la misma fórmula que se usa para promulgar todas las disposiciones generales en nuestro Derecho, ya sean leyes o reglamentos. También se ha empleado con la Constitución; lo que, bien mirado, no deja de suscitar algún interrogante: desde luego, no fue esa la forma de hacer públicas las Constituciones de 1869 y 1931, que, sin embargo, se suelen considerar sus antecedentes inmediatos. Despejar las cuestiones que suscita el modo en que fue promulgada la Constitución de 1978 obligaría a reexaminar el proceso constituyente, cuyo bastidor fue la Ley para la reforma política (Ley 1/1977, de 4 de enero), cuyo art. 3.3 daba por supuesto que el Rey debía sancionar cualquier Ley de reforma constitucional que aprobasen las Cortes (véase DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ y ELVIRA PERALES, 2008).

Otra posible razón para esta ceguera parcial es que la fórmula de **la promulgación no forma parte, en sentido estricto, de la Constitución**. No fue elaborada por la ponencia constitucional ni formó parte de los debates constituyentes. Su texto fue insertado en el último momento en el original puesto

a la firma del Rey. Así puede comprobarlo quien coteje los trabajos parlamentarios, en particular los textos aprobados por el Congreso y por el Senado, finalmente conjuntados por la Comisión mixta entre ambas Cámaras, y el original puesto a la firma de Su Majestad. Es en este donde aparecen, sin mayores explicaciones, la cabecera y el pie de la promulgación.

Fue la Constitución de 1837 la primera que incorporó una norma de promulgación. No es casualidad. Poco antes se había suscitado la duda acerca de si la Constitución de Cádiz (1812), cuya vigencia había sido restaurada como consecuencia de los sucesos de La Granja mediante Real Decreto de 13 de agosto de 1836, debía entenderse vigente desde esa misma fecha en todos los pueblos de la Monarquía; o si, por el contrario, solo se debía considerar vigente a partir del día en que el Real Decreto de promulgación había sido hecho público en cada capital de provincia, a tenor de la incipiente normativa del Estado liberal sobre publicación oficial de las disposiciones generales (LORENTE, 2001).

La duda había sido planteada por el Tribunal Supremo a las Cortes constituyentes, el 6 de septiembre de 1836, como duda de ley (como narra COLOMER, 1999). Y de ahí nació **la Ley de 3 de noviembre de 1837, donde se inicia la andadura de la regla que liga la entrada en vigor de las normas jurídicas con su publicación oficial**. Regla que acabaría desembocando, tras diversos avatares y modificaciones, en el Código Civil de 1889 (art. 2.1 de la versión vigente de 1974, que procede del antiguo art. 1, cuyo texto era clarificador: «Las leyes obligarán [...] á los veinte días de su promulgación, si en ellas no se dispusiere otra cosa. Se entiende hecha la promulgación el día en que termine la inserción de la ley en la «Gaceta»»), y que ha sido completada por la legislación administrativa (art. 21 del Texto Refundido de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, aprobado por Decreto de 26 de julio de 1957, luego art. 52 de la Ley 30/1992, de 26 de

noviembre y, hoy, art. 131 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre). Pero que es una regla que, cualquiera que sea su *locus* normativo, se encuentra en el núcleo de la cultura jurídica española.

Se trata, en efecto, de una regla esencial de nuestro Derecho que se da por sabida y natural. No deja de ser interesante que **su enunciado legal, finalmente, ha terminado volviendo al nivel constitucional donde nació**: como es sabido, el art. 9.3 CE consagra la publicidad de las normas (STC *Reglamento del Parlamento de Navarra*, 179/1989, de 2 de noviembre).

La disposición final de la Constitución declara la entrada en vigor de su texto, solapándose con el mandato del Jefe del Estado, dirigido a todos los españoles, de «guardar y hacer guardar» sus preceptos «como norma fundamental del Estado». Asimismo, el precepto precisa el momento inicial en que nace la vigencia de la Constitución y el mandato del Jefe del Estado: desde «el mismo día de la publicación de su texto oficial en el boletín oficial del Estado».

III. VIGENCIA Y PUBLICACIÓN

La Constitución fue publicada en un número extraordinario del «Boletín Oficial del Estado», con el número 311.1, el viernes 29 de diciembre de 1978. Ese es el día en que entró en vigor, derogando todas las disposiciones que se le opusieran (disposición derogatoria) y vinculando, desde ese mismo día, a todos los «particulares y autoridades».

Que la Constitución vincule a los particulares directamente no deja de resultar anómalo. En la tradición constitucional, las leyes fundamentales nacen como límite al poder: protegen a los ciudadanos frente a las autoridades, que son quienes deben cumplir la Constitución. El deber de los ciudadanos es cumplir las leyes, no la Constitución. **Emplear una fórmula de promulgación idéntica a la de**

las leyes difumina la diferencia entre la Constitución y las demás disposiciones generales del ordenamiento, aunque enfatice su carácter de norma jurídica vinculante. Si se suma la afirmación del art. 9.1 CE (todos, «los ciudadanos y los poderes públicos», están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento), parece que debe concluirse que, efectivamente, los particulares deben cumplir directamente los mandatos constitucionales. Ello inscribe al texto de 1978 más en la tradición moral de los diez mandamientos que en la tradición constitucional de la limitación del poder público. Lo cual entronca con los orígenes: la Constitución de 1812 había sido promulgada, no lo olvidemos, «en el nombre de Dios todopoderoso [...] autor y supremo legislador de la sociedad».

La disposición final habla del «boletín oficial del Estado» así, en minúsculas. La grafía es deliberada: se procura no bautizar con un nombre específico a la gaceta o diario encargado de la publicación oficial de las leyes. La redacción vigente atendió la sabia sugerencia del Senador Martín-Retortillo (don Lorenzo) de no constitucionalizar un nombre determinado. No se trataba de negar que, en la actualidad, el diario oficial se denomina «Boletín Oficial del Estado»; sino, simplemente, evitar un obstáculo a que pueda recibir otra denominación en el futuro. Todo ello dejando aparte aspectos políticos, como el origen del nombre actual en Burgos durante la guerra civil (tal y como se puso de manifiesto en la justificación de la enmienda núm. 222 y durante su posterior debate en la Comisión de Constitución del Senado, DS-S núm. 55, de 14 de septiembre de 1978). Es curioso observar que muchas ediciones de la Constitución, incluso de origen oficial, corrigen su dicción y se refieren al «Boletín Oficial del Estado», contradiciendo frontalmente la voluntad del constituyente.

Que la Constitución debía ser publicada oficialmente, y que dicha publicación debía ser llevada a cabo en el «Boletín Oficial del Estado» tal y como existía en 1978, no fue puesto

en cuestión en ningún momento durante los debates constituyentes. Es también aceptado pacíficamente por la doctrina universitaria. Sin embargo, no debe dejar de observarse que **la publicación de la Constitución, hecha en un diario oficial que imprime el Poder Ejecutivo, no deja de introducir matices de largo alcance jurídico.** En nuestro Derecho, que las disposiciones que aprueban normas jurídicas se imprimen en un diario oficial que ha creado y administra el Poder Ejecutivo es un dato que, de sabido, se da por supuesto. El «Boletín Oficial del Estado-Gaceta de Madrid» donde se publicó la Constitución de 1978 dependía directamente de la Presidencia del Gobierno, en los términos que detallaba su reglamento, aprobado por el Decreto 1583/1960, de 10 de agosto (BOE núm. 197, de 17 de agosto de 1960): situación que su posterior conversión en agencia estatal, y su actual reacomodo como organismo autónomo, no ha modificado en absoluto. El «Diario Oficial de las Cortes Generales», que en 1978 imprimía una empresa privada (Sucesores de Rivadeneyra), solo surte efectos *ad intra* del procedimiento legislativo, en 1978 y también hoy en día. Una situación que no es la única que puede observarse en Derecho comparado (como puede leerse en la completa obra de CHERNS) y cuyas virtudes y defectos merecerían un estudio más profundo.

IV. LA EFICACIA TEMPORAL DE LA CONSTITUCIÓN

La Constitución rige desde el día en que apareció publicada oficialmente. Que **no previese un período de *vacatio***, como es regla general en nuestro Derecho (art. 2.1 del Código Civil, art. 297 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea) es lógico: el texto era ampliamente conocido, tras haber sido sometido a referéndum nacional el anterior día 6 de diciembre. En el curso de la campaña previa se habían distribuido millones de copias de su texto a todos los hogares; labor que, desgraciadamente, ha dejado de hacerse.

Ahora no existen copias sencillas de la Constitución. La mayoría de las personas nunca han leído su texto; ni siquiera se han asomado a él. Eso es grave, especialmente si hablamos de los jóvenes, cuya educación debería procurar «el respeto a los principios democráticos de la convivencia y a los derechos y libertades fundamentales» (art. 27.2 de la propia Constitución).

Asimismo, la entrada en vigor el mismo día muestra la impaciencia del constituyente: se quería establecer cuanto antes el nuevo orden constitucional.

Sin embargo, no se dijo nada acerca del pasado, próximo o remoto. **De ese silencio la jurisprudencia ha inferido que no cabe la aplicación retroactiva de la Constitución Española de 1978:** «sabido es que las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario (art. 2.3 del Código Civil) y que la disposición final de nuestra Constitución estableció que esta entraría en vigor el mismo día de la publicación de su texto oficial en el «Boletín Oficial del Estado» [*sic*], sin que ni en esta cláusula final ni en ningún otro pasaje del texto constitucional exista precepto alguno que establezca su retroactividad ni en términos generales ni en relación con el art. 14, cuya aplicación se pretende en este caso»: por lo que, en el caso, se denegó entrar a analizar a qué edad hubiera debido producirse la jubilación del Policía demandante, pues había sido declarada en 1959 mediante resolución confirmada por sentencia de 1960. Esta afirmación de la Sentencia *Manuel Gorostiza Sanzo contra Dirección General de Seguridad* (STC 43/1982, de 6 de julio, FJ 1) ha sentado doctrina (SSTC 80/1982, de 20 de diciembre, FJ 1; 42/1984, de 23 de marzo, FJ 3; 35/1987, de 18 de marzo, FJ 4; 139/1989, de 20 de julio, FJ 6; AATC 20/1980, de 30 de septiembre; 384/1984, de 27 de junio).

Estos pronunciamientos no dejan de recordar que el inciso final de la disposición transitoria segunda, ap. 1, de la Ley Orgánica

del Tribunal Constitucional «permite **una débil eficacia retroactiva de la Constitución** en relación con leyes, disposiciones, resoluciones o actos anteriores a ella y que «no hubieran agotado sus efectos»» (STC *Gorostiza*, 43/1982). Pero lo que no aceptan es «una retroactividad del tipo de la que la doctrina ha calificado como «retroactividad en grado máximo», esto es, aquella que exigiría la aplicación retroactiva de una norma [...] de la Constitución, a una relación jurídica básica y a sus efectos, sin tener en cuenta que aquella fue creada y estos ejecutados bajo el imperio de la legalidad anterior». Una retroactividad de esta intensidad no tiene base en ningún precepto constitucional; y no podría tenerla, ha añadido la jurisprudencia, puesto que la aplicación de la Constitución al pasado en términos tan intensos «iría contra la misma seguridad jurídica que su art. 9.3 garantiza. Sólo el legislador ordinario por la vía de la legislación de amnistía ha querido y podido resolver o reparar determinadas situaciones producidas al amparo del régimen político anterior» (*idem*).

Ahora bien, **una vez entrada en vigor, la Constitución despliega sus efectos con plenitud**. Así fue declarado firmemente por la Sentencia *Carmen Yébenes Carrillo* (STC 80/1982, de 20 de diciembre), que anuló sentencias que habían conocido de un litigio nacido de hechos anteriores al 29 de diciembre de 1978 e incoado, igualmente, antes de esa fecha. Más aún, el pleito había sido fallado en la instancia antes de la vigencia de la Constitución; las sentencias enjuiciadas en sede de amparo habían sido dictadas en grado de apelación y de casación. El Tribunal Constitucional subrayó que la Constitución es «nuestra norma suprema y no una declaración programática o principal»; norma que es vinculante para todos los poderes públicos («entre los cuales se insertan obviamente «los Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial»»: art. 117 CE) «desde el momento mismo de la entrada en vigor del texto constitucional».

La conclusión obtenida por esa importante sentencia fue que **«todo español tiene desde el momento mismo de la entrada en vigor de la Constitución» los derechos y libertades fundamentales proclamados en ella. Por lo cual no puede perpetuarse, vigente la Constitución, ninguna situación contraria a los derechos fundamentales, aun cuando hubiera surgido de conformidad con la legislación preconstitucional**. Los efectos provocados por la entrada en vigor de la Constitución, en particular en lo relativo a su núcleo de derechos y libertades, «producen necesariamente efectos incluso sobre los procesos pendientes, actuando así como límite al principio según el cual un proceso debe resolverse con arreglo a la legislación vigente en el momento de interposición de la acción». Las sentencias que conocieron en grado de recurso fueron anuladas en amparo, para que resolvieran de conformidad con la Constitución al revisar la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia, «válida en su día, pero no firme» antes de la entrada en vigor de la Norma de 1978.

La sentencia advirtió lúcidamente que esta eficacia desde el mismo 29 de diciembre de 1978 «no implica la aplicación retroactiva de la Constitución, sino el reconocimiento de su carácter normativo», que desplegó todos sus efectos en esa fecha que, desde entonces, ha quedado marcada indeleblemente en nuestro Derecho: el día en que la Constitución fue publicada, tal y como prescribe su disposición final.

V. LAS DISTINTAS VERSIONES LINGÜÍSTICAS

La disposición final dispone, en su segunda frase, que la Constitución se «publicará también en las demás lenguas de España». Esta afirmación se produce después de que su primera frase haya anudado la entrada en vigor de la Constitución con la publicación de su «texto oficial».

Sin duda, **todas las versiones lingüísticas publicadas en el BOE del 29 de diciembre de 1978 son igualmente oficiales**: tanto la castellana (que ocupa 32 de las 112 del diario publicado ese día) como la balear, la catalana, la valenciana, la gallega y la vascuence. **Pero la castellana es la versión auténtica: las restantes son traducciones.**

La redacción de esta parte de la disposición final no fue casualidad. Como vimos (*supra*, I), la enmienda núm. 692 presentada en el Congreso, que está en el origen del precepto vigente, disponía que la Constitución fuera publicada en «todas las lenguas de las nacionalidades y regiones de España». Sin embargo, el texto finalmente aprobado distingue entre dos lenguas: a) la del «texto oficial» (primera frase de la disposición final); y b) «las demás lenguas de España» (segunda frase, separada por un punto y seguido). La premisa implícita, pero indudable, de esta redacción es que el texto oficial de la Constitución es el texto en castellano. Como expuso el diputado Sr. Milán Gil, al defender la enmienda *in voce* de donde surgió el texto vigente, su intención era «alterar mínimamente la redacción actual» para «aclarar un poco dos cuestiones que están incluidas en esta disposición final segunda o finalísima. En primer lugar, la razón de poner un punto después de «Boletín Oficial del Estado» es para que quede claro que el texto entra en vigor cuando se publique en el «Boletín Oficial del Estado» y que este texto, naturalmente, es el texto oficial publicado, lógicamente, en la lengua oficial del Estado. En segundo lugar, supone el reconocimiento de que se publicará en las demás lenguas de España, expresión introducida en el art. 3.º como un reconocimiento de esas demás lenguas de España, pero cuya funcionalidad es distinta a la que me refería anteriormente, que debe fijar, sin lugar a dudas ni problemas de interpretaciones, cuándo entra en vigor esta Constitución y qué es lo que de verdad va a ser citado, o puede ser citado, a todos los efectos» (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* núm. 93, de 20 de junio de 1978). El Senado, a iniciativa del gru-

po Entesa dels Catalans, aprobó una redacción que podía interpretarse como una equiparación de todas las lenguas españolas («Esta Constitución entrará en vigor el mismo día de la publicación de su texto en el Diario Oficial. Se publicará en todas las lenguas de España»: *BOC* núm. 157, de 6 de octubre de 1978). **La Comisión mixta volvió al texto del Congreso en este punto, distinguiendo entre el llamado «texto oficial», es decir, en castellano, por contraposición al escrito en «las demás lenguas de España».**

Ello implica que cualquier discordancia entre las distintas versiones de la Constitución debe resolverse atendiendo al texto en castellano. **La situación es distinta a la de las leyes aprobadas en Comunidades Autónomas con dos lenguas oficiales, en España, así como la de las disposiciones del Derecho de la Unión Europea o las del ámbito de los derechos humanos del Consejo de Europa** (cfr. STJ *Stauder*, de 12 de noviembre de 1969, asunto 29/1969; STEDH *Wemhoff*, de 27 de junio de 1968). En Derecho español, mientras el Estado no dicte normas específicas sobre la pluralidad de versiones lingüísticas, en ejercicio de su competencia sobre las reglas de aplicación de las normas (art. 149.1.8.ª CE), valen todas ellas: desde luego, la versión en castellano es auténtica y surte plenos efectos jurídicos (SSTC *normalización lingüística en Cataluña*, 83/1986, de 26 de junio, FJ 3; *normalización lingüística balear*, 123/1988, de 23 de junio, FJ 3). Lo mismo cabe decir de la versión en la lengua española distinta del castellano, en la medida en que es asimismo oficial y susceptible de generar efectos jurídicos con independencia de la versión en castellano (STC *también* 51/2004, de 13 de abril, FJ 1).

Sin embargo, no parece que pueda reducirse el significado de esta versión en lenguas distintas al castellano a una muestra de política cultural e informativa, ligada con el respeto y protección de «las distintas modalidades lingüísticas de España» (art. 3.3 CE e inciso del

Preámbulo que apunta a «proteger a todos los españoles y pueblos de España [...] sus culturas y tradiciones, lenguas»: COLOMER, 1999, 817-818). La traducción oficial de la Constitución al gallego, al euskera, al valenciano, al balear y al catalán no afecta a la vigencia jurídica y fuerza de obligar de la Constitución, emanada directamente de la publicación oficial de su texto original en castellano. Pero sí sirve para presidir el ordenamiento en las respectivas lenguas de España. **Se trata de una norma jurídica, no de un texto literario: su traducción surte efectos jurídicos plenos en la lengua respectiva.** De tal manera que solamente si se pusiera en duda su co-

rrección sería preciso cotejar la versión correspondiente con la auténtica, escrita en castellano, lengua común de todos los españoles (art. 3.1 CE). Así ocurre, por ejemplo, con la versión en euskera de la disposición derogatoria de la Constitución, que acordó derogar «cuantas disposiciones se contienen en esta Constitución» (como pusieron de manifiesto JASONE ASTOLA MADARIAGA y DIMITRIS ASIMAKOULAS y Margaret ROGERS, 262). Parece ser que este dislate, fruto sin duda del afán de hacer las cosas lo mejor posible en el escaso tiempo disponible, ha sido corregido en versiones ulteriores (no publicadas en el *BOE*, aunque sí en www.boe.es).

BIBLIOGRAFÍA

- ARZOS SANTISTEBAN, X., «Multilingualism in legal contexts», en CHAPPELLE (Ed.), *The Encyclopedia of Applied Linguistics*, Wiley-Blackwell, Chichester, 2013, págs. 3921-3925.
- ASIMAKOULAS, D. y ROGERS, M. (Eds.), *Translation and opposition*, Multilingual Matters, Bristol, 2011.
- ASTOLA MADARIAGA, J., «Espainiako konstituzioaren euskarazko testu koofiziala. Mintzaira juridikoa euskaraz. Ohar batzuk», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 28, 1990, págs. 173-184.
- BERMEJO VERA, J., *La publicación de la norma jurídica*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1977.
- BIGLINO CAMPOS, P., *La publicación de la ley*, Tecnos, Madrid, 1993.
- BOBILLO DE LA PEÑA, F. J., *El BOE hace historia: de la Gaceta impresa al BOE digital (1661-2008)*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2008.
- CHERNS, J. J. (PEMBERTON, Ed.), *Official Publishing: An Overview*, Pergamon Press, Oxford, 2013.
- COBREROS MENDEZONA, E., *El régimen jurídico de la oficialidad del euskara*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1989.
- COLOMER VIADEL, A., «Disposición Final. Vigencia y publicación de la Constitución», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española*, tomo XII, Edersa, Madrid, 1999.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M. y ELVIRA PERALES, A., *La Constitución de 1978*, Iustel, Madrid, 2008.

GARRIDO FALLA, F., «Disposición final», en GARRIDO FALLA, F. (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española*, 3.^a ed., Civitas, Madrid, 2001.

LÓPEZ CASTILLO, A. (Dir.), *Lenguas y Constitución española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

LORENTE SARIÑENA, M., *La voz del Estado: La publicación de las normas (1810-1889)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.

PÉREZ FERNÁNDEZ, J. M. (Coord.), *Estudios sobre el estatuto jurídico de las lenguas en España*, Atelier, Barcelona, 2006.

RODRÍGUEZ-ZAPATA, J., *Sanción, promulgación y publicación de las leyes*, Tecnos, Madrid, 1987.

SOLOZÁBAL, J. J., *La sanción y promulgación de la ley en la monarquía parlamentaria*, Tecnos, Madrid, 1987.

VERNET, J. y PUNSET, R., *Lenguas y Constitución*, Iustel, Madrid, 2007.

LA PRIMERA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN

Sumario: I. Introducción. II. El marco de la reforma constitucional. III. La intervención del Tribunal Constitucional. IV. El alcance del «poder de integración». V. Soberanía nacional y derecho de sufragio. VI. El problema del procedimiento de reforma constitucional. VII. El instrumento jurídico de la reforma. VIII. El significado político de la reforma constitucional.

PABLO PÉREZ TREMP

CATEDRÁTICO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

I. INTRODUCCIÓN

El 28 de agosto de 1992 aparecía publicada en el *Boletín Oficial del Estado* la primera reforma de la Constitución de 1978. Esta reforma se limitó a añadir en el art. 13.2 de la Norma Fundamental dos palabras; el citado precepto establece: «Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el art. 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales». El cambio consistió, pues, en la adición de los términos: «y pasivo». A simple vista, esta reforma no parece tener mayor importancia, reduciéndose a una modificación más o menos técnica provocada por la firma y ratificación del TUE. Sin embargo, en un análisis detenido de ese cambio, resulta que, con ocasión del mismo, se suscitaban multitud de cuestiones con rele-

vancia jurídica y política. He aquí algunos de los interrogantes que la reforma planteó directa o indirectamente.

- 1.^a ¿Era o no necesario llevar a cabo la reforma constitucional para proceder a la ratificación del TUE?
- 2.^a ¿Qué alcance tenía la decisión del Tribunal Constitucional que determinó la necesidad de la reforma constitucional?
- 3.^a ¿Hasta dónde podían llegar las facultades del «poder de integración» del art. 93 de la Constitución?
- 4.^a ¿Afecta a la soberanía nacional el que personas de nacionalidad extranjera puedan resultar elegidos para formar parte de los órganos representativos de los Ayuntamientos?

5.^a ¿Cuál de los dos procedimientos de reforma constitucional previstos en el Título X de la Constitución debía de seguirse?

6.^a ¿Cuál debía ser el instrumento formal para llevar a cabo la reforma?

Hasta aquí el enunciado de algunos de los problemas jurídicos que, con ocasión de la reforma, se suscitaron. Pero, junto a ellos, aparecía otro problema de contenido eminentemente político. España es un país de una larga inestabilidad constitucional, producto, entre otras razones, de una falta de consenso sobre cuáles deben ser los principios básicos de ordenación del Estado. Esa constante histórica, pocas veces rota, encontró una excepción, como es sabido, en el pacto que dio lugar a la aprobación de la Constitución de 1978, producto de un amplio acuerdo entre los partidos políticos. Como consecuencia de ello, la Constitución nació envuelta en un cierto halo de intangibilidad, al menos a corto plazo, o, dicho de otra manera, con la Constitución surgió una especie de temor a su cambio. La necesidad de reforma impuesta, como más adelante se verá, por el Tribunal Constitucional, chocaba, pues, en buena medida, con ese temor y dejaba planteada la cuestión de si la reforma no supondría abrir «la caja de los truenos» de la reforma constitucional y, con ello, del conflicto político. De hecho el tema de la reforma constitucional, al menos desde una cierta dimensión institucional, no se planteó hasta la VIII Legislatura. No obstante, la posible reforma iniciada formalmente con el Dictamen del Consejo de Estado, de 16 de febrero de 2006 (BELDA, 2008; RUBIO LLORENTE y ÁLVAREZ JUNCO, 2006), no siguió adelante por falta de acuerdo político. No obstante, en 2011 sí se abordó una segunda reforma, aunque esta vez impuesta por motivos políticos (PÉREZ TREMPES, 2018, 71 y ss.).

Antes de analizar con mayor detenimiento cada una de las cuestiones a las que se ha hecho referencia, y de cara a su correcta comprensión, resulta conveniente exponer, aunque sea brevemente, el marco político y

jurídico en el que se encuadró la reforma constitucional.

II. EL MARCO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

La reforma de la Constitución llevada a cabo en España tuvo su causa cercana, como ya se ha señalado, en **la necesidad de hacer compatible la norma fundamental del Estado con el Tratado de Maastricht**, acuerdo internacional que modificó y amplió las viejas Comunidades Europeas y que dio vida a la nueva versión de estas que es la Unión Europea. Debe indicarse a este respecto que no es la española la única Constitución que fue modificada para hacer posible la ratificación del TUE por parte de los países miembros de la Comunidad Europea.

Por lo que a España respecta, desde el comienzo de la elaboración del TUE se consideró que la existencia del art. 93 CE daba cobertura suficiente a dicho tratado; este precepto consagra lo que se ha denominado el «poder de integración» al disponer en su primer párrafo que «mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución» (*vid.* los comentarios a los arts. 13.2 y 93 CE). Ahora bien, la previsión del TUE relativa al reconocimiento del derecho de sufragio activo y pasivo a todos los ciudadanos comunitarios, cualquiera que sea su nacionalidad, en el lugar de residencia en las elecciones locales y al Parlamento Europeo, chocaba abiertamente con lo previsto en el art. 13.2 CE, que, en su redacción originaria, como se ha visto, establecía la posibilidad de disfrutar, en ciertas condiciones, del derecho de sufragio activo. Ello había de interpretarse, *a contrario*, como una exclusión del derecho de sufragio pasivo, ya que expresamente se establecía que solo los españoles podían gozar de los derechos políticos consagrados en el art. 23 de la propia Constitución.

Doctrinal y políticamente se discutió si el art. 93 CE podía servir de cobertura para ratificar el TUE o si, por el contrario, esa ratificación resultaría contraria a la Norma Fundamental. El Gobierno, tras la emisión de dos Dictámenes del Consejo de Estado (DE LA CÁMARA PUIG, 1991; LÓPEZ AGUILAR, 1991), estimó, siguiendo el criterio de este, que la reforma constitucional no era necesaria. No obstante, ante las dudas razonables que la cuestión planteaba, y para evitar las consecuencias de una eventual inconstitucionalidad del TUE, decidió poner en funcionamiento el mecanismo previsto en el art. 95.2 CE, consistente en someter la cuestión al Tribunal Constitucional (control previo de constitucionalidad de tratados internacionales), tal y como, por otro lado, le había sugerido el propio Consejo de Estado (GÓMEZ FERNÁNDEZ, 2004). El Tribunal Constitucional, en su Declaración 1/1992, de 1 de julio, estimó que existía contradicción entre el TUE y la Constitución en el punto relativo al reconocimiento del derecho de sufragio pasivo a extranjeros en elecciones locales, por lo que debía reformarse la Constitución.

Tras la decisión jurídica del asunto, se puso en funcionamiento el mecanismo de reforma constitucional de los arts. 166 y 167 de la Norma Fundamental. Previo acuerdo político de las fuerzas con representación parlamentaria, el 22 de julio de 1992 se aprobaba la reforma por el Pleno del Congreso de los Diputados, el 30 de julio por el Pleno del Senado y el 27 de agosto era sancionada por Su Majestad el Rey.

Hasta aquí el resumen de los hechos; a partir de aquí, se analizarán algunos de los problemas jurídicos y políticos que envuelven esos hechos.

III. LA INTERVENCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El primer elemento del proceso de reforma constitucional, entendido en sentido amplio, a destacar es el de la intervención en el mis-

mo del Tribunal Constitucional. En España, tanto la Constitución como la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional han instaurado un sistema de justicia constitucional concentrada que actúa frente a actos o normas ya eficaces, excluyéndose, pues, las competencias de control de constitucionalidad *a priori*, típico del sistema francés. No obstante, en un principio se fijaron dos excepciones a ese modelo: la posibilidad de control previo de constitucionalidad de leyes orgánicas y el control preventivo de tratados internacionales. La primera competencia tuvo una aplicación sumamente distorsionante para la justicia constitucional y para el ejercicio de la potestad legislativa, por lo que fue eliminada mediante una reforma introducida en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en 1985. El segundo tipo de control preventivo, el de los tratados internacionales, se encuentra en la propia Constitución (art. 95.2) y, tratándose de un control facultativo, accionable a instancia del Gobierno o de las Cámaras, nunca había sido puesto en funcionamiento. El planteamiento de la primera consulta de este tipo con ocasión de la ratificación del TUE fue, pues, otra de las grandes novedades que trajo consigo dicha ratificación, inaugurando así una competencia del Tribunal Constitucional que permanecía inactiva.

Con independencia de la cuestión de fondo que se valoraba, la compatibilidad entre el TUE y la Constitución, varias cuestiones procesales debió abordar el Tribunal Constitucional en este «estreno» competencial. En primer término, en ningún lugar se establecía la forma que debía adoptar la decisión del Tribunal Constitucional en este tipo de procedimiento. Al tratarse de un procedimiento no contencioso, de tipo más bien consultivo, el Tribunal optó por no denominar a su resolución «Sentencia», título de las resoluciones de fondo que ponen fin a los demás procedimientos; el Tribunal excluye, también expresamente, la denominación tradicional de «Dictamen», invocando su carácter vinculante; el argumento, en todo caso, no es muy convincente, puesto que en el Derecho espa-

ñol, aunque el dictamen suele ser no vinculante, existe también la figura del dictamen vinculante. Elevando a categoría formal la previsión material, el Tribunal denomina a su resolución *Declaración*, por ser este el término que se utiliza en el Título VI de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Entrando en el terreno de los efectos de sus decisiones, no obstante el carácter no contencioso y consultivo de la intervención del Tribunal Constitucional, este se encarga de indicar, en su **Declaración 1/1992, de 1 de julio**, que su fallo sobre la compatibilidad entre un tratado y la Constitución es vinculante, como ya se ha adelantado, y que produce los efectos generales de todas sus resoluciones: cosa juzgada, efectos *erga omnes*, etc. Por otra parte, por lo que respecta al alcance del fallo, el Tribunal Constitucional llega a afirmar que, si aprecia la existencia de una contradicción entre tratado internacional y Constitución, se impone la reforma de esta última. Esta idea, no obstante, fue posteriormente matizada en la DTC 1/2004, de 13 de diciembre. Es cierto que el principio de supremacía constitucional impone que no pueda llevarse a cabo la ratificación de un tratado internacional que se ha considerado por el Tribunal Constitucional, *ex art.* 95.2 de la Constitución, contrario a esta. Ahora bien, dicha incompatibilidad no debe traducirse, necesariamente, en la reforma constitucional. Por un lado, pudiera ocurrir que dicha reforma no prosperara, de manera que el único efecto, en su caso, sería la imposibilidad de ratificar el tratado. Pero, sin llegar a esa hipótesis, la declaración de incompatibilidad puede llevar a los titulares internos del *treaty making power* a otras soluciones: renuncia a la ratificación, renegociación del tratado con el fin de salvar la incompatibilidad, formulación de reservas, etc. (DTC 1/2004).

Otro de los problemas que se suscitaba como consecuencia del requerimiento del Gobierno para el control preventivo de constitucionalidad del TUE era el relativo al margen de actuación con que para dicho control cuenta el

Tribunal Constitucional. Algunos sectores doctrinales criticaron que este se limitara a responder al requerimiento, sin plantearse de oficio la posible existencia de otros vicios de inconstitucionalidad en el TUE, de forma similar a lo que hicieron otros órganos europeos de justicia constitucional, en especial el Consejo Constitucional francés; esta observación se refiere, sobre todo, a la incidencia constitucional que el TUE podría tener sobre el concepto mismo de soberanía, la futura existencia de una política monetaria única a través, sobre todo, del establecimiento de una moneda europea única y de un Banco Central europeo. El Tribunal Constitucional, en coherencia con la forma en que su ley orgánica configura su actuación general en esta como en otras competencias, se limitó a resolver la controversia ante él efectivamente planteada. Por ello, si alguna crítica hubiera que hacer en este punto, no debería dirigirse al Tribunal Constitucional sino a los legitimados para instar su control. En todo caso, también en esta como en otras competencias, aunque los términos del debate procesal los fije el actor o requirente, el Tribunal puede, por una parte, plantear a las partes la posible existencia de vicios de constitucionalidad no denunciados (art. 84 de la Ley Orgánica), y, por otra, para resolver las cuestiones ante él suscitadas, puede acudir a argumentos distintos de los invocados en el correspondiente proceso. El uso comedido de estas facultades es una de las manifestaciones básicas del necesario *self restraint* que debe presidir la actuación de un Tribunal Constitucional, especialmente en un control abstracto como es el control previo de tratados internacionales; por ello, la actuación del Tribunal Constitucional en este punto puede considerarse correcta.

Al margen de todas las matizaciones hechas y del acierto o no de algunos de los argumentos dados por el Tribunal Constitucional, la Declaración 1/1992 sirvió, como se ha visto, para ir configurando procesalmente de manera más precisa la competencia de control previo de constitucionalidad de los tratados internacionales. A pesar del carácter preventivo de

la misma, y como el propio Tribunal Constitucional señaló en su Declaración, las particularidades de los tratados internacionales, que además de ser normas internas producen efectos frente a otros sujetos de Derecho internacional, explican y justifican la existencia de este control, que, en todo caso, en España no excluye la posibilidad de control represivo a través de los instrumentos ordinarios de control de constitucionalidad de las normas con fuerza de ley. La propia experiencia habida con ocasión del control del TUE pone de manifiesto que un uso meditado de esta competencia puede evitar muchos problemas jurídicos y políticos internos e internacionales.

IV. EL ALCANCE DEL «PODER DE INTEGRACIÓN»

El problema jurídico central que planteaba la ratificación del TUE desde el punto de vista sustantivo era el de si dicho tratado tenía cobertura constitucional en el art. 93 CE. En este precepto, como ya se ha adelantado, se consagra lo que se ha dado en llamar el «poder de integración», como modalidad particular del tradicional *treaty making power* del Estado. La cuestión, de una gran complejidad teórica y técnica, tiene una dimensión particularmente europea, como vino a demostrar la posterior DTC 1/2004, relativa a la *non nata* Constitución europea.

El art. 93 CE habilita al legislador, mediante una mayoría cualificada, a «ceder el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución» a una organización supranacional. A la hora de valorar la existencia de contradicciones entre la Constitución y el TUE, la tesis central que el Gobierno mantuvo en su requerimiento, siguiendo a un determinado sector doctrinal, puede resumirse así: dado que el art. 93 CE permite ceder el ejercicio de competencias constitucionales, la previsión del TUE que se cuestionaba, relativa al reconocimiento del derecho de sufragio pasivo, no era más que el producto de una cesión de esa naturaleza, motivo por el cual el art. 93 bastaba

como cobertura para ratificar el TUE sin vulnerar la Constitución. Esta argumentación se completaba con otras de menor importancia, pero se matizaba en aras al respeto de la Norma Fundamental. En efecto, se añadía que, aunque el art. 93 permite ceder el ejercicio de competencias constitucionales, no es un instrumento absolutamente libre y carente de límites. Además de deberse respetar el procedimiento establecido por el propio art. 93, el poder de integración posee unos límites materiales: los grandes principios del ordenamiento constitucional y, en especial, el respeto a los derechos y libertades fundamentales, y el respeto al principio democrático. Dado que el reconocimiento del derecho de sufragio pasivo en elecciones locales no vulnera esos dos pilares estructurales del sistema democrático, no resultaba inconstitucional la ratificación del TUE.

Hasta aquí, la argumentación central del Gobierno, expuesta de manera muy breve y simplificada. El Tribunal Constitucional no entendió este planteamiento, que, sin embargo, luego se retomó en la DTC 1/2004, y lo redujo a una cuestión mucho más simple, que dejó demasiadas dudas abiertas en torno al alcance que posee el poder de integración del art. 93.

El Tribunal Constitucional basó su respuesta en una concepción excesivamente rígida y tradicional de **la supremacía de la Constitución**, sin entrar en lo que el poder de integración supone para la Teoría de la Constitución. Seguramente, exigencias de seguridad jurídica, entre otras, hacían, en efecto, necesaria la reforma constitucional, ya que, cualquiera que sea el alcance del poder de integración, repugna al Estado de Derecho y al propio orden jurídico internacional la existencia de contradicciones expresas entre un ordenamiento estatal y un ordenamiento supranacional al que el Estado se ha adherido. El problema, pues, no es tanto de conclusión, de fallo de la Declaración, sino los muchos interrogantes que esta dejó en relación con lo que puede y no puede hacerse mediante el

uso de las facultades reconocidas en el art. 93 CE, interrogantes posteriormente abordadas en la DTC 1/2004.

V. SOBERANÍA NACIONAL Y DERECHO DE SUFRAGIO

Como se apuntó al comienzo de esta exposición, una de las cuestiones que mayores problemas suscitó para la ratificación del TUE en distintos países fue la de si el reconocimiento del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones locales a todos los ciudadanos europeos allá donde residan, y con independencia de su nacionalidad, afecta o no a la soberanía nacional. La previsión, incluida en el art. 8. B del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, según la redacción que le dio el TUE [en la actualidad art. 20.2.b) TFUE], es parte de las medidas que tienen por objeto dar un contenido material efectivo a la institución de la «ciudadanía europea», estatus jurídico configurado por el TUE del que disfrutaban todos los nacionales de los Estados miembros de la Unión de forma paralela a su estatus de ciudadano de sus respectivos países. Los problemas constitucionales que planteaba este precepto obligaron en varios Estados a reformar sus Constituciones para dar cobertura con ello a la nueva institución.

En España, país en el que el concepto de soberanía tiene unas connotaciones quizá menos rígidas que en Francia o en Alemania, la cuestión fue también abordada por el Tribunal Constitucional, aunque no como parte central de su decisión. En ella, siguiendo en parte la doctrina de otros Tribunales europeos, se excluyó que el derecho de sufragio activo y pasivo en elecciones locales incidiera en la soberanía nacional; sin embargo, se apuntó que esta sí se vería afectada si personas sin la nacionalidad española pudieran participar en la designación o formar parte de órganos representativos del Estado o de las Comunidades Autónomas, que ejercen competencias constitucionales. Dicho de otra manera, la soberanía nacional impide, a juicio

del Tribunal Constitucional, que extranjeros puedan elegir o ser elegidos parlamentarios estatales o regionales. El elemento diferenciador parece, pues, ser el ejercicio de la potestad legislativa derivada directamente de la Constitución, que se reserva al pueblo español, titular de la soberanía (art. 1.2) y que la ejerce a través de sus representantes. No resulta claro, de todas formas, el fundamento de esta decisión, ya que, a tenor del art. 1.2 CE, son todos «los poderes del Estado» los que emanan del pueblo, y no solo el poder legislativo. En todo caso, la solución dada supone no caer en una concepción rígida y ultranacionalista de la soberanía.

VI. EL PROBLEMA DEL PROCEDIMIENTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL

El siguiente problema jurídico suscitado por la reforma de la Constitución en España es el de qué procedimiento debía seguirse para llevarla a cabo. El Título X de la Norma Fundamental establece dos sistemas distintos de reforma: el ordinario y uno más rígido reservado para la reforma total de la Constitución, para la modificación de sus arts. 15 a 29 («derechos fundamentales y libertades públicas») y para la revisión de los Títulos Preliminar (principios generales) y II («La Corona») (GARCÍA-ESCUADERO, 2007; PÉREZ ROYO, 1987). Aunque la reforma que debía llevarse a cabo era, como se ha visto, del art. 13.2, excluido, pues, de las materias especialmente protegidas por el sistema de reforma constitucional agravado, un pequeño sector doctrinal defendió que debía seguirse este último procedimiento. La incidencia del art. 13.2 sobre derechos de participación política y la remisión expresa que el propio art. 13.2 hace al art. 23 (este sí protegido por la reforma agravada) eran, resumidamente expuestos, los argumentos que se manejaron en defensa de esta tesis.

La cuestión no encerraba un mero problema técnico de optar por un procedimiento u otro. El sistema agravado de reforma constitucio-

nal exige que la reforma sea aprobada por ambas Cámaras por mayoría de dos tercios en cada una de ellas; automáticamente, las Cámaras quedan disueltas, debiendo convocarse nuevas elecciones. Las nuevas Cortes deben ratificar por la misma mayoría la reforma propuesta, que, por último, ha de someterse a referéndum para su aprobación definitiva (art. 168 CE). Como es fácil de imaginar, pocos Gobiernos van a correr los riesgos políticos que entraña poner en funcionamiento este complicado sistema de reforma; pero es que, además, en el proceso de ratificación del TUE ese sistema hubiera tenido otros efectos adicionales. Por una parte, se habría retrasado mucho esa ratificación, lo que era poco aconsejable desde la perspectiva internacional a la vista de los problemas surgidos para la ratificación en otros países, en especial en Francia, Dinamarca y la Gran Bretaña. Por otra parte, la necesaria intervención popular a través del referéndum evocaba los resultados de las consultas populares, adverso de Dinamarca y poco alentador de Francia. En el primer caso, el TUE fue rechazado en una primera consulta popular, mientras que en el segundo, contra toda previsión, aunque fue mayoría el sí al TUE, la diferencia con el no resultó mínima.

Si bien era mayoritaria la apreciación de que la reforma constitucional, en el caso de ser necesaria, debía llevarse a cabo mediante el sistema menos rígido, el Gobierno, en previsión de complicaciones constitucionales, cuando requirió al Tribunal Constitucional sobre la procedencia o no de modificar la Constitución para ratificar el TUE, incluyó la cuestión de que se determinara, en su caso, qué procedimiento había de seguirse. El Tribunal, siguiendo a la doctrina mayoritaria, señaló que, dado que la reforma debía producirse en el art. 13.2 CE, procedía seguir el sistema ordinario o menos rígido de revisión constitucional. La simple incidencia más o menos indirecta en materias especialmente protegidas no justificaba la extensión de su procedimiento de reforma a elementos no incluidos en los supuestos expresamente previstos.

Con ello quedó expedito el camino a una reforma constitucional poco complicada, ya que exigía solo la aprobación por los tres quintos de cada una de las Cámaras de las Cortes Generales (art. 167 CE), y sobre la que existía un amplio acuerdo de las fuerzas políticas, como posteriormente se verá.

VII. EL INSTRUMENTO JURÍDICO DE LA REFORMA

Los problemas jurídicos de la reforma no acababan, sin embargo, ahí. Aún quedaba otra cuestión por resolver: la de la forma que debía adoptar. Aunque la Norma Fundamental regula en su Título X el procedimiento de revisión, ningún precepto señala bajo qué forma, bajo qué *nomen iuris*, había de aprobarse. Dicho de otra manera, **en el sistema español de fuentes no se establecía cuál era el instrumento formal de revisión de la Constitución.** La falta de tradición al respecto poco ayudaba, ya que casi todas las Constituciones españolas han sido «reformadas» por la imposición forzada de un nuevo texto. En todo caso, existía el precedente de la revisión de la Constitución de 1845, aprobada por la Ley Constitucional de Reforma de 1857, de 17 de julio. Anteriormente, se había producido otra reforma meramente aditiva de la propia Constitución de 1845, establecida en el Acta Adicional de 1856. Tras barajarse varias hipótesis, se optó por excluir formas cualificadas de ley como la ley de reforma constitucional o la ley constitucional; acudiendo al propio texto constitucional, y puesto que este se refiere en sus arts. 166 y ss. a la «reforma», **se decidió elevar a categoría formal la actividad material de la reforma, denominándola así: «Reforma», término que encabeza la norma.** Por otra parte, hay que señalar que el art. 147.1 del Reglamento del Congreso de los Diputados hace referencia a «proyectos y proposiciones de ley que postularan la revisión de la Constitución», lo que podría interpretarse en favor de la tesis de que el instrumento de revisión debiera haber sido la ley de reforma; sin embargo, del tenor literal del precepto parece deducirse que la referencia a la ley se

limita al instrumento de proposición de revisión en el procedimiento agravado y no a la revisión misma.

Con la fórmula adoptada se dio carta de naturaleza a un nuevo tipo de norma, de rango constitucional, mediante una fórmula que evoca más al modelo anglosajón de *amendments* que al continental, generalmente fiel a un concepto amplio de la ley, y que, por ello, utiliza este término también en los instrumentos de reforma constitucional: *ley constitucional* (Francia, Italia o Portugal) o *ley sobre reforma de la Ley Fundamental* (Alemania).

El problema del *nomen iuris* que debía adoptar la revisión de la Constitución es básicamente formal; sin embargo, alguna consecuencia práctica pudiera tener. Así, por ejemplo, el uso del término «Reforma» plantea interrogantes sobre **la posibilidad o no de impugnar ante el Tribunal Constitucional** reformas de la Norma Fundamental. No se trata de plantear aquí la vieja cuestión de las normas constitucionales inconstitucionales por motivos materiales o sustantivos; solamente se suscita el problema de si le es posible al Tribunal Constitucional fiscalizar reformas constitucionales por no haberse respetado el procedimiento de modificación establecido en el Título X de la Constitución. Y ello porque entre las normas susceptibles de impugnación ante el Tribunal Constitucional recogidas en el art. 27 de su Ley Orgánica no figuran las *Reformas* de la Constitución. La ausencia es lógica, puesto que, como se ha señalado, no existía previsión alguna en el ordenamiento sobre el instrumento de reforma. En todo caso, la referencia genérica a las «disposiciones normativas y actos del Estado con fuerza de ley» del art. 27.2.b) parece que haría posible, en su caso, incluir en su seno las Reformas de la Constitución.

VIII. EL SIGNIFICADO POLÍTICO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

Para tener una visión completa del significado de la reforma constitucional habida en Es-

paña conviene concluir haciendo una valoración política de la misma. Dos son los aspectos más destacables de la reforma desde esta perspectiva.

Por una parte, tiene un significado obvio: el de **contribuir al reforzamiento y a la profundización en el proceso de integración europea**. España permaneció ajena a ese proceso durante muchos años por motivos políticos de todos conocidos. Sin embargo, una vez superadas las trabas se está manifestando como uno de los Estados miembros de la Unión Europea con mayor dinamismo dentro de esta a la hora de profundizar en su integración. La facilidad con que se ha producido la ratificación del TUE es una buena prueba de ello. Ciertamente es que, en ningún momento, hasta el presente, ha habido una intervención popular directa en ese proceso, en contra de lo sucedido en otros países. También es cierto que por parte de las élites políticas no ha existido un gran entusiasmo por que esa intervención directa del pueblo se produjera; manifestación de ese recelo es que con ocasión de la ratificación del TUE solo desde determinados sectores de la izquierda se pidiera que dicha ratificación se sometiera a consulta popular, oponiéndose a la propuesta la mayor parte de las fuerzas políticas parlamentarias.

Desde el punto de vista estrictamente interno, la reforma constitucional llevada a cabo en España ha tenido otro significado importante: **la ruptura del mito de la intangibilidad política de la Norma Fundamental**. Como ya se apuntó, la tradicional inestabilidad política y constitucional en España hace que la Constitución de 1978 tenga como uno de sus rasgos más significativos el de ser producto del difícil pacto de la inmensa mayoría de los españoles. Ello trajo como consecuencia que con la Constitución naciera una cierta sensación de que ese pacto era muy frágil y un temor, de raíz en buena medida ancestral, a que pudiera romperse. Por tanto, y más allá de las previsiones jurídicas, entre la clase política existía un deseo de mantener intangible la Constitución por miedo a que la reforma de la misma supu-

siera la apertura de la «caja de los truenos» de los enfrentamientos civiles. Ello explica, en buena medida, los intentos del Gobierno por proceder a la ratificación del TUE sin modificar la Constitución. No obstante, como se ha visto, los mecanismos constitucionales hicieron necesaria la reforma constitucional al disponerlo así el Tribunal Constitucional; lo que trajo consigo un efecto positivo para la consolidación del sistema constitucional español. Ese efecto fue el demostrar que el pacto constituyente seguía vivo y podía renovarse. Las fuerzas políticas más importantes, mayoría y oposición, llegaron a los acuerdos básicos para proceder a **una reforma consensuada** de la Constitución. Ello quedó puesto de manifiesto primero en el acuerdo sobre la necesidad de la reforma, lo que equivale a decir que hubo un amplio consenso sobre la conveniencia de dar un nuevo paso en la integración europea, debiendo facilitar la ratificación del TUE; en segundo lugar, hubo acuerdo sobre la extensión que debía tener la reforma, limitándose al cambio del art. 13.2 CE, y rechazando cualquier tentación de aprovechar la ocasión para introducir otras modificaciones; en tercer lugar, también existió acuerdo en relación con

el contenido concreto de esa reforma; por último, existió también acuerdo, aunque no tan amplio, sobre la improcedencia de hacer uso de la previsión del art. 167.3 CE, por lo que la reforma no se sometió a referéndum. No obstante, ese instrumento sí se utilizó años después, sin vincularlo con ninguna reforma constitucional, con ocasión de la ratificación del Tratado por el que se instituye la Constitución Europea. Formalmente, el consenso se tradujo, incluso, en que la iniciativa de la reforma constitucional **se tramitó, como ya se adelantó, como proposición de los grupos parlamentarios y no como Proyecto del Gobierno**. La Exposición de Motivos que encabeza la Reforma hace hincapié en la idea de que esta es producto del amplio acuerdo que debe inspirar el ejercicio del poder constituyente. Por otra parte, el debate parlamentario y el resultado de las votaciones de la reforma son pruebas concluyentes de ese consenso: en el Congreso fue votada por los 332 Diputados presentes, mientras que en el Senado obtuvo 236 votos favorables, un voto en contra y una abstención. La Constitución superaba así una nueva prueba: sobreponerse al miedo a su propia reforma.

BIBLIOGRAFÍA

El presente texto se corresponde básicamente, con algunas actualizaciones, con el publicado con el título «El alcance jurídico y político de la primera reforma constitucional en España», en la obra colectiva *Homenaje a Joaquín Tomás Villarroya*, tomo II, Fundación Valenciana de Estudios Avanzados, Valencia 2000, págs. 873-888.

BELDA, E., *La fallida reforma de la Constitución Española durante la VIII Legislatura (2004-2008)*, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2008.

DE LA CÁMARA PUIG, M., «Los problemas constitucionales en torno a Maastricht: el derecho de sufragio de los ciudadanos europeos en el ámbito local», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 80, 1991.

GARCÍA ESCUDERO MÁRQUEZ, P., *El procedimiento agravado de reforma de la Constitución de 1978*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

GÓMEZ FERNÁNDEZ, I., *Conflicto y cooperación entre la Constitución española y el Derecho Internacional*, Valencia, 2004, págs. 193 y ss.

LÓPEZ AGUILAR, J. F., «Maastricht y la problemática de la reforma de la Constitución», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 77, 1992.

LÓPEZ CASTILLO A. y POLAKIEWICZ, J., «Verfassung und Gemeinschaftsrecht in Spanien. Zur Maastricht-Erklärung des Spanischen Verfassungsgerichts», *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 1993.

MANGAS MARTÍN, A., «La Declaración del Tribunal Constitucional sobre el art. 13.2 de la Constitución (Derecho de sufragio pasivo de los extranjeros): una reforma constitucional innecesaria o insuficiente», *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 2, 1992.

PÉREZ ROYO, J., *La reforma de la Constitución*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1987.

PÉREZ TREMPES, P., *Las reformas de la Constitución hechas y no hechas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

— *Sistema de Justicia Constitucional*, 2.^a ed., Civitas, Madrid, 2015.

RUBIO LLORENTE, F., «La Constitución española y el Tratado de Maastricht», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 36, 1992.

RUBIO LLORENTE, F. y ÁLVAREZ JUNCO, J. (Eds.), *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del informe y debates académicos*, Consejo de Estado-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.

LA SEGUNDA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1978

Sumario: I. Introducción. II. El procedimiento de reforma del art. 135 de la CE. III. La justificación de la reforma constitucional. IV. La necesidad de la reforma constitucional. V. Contenido y técnica de la reforma constitucional.

FERNANDO DE LA HUCHA CELADOR

CATEDRÁTICO DE DERECHO FINANCIERO Y TRIBUTARIO

I. INTRODUCCIÓN

El 27 de septiembre de 2011 se publicaba en el *BOE* la reforma del art. 135 de la CE, que, con una rapidez sorprendente en su tramitación, incorporaba a la norma suprema de nuestro ordenamiento el **principio de estabilidad presupuestaria**, a la par que habilitaba al Estado para que, mediante ley orgánica, desarrollase el contenido del ap. 2 del mismo (salvo lo que diremos a continuación, puesto que el contenido de la ley orgánica se encuentra también predeterminado por el art. 135.5 y por la disposición adicional única), habiendo de tener en cuenta dos premisas: por un lado, que dicha ley orgánica debía estar aprobada antes del 30 de junio de 2012 (celeridad no justificada en clave europea) y, por otro, que, además de dicho contenido mínimo, la precitada ley orgánica debía contemplar **los mecanismos que permitan el cumplimiento del límite de deuda pública**

contemplado en el ap. 3 del nuevo art. 135 de la CE (con técnica criticable, como hemos avanzado, ello se contempla en la disposición adicional única 2 de la reforma constitucional).

Junto a ello, debemos tener en cuenta que los **límites de déficit estructural** que señala el art. 135.2 no entrarán en vigor de forma inmediata, sino a partir de 2020.

El núcleo principal de la reforma aparece, lógicamente, en los comentarios al precitado art. 135 de la CE, de tal manera que aquí nos fijaremos en aspectos procedimentales de la reforma, en la justificación y necesidad de la misma, en la oportunidad de la modificación del art. 135 y en el contenido y técnica de la reforma, procurando no solaparnos con las conclusiones extraíbles del comentario al precitado precepto constitucional. En todo caso, sí podemos afirmar que se trata de la

reforma de mayor calado por la que ha pasado nuestra norma suprema, ya que la reforma del art. 13.2, operada el 27 de agosto de 1992, efectuada previo requerimiento al TC, tuvo por misión transponer determinados derechos de los ciudadanos de otros países de la, entonces, Comunidad Europea, incorporando las normas sobre el derecho de sufragio pasivo en las elecciones municipales de los ciudadanos comunitarios residentes en España.

II. EL PROCEDIMIENTO DE REFORMA DEL ART. 135 DE LA CE

Mucho se ha escrito, generalmente de forma crítica, sobre el procedimiento seguido para la reforma del art. 135 de la CE. La reforma fue fruto de un *pacto* entre los dos partidos mayoritarios de las Cámaras (**dejemos a la especulación las presuntas imposiciones de Bruselas que, de existir, fueron políticas**) y fue anunciada por el Presidente del Gobierno en el Congreso de los Diputados — el 22 de agosto— con ocasión de la convalidación del Decreto-Ley 9/2011, de 19 de agosto. Para comprender, brevemente, las críticas, hay que tener en cuenta que la reforma se realizó sin constituir una comisión, sin redactar un informe, y, ni siquiera realizando estudios previos, trabajos preparatorios o cualesquiera otros actos preliminares que hubieren permitido, en su caso, lograr un consenso más amplio y, sobre todo, justificar técnicamente una reforma constitucional, de por sí discutible, ya que, por un lado, **solemniza cuestiones obvias** —como el cumplimiento del Derecho de la Unión Europea, aunque con algún matiz— y, por otro lado, **pretende crear un título competencial a favor del Estado para imponer reglas de gasto y límites de endeudamiento a las Comunidades Autónomas**. Incluso, y estamos en el plano procedimental, tampoco se recabó informe o dictamen del Consejo de Estado cuando en la VIII Legislatura (la anterior a la reforma de 2011) el Presidente del Gobierno había intentado dotar a aquel de funciones de informe para

una reforma constitucional más amplia, que, por cierto, jamás se produjo. Pues bien, el texto de la reforma se fraguó mediante el acuerdo PSOE-PP cerrado el 25 de agosto, presentado el día siguiente como Proposición de Ley conjunta [aunque sea indiferente, no sabemos la razón por la que no se presentó como Proyecto (si bien la referencia a los proyectos de reforma constitucional en el art. 167.1 de la CE no excluyen, a nuestro juicio, la presentación de proposiciones) de responsabilidad exclusiva del Gobierno, aunque la fórmula elegida lo fue en aras de un presunto consenso], y fue publicado en el *BOCG-Congreso de los Diputados* el mismo día 26 de agosto. El 30 de agosto se acordó por el Pleno del Congreso la toma en consideración de esta proposición y su tramitación directa y mediante lectura única, como veremos. Para dotar de mayor celeridad a la aprobación, la Mesa acordó que el plazo de enmiendas finalizase el 1 de septiembre. Se presentaron 24 enmiendas, siendo desestimadas todas, incluida una enmienda a la totalidad con texto alternativo, presentada conjuntamente por ERC e IU, a la cual nos referiremos posteriormente, puesto que se impugnaba el procedimiento parlamentario, solicitándose el seguimiento del procedimiento de reforma previsto en el art. 168, con expresa solicitud de referéndum, al considerar que se veían afectados derechos fundamentales contenidos en el Título Preliminar de la CE.

Bajo un punto de vista formal, y **al no tratarse de una reforma que afectase al núcleo duro de la CE** (entendiendo por tal el contemplado en su art. 168.1), no había inconveniente en seguir, por tanto, el procedimiento del art. 167 de la CE, que establece una mayoría de tres quintos de cada una de las Cámaras para aprobar la reforma. Puesto que este requisito quedó cumplido, sobra cualquier referencia al sub-procedimiento contemplado en el último párrafo del art. 167.1 (creación de una comisión paritaria de Diputados y Senadores que presentarán un texto), o al procedimiento alternativo previsto en el art. 167.2 de la CE.

La reforma se aprobó con un debate parlamentario en el Pleno del Congreso celebrado el día 2 de septiembre (de apenas dos horas y cuarenta minutos), pero, además, se utilizaron, como ya dijimos, dos procedimientos parlamentarios especiales: por un lado, el de lectura única y, por otro, el de urgencia. Ciertamente nada queda oponer a la utilización de sendos procedimientos especiales, puesto que el Reglamento del Congreso no prevé la imposibilidad de recurrir a los mismos para el supuesto de reforma constitucional encuadrable en el art. 167 de la CE. Desde el punto de vista material, lo único que se admitió en el Congreso fue una corrección técnica en el art. 135.3 de la CE, corrección gramatical en el sentido de sustituir «*en relación al*» por «*en relación con el producto interior bruto*» en el párrafo tercero del citado precepto.

La proposición de reforma se remitió al Senado el día 3 de septiembre, publicándose ese mismo día en el *BOCG-Senado* y estableciéndose el procedimiento para su tramitación. En la Comisión de la Cámara Alta se presentaron 29 enmiendas, si bien no todas fueron admitidas a trámite, sin que sea menester entrar ahora en mayores detalles. La Comisión de Constitución del Senado deliberó el 6 de septiembre, rechazando las enmiendas y admitiendo el texto remitido por el Congreso. Al día siguiente, el Pleno del Senado debatió el informe de la Comisión Constitucional, ratificando el mismo (y, por ende, el texto del Congreso) con la mayoría exigida por el art. 167.1 de la CE. **El día 8 de septiembre se publicó en el *BOCG-Senado* y en el *BOCG-Congreso* y, en aplicación de lo dispuesto en el art. 167.3 de la CE, se abrió un plazo de quince días para que bien una décima parte de los miembros del Congreso, bien una décima parte de los miembros del Senado, solicitaran que la reforma aprobada fuera sometida a referéndum para su ratificación.** Transcurrido dicho plazo no hubo ninguna solicitud, por lo que se publicó en los Boletines de ambas Cámaras la reforma definitiva

del art. 135 de la CE (un día después de su publicación en el *BOE*, aunque ello resulte intrascendente).

Como hemos apuntado, la enmienda en el Congreso presentada conjuntamente por ERC e IU fue rechazada, pero se presentó, por dos diputados, recurso de amparo ante el TC. Dicho recurso fue inadmitido por el ATC 9/2012, de 13 de enero. La inadmisión se basaba en que la reforma no afecta a derechos fundamentales contemplados en el Título I de la CE y que no se habían vulnerado los derechos de los parlamentarios al establecer el procedimiento de urgencia y de lectura única. Con independencia de que, en el fondo, pueda tener razón el TC, **hubiera sido preferible, como señala alguno de los votos particulares, que se hubiera admitido el recurso y que, en su caso, se hubiera desestimado, entrando en el fondo del asunto, mediante una sentencia. Incluso, la admisión del recurso a trámite podría haberse fundado en la propia LOTC, cuyo art. 50.1.b) prevé dicha admisión cuando «el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional». Si la reforma de la CE no tiene trascendencia constitucional, no sabemos cuál es el alcance del precepto.**

Aun admitiendo las razones del ATC 9/2012 sobre la constitucionalidad del procedimiento del art. 167 de la CE frente al procedimiento agravado del art. 168, no es menos cierto que, para llegar a esta conclusión, no es suficiente la fundamentación ofrecida, si bien es cierto que el recurso de amparo tampoco constituía un ejemplo de técnica jurídica depurada. **Pero, en todo caso, no resulta procedente que una reforma de tal calado se lleve a cabo a través de un procedimiento legal, pero con grandes dosis de improvisación y rapidez como si el nerviosismo de los mercados financieros o la situación de España hubieran de imponerse a los derechos de los parlamenta-**

rios. Especular sobre la rapidez del procedimiento no añadiría nada nuevo a este comentario, pero sí cabe constatar un hecho: que no sabemos la razón por la cual nuestro país no demoró los plazos para modificar la CE de forma sosegada y no apresurada, sin entrar a valorar ahora si la rapidez se debió o no a las amenazas de intervención del BCE o a las dificultades para colocar deuda pública o, por último, a las cotas a las que estaba llegando la prima de riesgo.

III. LA JUSTIFICACIÓN DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

Si la justificación de la reforma del art. 135 de la CE pretendemos extraerla de la Exposición de Motivos del BOE nos encontramos con alguna dificultad debido a la parquedad de la misma. Inútil, por otro lado, es acudir a los diarios de sesiones, donde se impuso la celeridad a la reflexión y al debate. Efectivamente, la estabilidad presupuestaria «adquiere un valor verdaderamente estructural y condicionante de la capacidad de actuación del Estado», debido a nuestra integración en la Unión Europea, aunque sea discutible la afirmación de la Exposición de Motivos en cuya virtud se trate de «un valor, pues, que justifica su consagración constitucional, con el efecto de limitar y orientar, con el mayor rango normativo, la actuación de los poderes públicos». Si bien esta afirmación nos llevaría a un debate distinto, cual es el **determinar si la acogida del principio de estabilidad y su derivada sobre la limitación del volumen de endeudamiento ha de recogerse en el texto constitucional o, por el contrario, como venía sucediendo hasta entonces, cabía su recogida en una norma infraordenada a aquella, fuera una ley orgánica u ordinaria.** Debemos recordar que nuestro país, antes de la reforma, tenía recogidos determinados principios de estabilidad en dos normas ordinarias, cuales eran *la Ley Orgánica 5/2001, de 13 de diciembre, complementaria de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria, así como el Texto Refundido de la Ley Gene-*

ral de Estabilidad Presupuestaria, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2007, de 28 de diciembre.

En el texto de 2001 se declara la «aplicación efectiva del principio de estabilidad presupuestaria, de acuerdo con los principios derivados del Pacto de Estabilidad y Crecimiento, y en virtud de la competencia del Estado respecto de las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica». Con lo cual algún sustento constitucional encontró el Estado para imponer un principio de estabilidad, si bien no vamos a entrar en los defectos de la normativa de 2001.

Que la justificación de la reforma de 2011 se funde en la oportunidad de la consolidación fiscal (entendiendo por tal, aunque no se diga, la eliminación del déficit público estructural y la reducción de la deuda pública) y el equilibrio financiero nos parece un argumento válido pero insuficiente. Por ello, afirmar que «El Estado y las Comunidades Autónomas no podrán incurrir en un déficit estructural que supere los márgenes establecidos, en su caso, por la Unión Europea para sus Estados Miembros (art. 135.2)» es inocuo desde la perspectiva europea (salvo lo que diremos *ut infra*), **aunque tenga relevancia interna**, en lo que se refiere al reparto del déficit entre ambos entes territoriales y en lo relativo a la situación de equilibrio presupuestario de las Corporaciones locales (cuestión interna de Derecho español). Incluso, aunque el segundo apartado de este precepto contemple el desarrollo del mismo, mediante ley orgánica, como si el Estado careciera de un título competencial específico, tampoco era necesaria la reforma constitucional, ni siquiera bajo parámetros europeos. Que no fuera necesaria no significa que no fuera conveniente. Como inciso, **hemos de señalar que la consolidación fiscal exige también reformas estructurales que atajen el déficit público estructural** y estas han brillado por su ausencia, salvo la poco ambiciosa reforma de las entidades locales operada por la *Ley 27/2013, de 27 de*

diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local. Reforma que, además, fue declarada parcialmente inconstitucional, entre otras y sin ánimo exhaustivo, por las SSTC 41/2016, de 3 de marzo, 111/2016, de 9 de junio, y 54/2017, de 11 de mayo.

La reforma no puede fundarse en el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza (en adelante TECG), si bien en el Preámbulo del mismo se alude al «cumplimiento de la obligación de las partes contratantes de trasponer la regla del equilibrio presupuestario en sus ordenamientos jurídicos nacionales mediante disposiciones vinculantes, permanentes y preferentemente de rango constitucional...», cuestión que, normativamente, recoge el art. 3.2 del TECG, si bien hay que hacer varias observaciones: por un lado, que no obliga a que la trasposición sea a través de la norma constitucional (obsérvese cómo utiliza el adverbio *preferentemente*); por otro lado, que el TECG daba a los países de la zona euro un plazo de un año a partir de la entrada en vigor para la transposición (y el mencionado Tratado es de 2 de marzo de 2012, lo cual, en su caso, afectaría a la LOEPSF, aunque esta se aprobó en abril de 2012) y por último, **hay que tener en cuenta las diferencias existentes entre el concepto de estabilidad que maneja España y el concepto de equilibrio que maneja la normativa europea, aunque sean más diferencias semánticas que de fondo.**

Con la opción seguida, España intenta situar la **estabilidad presupuestaria como un bien constitucionalmente protegido**, a la par que, de forma más simbólica que efectiva, proclamar frente a las autoridades europeas y los mercados financieros su compromiso con dicho objetivo, que, a su vez, tiene incidencia en el endeudamiento público, cuya reforma también se opera en el art. 135 de la CE, recogiendo, en clave externa, principios contenidos en Tratados europeos y, en clave interna, una distribución del endeudamiento global entre los distintos entes terri-

toriales, salvo las corporaciones locales, **cuya omisión no puede justificarse —un defecto técnico que puede inducir a error— en el hecho de que las mismas hayan de presentar una situación de equilibrio presupuestario.**

Igualmente llama la atención, al menos si lo contrastamos con el *nomen iuris* de la ley orgánica de desarrollo, **la ausencia de referencia a la sostenibilidad financiera**, que únicamente se menciona y de forma ambigua en la Exposición de Motivos de la reforma cuando se habla de «garantizar la sostenibilidad económica y social de nuestro país». Aunque sea un tema menor, **se constitucionaliza la estabilidad presupuestaria pero no hay ninguna mención a la sostenibilidad financiera**, sobre la cual pivota buena parte de la LOEPSF. Y, como ya vimos, aunque se trate de principios concatenados, son distintos.

No obstante, el TECG, aprobado después de la reforma constitucional e incorporado a nuestro ordenamiento jurídico mediante la Ley Orgánica 3/2012, de 25 de julio (lo cual no es óbice para que en él se inspirara la LOEPSF), no constituye el fundamento jurídico último de la misma, sino que, en su momento, sirvió, entre otros argumentos contenidos en su Exposición de Motivos, para justificar, como hemos dicho, el contenido de la ley orgánica de desarrollo prevista en el art. 135 de la CE. **Es evidente que antes de la reforma constitucional no existía un precepto en nuestra norma suprema que contuviese, o del que se pudiese derivar, la existencia de un principio de estabilidad presupuestaria y su consecuencia inmediata, como es la limitación del endeudamiento público, pero ello comenzó a fraguarse cuando el TFUE limita tanto el déficit público como el volumen de endeudamiento, si bien lo hace (art. 126) de forma genérica, hablando de la prohibición de déficits públicos excesivos y de la supervisión por parte de la Comisión del nivel de endeudamiento en relación con el PIB.** La concreción se lleva a

cabo en el Protocolo 12 cuando, en desarrollo del art. 126 del TFUE, sitúa los *valores de referencia* del déficit en el 3% del PIB y en el 60% en el caso de la deuda pública. En este sentido, España perdió una magnífica ocasión para reformar la CE, con sosiego y debate, cuando el rigor presupuestario de los Estados miembros se impulsó en el TFUE, existiendo, por tanto, un lapso temporal en el cual nuestro país tuvo que aplicar políticas europeas en base a principios que no estaban constitucionalizados. En este sentido, nos inspiramos en la reforma alemana, pero tarde, con defectos técnicos y mediante un procedimiento exprés.

No obstante, se puede objetar que otros países de la Unión Europea no han reformado su norma suprema, sino las leyes infraordenadas a la misma, para recoger la prohibición de déficits excesivos e introducir la regla de limitación del endeudamiento. No es menester recoger aquí la lista de países que han optado por una u otra fórmula. Quizá la particularidad española derive del hecho —atisbado en la Exposición de Motivos de la reforma— de **someter a todas las Administraciones públicas al principio de estabilidad presupuestaria, con especial incidencia en el caso de las Comunidades Autónomas, quienes pudieran ser las que, en ausencia de norma constitucional, invocasen su autonomía de gasto (art. 156.1 de la CE) para combatir medidas estatales enderezadas a la consecución de este objetivo.** Sin embargo, como hemos señalado, la normativa europea no imponía la constitucionalización de sus reglas, siendo un asunto de puro Derecho interno. Pero una vez efectuada la elección de la reforma constitucional, **quizá hubiera sido necesario que las medidas sancionadoras en caso de incumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria y de endeudamiento público se hubieran incorporado al art. 135 de la CE**, en vez de optar por la vía de deferir su regulación a la ley orgánica. Sin ánimo de polemizar (no vamos, por tanto, a hacer comparaciones con los arts. 153 y 155 de la CE), **la intervención financiera de una Comu-**

nidad Autónoma o de un Ayuntamiento debe estar recogida en la CE y no en una ley orgánica, por muy integrante del bloque de la constitucionalidad que sea.

Hora es de matizar opiniones personales, expresadas en su momento (DE LA HUCHA, 2012), al hilo de la reforma constitucional en el sentido de la necesidad de constitucionalizar el reparto del endeudamiento entre los distintos niveles de gobierno, ya que ello hubiera supuesto un encorsetamiento difícil de manejar, ya que cualquier modificación de los porcentajes (ahora previstos en la LOEPSF) hubiera requerido volver a modificar la CE. No obstante, **mantenemos nuestra opinión, modificada levemente, en el sentido de que hubiera sido preferible una doble reforma de la CE: por un lado, la necesaria reforma del art. 134 de la CE para introducir el principio de estabilidad presupuestaria en los distintos niveles de gobierno y, como corolario lógico de lo anterior, la reforma del art. 135 de la CE solo en lo relativo a las limitaciones al endeudamiento.** Quizá la razón de no incorporar la estabilidad presupuestaria en el art. 134 de la CE se deba a la jurisprudencia inicial del TC sobre la aplicación de este precepto al Estado, *stricto sensu*, sin que cupiera su extensión a las Comunidades Autónomas. En este sentido, aunque la doctrina se matizó posteriormente, véase la STC 116/1994, de 18 de abril, sobre la inaplicación del ap. 7 de dicho precepto a la Comunidad Foral de Navarra y, en especial, por la claridad y contundencia de la disidencia, el voto particular del Magistrado Rodríguez Bereijo.

El endeudamiento suele ser consecuencia del déficit, pero dada la opción del constituyente de 1978 de diferenciar entre presupuesto y deuda pública en dos preceptos distintos, quizá hubiera sido conveniente mantener esta diferenciación. Posiblemente, el hecho de la inicial, como hemos visto, y restrictiva posición del TC en torno al alcance subjetivo del art. 134 de la CE, posteriormente matizada,

haya llevado a la solución final de dejar inmaculado este precepto y modificar el inicialmente relativo a la deuda pública, que ahora constituye un precepto no dedicado exclusivamente a regular este recurso financiero, sino una suerte de *totum revolutum* donde la técnica jurídica puede ser cuestionada.

IV. LA NECESIDAD DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

Uno de los debates planteados en su momento no solo en España sino en otros países consistió en determinar si la incorporación del principio de estabilidad presupuestaria y la limitación del endeudamiento público había de hacerse mediante reforma constitucional o si, por el contrario, bastaba la reforma de la normativa infraordenada a la norma suprema. Este debate —que sí se produjo en países como Alemania, Polonia o Portugal— debió ser previo a la reforma constitucional, pero para ello hubiera sido necesario que esta se hubiera planteado con calma y sosiego y no mediante un procedimiento donde la urgencia y la celeridad fueron en detrimento no solo de este debate sino, como veremos, de la calidad técnica de la reforma. En otros países se consideró que la reforma implicaba entrar en cuestiones técnicas delicadas y complejas que aconsejaban que la misma se realizase en una norma infraordenada a la Constitución. Este debate, empero, fue sustraído en España a la opinión de las fuerzas políticas, si bien la opción seguida contaba con el apoyo de los partidos mayoritarios que, **por primera vez en siete años, suscribían una proposición de ley y votaban de forma similar**. En nuestro país quizá concurriesen dos circunstancias para decantarse por una reforma de la CE (siguiendo el modelo alemán) y no de la legislación infraordenada a la misma: por un lado, la experiencia no muy afortunada de la legislación ordinaria de 2001 (las leyes de estabilidad presupuestaria) y, por otro lado, las presuntas hipótesis sobre las presiones de las autoridades comunitarias para impulsar una reforma constitucional que, *per se*, no tiene

ningún efecto sobre el grado de cumplimiento de los objetivos descritos en los Tratados de la Unión Europea. Por decirlo de otra forma, **la CE no garantiza que los gobiernos estatal, autonómico y local vayan a cumplir los objetivos de la estabilidad presupuestaria (y en el período 2012-2018 a las pruebas nos remitimos, ya que hasta 2017 hemos incumplido anual y sistemáticamente los objetivos de déficit pactados con la Comisión; por otro lado, en el caso del endeudamiento, hemos pasado del 69,50% —2011— al 98,30% —2017— del PIB, según datos del Banco de España), de forma que será la actuación gubernamental en materia presupuestaria la que, con independencia de lo que señale la CE, determine el cumplimiento de los objetivos.**

Y, aunque sea una acotación menor, cabe destacar que somos, junto a Francia, el único país que se encuentra dentro del Procedimiento de Déficit Excesivo (PDE), con la particularidad de que, como ha señalado la Comisión Europea en mayo de 2018, la subida de las pensiones, la anunciada rebaja del IRPF y el rescate de las autopistas harán que, de aprobarse el Proyecto de Ley de Presupuestos para 2018 en estos términos, sigamos dentro del PDE, no solo este año sino también en 2019. **Las finanzas públicas se equilibran con medidas estructurales y con actuaciones concretas, no con obviedades y solemnidades por mucho que se contengan en el texto constitucional.**

Evidentemente, sería preferible la constitucionalización de la estabilidad presupuestaria, pero ello no presupone su cumplimiento y plantea una curiosa cuestión: en caso de incumplimiento por parte del Estado, ¿cuáles son los mecanismos reaccionales internos (aparquemos los europeos, que son conocidos) para combatir este incumplimiento constitucional? ¿Cabría interponer recurso de inconstitucionalidad frente a una Ley de Presupuestos que vulnerase, a partir de 2020, la estabilidad presupuestaria consagrada en el art. 135 de la CE?

Poner en conexión la estabilidad presupuestaria con el Estado social y democrático de Derecho es discutible, aunque estemos de acuerdo en que la existencia de déficits sistemáticos y excesivos pueden poner en peligro los objetivos de aquel. Y así la Exposición de Motivos de la reforma constitucional nos induce a pensar que la modificación de la CE, y no de la legislación ordinaria, se debió a causas coyunturales y no estructurales, cuando se señala que **«La actual situación económica y financiera, marcada por una profunda y prolongada crisis, no ha hecho sino reforzar la conveniencia de llevar el principio de referencia a nuestra Constitución, al objeto de fortalecer la confianza en la estabilidad de la economía española a medio y largo plazo»**. Obsérvese que **la reforma de la CE no solo se debe a circunstancias coyunturales, sino que, anudadas a estas, se trata de una cuestión de conveniencia (sic); sensu contrario**, no se trata de ninguna imposición derivada del Derecho europeo. En otras palabras, **no queda clara, en términos jurídicos, la razón por la que se modificó el art. 135 de la CE y no se optó por una reforma de la legislación ordinaria**. Quizá, como hemos adelantado, por el hecho de la insuficiencia de la normativa aprobada en 2001 para «embridar» la estabilidad presupuestaria, en especial la de las Comunidades Autónomas, aunque no fueran ellas las exclusivas culpables de la situación de deterioro de las finanzas públicas en 2011. Quizá, aunque no se explicita, por las dudas que planteaba el título competencial habilitante para imponer una estabilidad y/o equilibrio presupuestario a estas y, en menor medida, el control y la limitación de la deuda pública.

Sin embargo, y comenzando por el final (deuda pública), **desde 1980, el Estado contaba con un título competencial, y su traducción normativa en materia de endeudamiento autonómico, representados, respectivamente, por el art. 157.3 de la CE y por la LOFCA**. Y, aunque entrar en el debate sería prolijo, cabe preguntarse si el Estado, al cual corresponde esta potestad, *ex art. 14 de*

la citada ley orgánica, ha «vigilado» que la deuda por plazo superior al año se destinase a gastos de inversión y cuál era el mecanismo de concesión de autorizaciones para emitir deuda pública, porque, **sin entrar en el detalle numérico o porcentual, el art. 14 de la LOFCA ha sido vulnerado, sistemáticamente, por las Comunidades Autónomas** e, indirectamente, por el Estado, que no debió autorizar la mayoría de las emisiones de determinados entes autonómicos, en especial en los años de la crisis. Aunque en un comentario de esta extensión no podemos profundizar, **baste con comparar la evolución de los créditos para inversión autonómica y el crecimiento superior de su endeudamiento**.

Más paradójica resulta otra expresión de la Exposición de Motivos de la reforma de 2011, en cuya virtud esta tiene como función «garantizar el principio de estabilidad presupuestaria, vinculando a todas las Administraciones Públicas en su consecución», ya que, leído *sensu contrario*, ello implica que el citado principio bien no estaba garantizado, bien no vinculaba a todas las Administraciones públicas. *Expressis verbis*, resulta evidente que el principio no estaba garantizado, si por ello se entiende que no había una regla rectora del presupuesto y del gasto público donde se estableciese la estabilidad, si bien esta, amén de venir impuesta por la normativa europea, podría deducirse del art. 1 de la CE, ya que la situación de desequilibrios presupuestarios sistemáticos puede condicionar el Estado social de Derecho.

Aceptando, implícitamente, que la mayor garantía del principio de estabilidad es su plasmación constitucional (aunque seamos escépticos sobre los efectos prácticos de dicha plasmación, a la vista de las Leyes de Presupuestos de los años posteriores a la reforma, donde no se consigue atajar el déficit primario o no financiero del sector público y donde se da la paradoja de que mientras el déficit —global— ha disminuido, sin embargo ha aumentado la ratio deuda pública/PIB), parece

que el segundo problema a resolver es la vinculación a todas las Administraciones públicas. ¿Quieren, con ello, las Cortes Generales señalar que el Estado carecía de títulos competenciales para imponer la estabilidad presupuestaria a Comunidades Autónomas y Corporaciones locales? En este punto, resulta inexcusable la STC 134/2011, de 20 de julio (dictada por tanto antes de la reforma constitucional) interpuesta frente a determinados preceptos de las Leyes de 2001 de estabilidad presupuestaria. Básicamente, se invocaba la vulneración del principio de autonomía en su vertiente general y financiera (arts. 137 y 156 de la CE), derivado de una infracción del alcance legítimo del art. 149.1.13.^a de la CE, del establecimiento de un control indebido sobre las Comunidades Autónomas (en concreto Cataluña, que era la recurrente) y otros aspectos que nos resultan irrelevantes. De forma harto sintética por nuestra parte, el TC avala las leyes de estabilidad presupuestaria de 2001, en base a los arts. 149.1.13.^a y 149.1.14.^a de la CE, si bien entiende que hay que valorar en cada precepto impugnado si se vulneran las competencias de la Comunidad Autónoma; en aras de la brevedad, la sentencia citada proclama la constitucionalidad de los preceptos impugnados de la legislación de 2001, señalando claramente cuáles son los títulos competenciales del Estado para imponer objetivos de estabilidad presupuestaria y de endeudamiento público (si bien, en este punto, la sentencia se ciñe más a competencias procedimentales o de autorización). A esta sentencia siguieron una batería de hasta diez sentencias en 2011, que no eran sino trasunto de la señalada, con una observación importante, derivada de la STC 157/2011, de 18 de octubre, en cuya virtud la reforma constitucional es el «nuevo canon de inconstitucionalidad al que hemos de detenernos ahora al dictar sentencia». Pero, además, señala que la ley orgánica prevista en el reformado art. 135 de la CE «corroboración la competencia del Estado» en esta materia, que ya había declarado el TC en base a los arts. 149.1.13.^a y 14.^a en relación con los arts. 149.1.11.^a y 18.^a Por tanto, el Estado tenía títulos competenciales

suficientes, reconocidos por el TC, para imponer a las Comunidades Autónomas el **principio de estabilidad presupuestaria**, sin que fuera necesario un título adicional. Obsérvese que el pronunciamiento afecta a la estabilidad presupuestaria y no a las limitaciones sobre, por ejemplo, el endeudamiento público, que no era objeto del recurso.

Interesante es la STC 199/2011, de 13 de diciembre, donde se argumenta que el objetivo de estabilidad presupuestaria tiene importantes «efectos en todas las fases del ciclo presupuestario, pudiéndose incluso considerarse que añade una fase previa, la de fijar el objetivo de estabilidad presupuestaria». De ello, se deduce una consecuencia formalmente correcta, en cuya virtud «la fijación de un objetivo de estabilidad presupuestaria previsto por la Ley 18/2001 no les vincularía jurídicamente [a las Cortes Generales], con anterioridad a la reforma del art. 135 de la CE, al conservar su plena capacidad legislativa», situación que ha variado tras la reforma de aquel, pues «ahora la elaboración, adopción y ejecución de los presupuestos además de quedar sometido a las prescripciones del art. 134 de la CE queda sometida a aquellas establecidas en el art. 135 CE que vincula a todos los poderes públicos», todo ello sin perjuicio de la posibilidad que tienen las Cortes de modificar la ley orgánica de desarrollo del art. 135 de la CE. Pero obsérvese que nada dice la STC citada de la vinculación, **antes de la reforma**, de las Comunidades Autónomas, aunque la misma puede colegirse de pronunciamientos previos.

V. CONTENIDO Y TÉCNICA DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

El nuevo art. 135 de la CE es una norma donde se recogen principios atinentes a la disciplina presupuestaria, junto con los referidos al endeudamiento público, así como una habilitación a una ley orgánica para que desarrolle los límites y controles impuestos al Estado, Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales, toda vez que, como vimos, se optó

por no incorporar los mismos al texto constitucional. De forma muy escueta, pues el precepto reformado ha sido objeto de comentario precedente al tratar del articulado de la CE, las líneas maestras del mismo pueden sintetizarse del siguiente modo.

En primer lugar, se **consagra como principio constitucional el de estabilidad presupuestaria, que vincula a todas las Administraciones públicas**. La amplitud de los destinatarios del principio pretende disipar las dudas existentes con anterioridad sobre la extensión de este principio a las Comunidades Autónomas, si bien, como hemos adelantado en el epígrafe anterior, se trataba de un tema resuelto, en buena medida, por la jurisprudencia del TC. Por otro lado, **el principio de estabilidad presupuestaria constituye el pivote sobre el cual gira toda la reforma constitucional, ya que todas las demás reglas y normas están al servicio de este principio**. Que la **sostenibilidad financiera** sea consecuencia de este puede admitirse, si bien hubiera sido preferible incorporarlo a la CE, en vez de silenciarlo y desarrollarlo mediante ley orgánica.

Obsérvese cómo se ha preferido seguir utilizando el *nomen* de aquel principio, introducido en nuestro ordenamiento en 2001, en vez de la terminología que utilizan tanto el TFUE como el TCEG, puesto que el primero (art. 126) prohíbe a los Estados miembros la existencia de déficits excesivos, concretando los valores de referencia de este principio en el protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo. Por su parte, el segundo, aunque aprobado con posterioridad a la reforma constitucional, habla en su art. 3 de los principios de equilibrio o superávit, si bien permite límites de déficit estructurales inferiores al 0,5% del PIB con una serie de requisitos en los que sería improcedente entrar aquí. La diferencia entre la CE y los Tratados es meramente semántica, puesto que el art. 3.2 de la LOEPSF entiende por «estabilidad presupuestaria de las Administraciones Públicas la situación de equilibrio o superávit

estructural». No obstante, y en la medida en que la normativa europea permite, excepcionalmente, la existencia de déficits, no procede otorgar mayor trascendencia al aparente disenso entre la terminología utilizada en los Tratados y la seguida por la CE.

Por su parte, el art. 135.2 de la CE contiene **dos normas diferenciadas: a) por un lado, la prohibición al Estado y a las Comunidades Autónomas de incurrir en un déficit estructural que supere los márgenes establecidos por la Unión Europea para sus Estados miembros, imponiendo a las Corporaciones Locales una situación de equilibrio presupuestario. La referencia a las Corporaciones Locales debería haberse hecho en el primer apartado del art. 135.2 y no en el último inciso del segundo apartado; b) la concreción mediante ley orgánica del déficit estructural máximo permitido al Estado y a las Comunidades Autónomas, si bien el contenido de esta ley es más amplio del que se infiere del art. 135.2, de forma que hubiera sido preferible que la habilitación al Estado para dictar una ley orgánica se hubiera producido al final del precepto, enumerando cuál es el contenido indispensable de dicha ley, a fin de evitar que el mismo sea extraído de una lectura asistemática del citado precepto**.

En definitiva, no parece técnicamente acertado que el contenido de la ley orgánica tengamos que extraerlo del art. 135.2, del art. 135.5 y de la disposición adicional única de la reforma constitucional.

La Exposición de Motivos, tan parca, no ofrece ninguna explicación de la prohibición de déficit a las Corporaciones Locales, ni la misma se deduce de la LOEPSF. Quizá pudiera atisbarse, pero es una mera hipótesis, que esta interdicción deriva del hecho de que los entes locales tienen garantizada la suficiencia financiera por el art. 142 de la CE, pero esta hipótesis, siendo formalmente correcta, adolece de un defecto material: el sis-

tema financiero de los entes locales, con la mezcolanza entre tributos propios y participación en los del Estado y de las Comunidades Autónomas tiene graves carencias que han hecho inevitable el recurso al endeudamiento, todo ello sin entrar en la superposición de competencias, en determinadas materias, entre las entidades locales y las Comunidades Autónomas, que se intentó paliar en 2013, con la Ley *ut supra* señalada.

Por lo tanto, **no entendemos las razones de esta constitucionalización, perfectamente superflua, en tanto que se podía haber llegado al mismo resultado introduciendo la regla de equilibrio en la ley orgánica de desarrollo del art. 135 de la CE**, si bien es preferible la situación actual, siempre y cuando entendamos las razones de esta prohibición y no tengamos que atisbarlas, sin certeza en nuestra apreciación. No obstante, **vista la situación de las Haciendas locales en nuestro país, es temerario situar en la CE el principio de equilibrio presupuestario, a la par que choca con el tratamiento que se da, por ejemplo, a las Administraciones de la Seguridad Social, que, formalmente, aparecen separadas del Estado en la LOEPSF**. Pues bien, respecto de ellas se predica en dicha norma el principio de equilibrio o superávit (art. 11.5), si bien excepcionalmente pueden incurrir en un déficit estructural, cumpliendo determinados requisitos. En este supuesto, el déficit estructural máximo de la Administración central se minorará en el correspondiente a la Seguridad Social. No obstante, llegado el año 2020, habrá que preguntarse cómo podrán las entidades locales refinanciar deuda pendiente de amortización, aunque cumplan con el equilibrio presupuestario primario o no financiero.

Ello nos lleva a otro punto consistente en determinar si vistos, conjuntamente, los aps. 2 y 3 del art. 135 de la CE, tienen prohibido el acceso al crédito público las entidades locales, como parece deducir mayoritariamente la doctrina.

El art. 135.3 de la CE se corresponde con el antiguo art. 135, si bien es dable advertir en él algunas variaciones significativas, tendentes, por una parte, a dotarle de un alcance general (no limitado al Estado, si bien cabría pensar que es una *norma normarum* aplicable a todos los niveles de Gobierno, aun cuando vista la jurisprudencia inicial sobre el art. 134 de la CE quizá la solución ofrecida elimine controversias) y, por otra, a introducir una limitación al volumen de deuda en circulación, por referencia al PIB y de conformidad con lo dispuesto en el TFUE. Junto a ello se introduce el carácter prioritario del pago de la deuda pública, como última novedad sustantiva.

No obstante, conviene resumir detalladamente el precepto, para observar cuestiones de pura técnica jurídica. En primer lugar, se impone al Estado y a las Comunidades Autónomas la necesidad de estar autorizados por ley para emitir deuda pública o contraer crédito. En la redacción anterior, la autorización tenía como destinatario al Gobierno y dado su tenor literal se refería exclusivamente al Estado, lo cual no obsta a que todos los Estatutos de Autonomía recojan igual previsión, lógica si tenemos en cuenta el alcance del principio de reserva de ley en materia financiera. **Como nota destacada, pero coherente con lo establecido anteriormente (situación de equilibrio presupuestario), no aparece mención alguna a las entidades locales, entendiéndose, *prima facie* y *sensu contrario*, que las mismas no pueden apelar a este recurso financiero, lo cual nos sigue pareciendo dudoso y absurdo (veremos que la conclusión inicial es incorrecta), en tanto en cuanto, llegados a 2020, tendrán deuda pendiente de amortizar, cuyo servicio puede no cubrirse ni aún en el supuesto de que se produzca equilibrio o superávit presupuestario, si se entiende por este el primario o no financiero.** Esta omisión de las entidades locales en el nuevo art. 135.3 de la CE obligaría, cabría suponer, a modificar el *Texto Refundido de la Ley de Ha-*

ciendas Locales (Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo), suprimiendo cualquier referencia al crédito público (arts. 48 y ss.). Si bien se da la paradoja de que, tras la reforma constitucional, se ha añadido un nuevo art. 48 bis, donde se sienta el principio de prudencia financiera en las operaciones de crédito de las entidades locales, adición producida en virtud del Decreto-Ley 17/2014, de 26 de diciembre, de donde se infiere que sí cabe el recurso al endeudamiento, sin que esta afirmación quede enervada por el hecho de su diferimiento a 2020, ya que lo que se difiere a dicho año es el déficit estructural, no los límites de endeudamiento ni la teórica prohibición del mismo a las entidades locales.

Pues bien, contra lo que se opina común y apresuradamente, **las entidades locales no tienen ex art. 135 de la CE vedada la utilización del crédito público**; ocurre que su carencia de potestad legislativa ha llevado, quizá, a errar el precepto. Pueden emitir deuda pública o recurrir al crédito público, siempre que estén autorizadas por el Estado y/o por las Comunidades Autónomas, si bien el margen de actuación de estas es muy reducido. **Que las Corporaciones locales tienen como recurso el crédito público y este no queda suprimido ni por la CE ni por el principio de equilibrio se desprende del art. 13.5 de la LOEPSF. Y, posiblemente, la reforma constitucional hubiera debido ser más precisa técnicamente, ya que, reiteramos, son muchos (y no vamos a citarlos) los autores que dedujeron, en un primer momento, de los arts. 135.2 y 3 de la CE que las entidades locales han de presentar una situación de equilibrio presupuestario —lo cual es correcto— y que, como consecuencia de ello y de la ausencia de mención a dichas entidades en el segundo de los preceptos citados, no pueden apelar al crédito público, lo cual es incorrecto.**

Por ello, hubiera sido preferible que el art. 135.3 señalase que «Todas las Administraciones públicas habrán de estar au-

torizadas por ley para emitir Deuda pública o contraer crédito», entendiendo que, en el caso de las entidades locales y ante la ausencia de potestad legislativa propia, la autorización habrá de contenerse en una ley estatal (sería extendernos en demasía entrar a determinar si la autorización puede ser otorgada por una ley autonómica, aunque, *ab initio*, nuestra posición es negativa).

Fuera de ello, se impone a los gobiernos y parlamentos estatal y autonómicos (aunque aquí sí se hable de **Administraciones**, lo cual demuestra la excelsa calidad técnica de la reforma constitucional) **el principio de inclusión presupuestaria automática**, en cuya virtud los créditos para satisfacer el pago de intereses y la amortización del capital de la deuda se entienden siempre incluidos en los estados de gastos de los Presupuestos y no pueden ser objeto de enmienda o modificación mientras se ajusten a las condiciones de la ley de emisión. **El principio tiene un doble destinatario: por un lado, los Gobiernos, en cuanto tienen el monopolio en la presentación del proyecto de Ley de Presupuestos; por otro lado, las Cortes y los Parlamentos autonómicos, que ven anulado su derecho de enmienda en el caso de los créditos al servicio de la deuda pública, anulación total, ya que ni siquiera con la anuencia del Gobierno se podría tramitar una enmienda que supusiera reducir los créditos presupuestarios al servicio de la deuda.** Teniendo en cuenta que las leyes de emisión no tienen como condición sino únicamente el volumen máximo de endeudamiento (obviando toda referencia al tipo de interés y al plazo de amortización, lo cual es comprensible económicamente, pero no jurídicamente), nos volvemos a encontrar ante una situación anómala desde el punto de vista parlamentario, ya que en el debate del Proyecto de Ley de Presupuestos no cabe derecho de enmienda en materia de créditos para el pago del servicio de la deuda pública, aunque parte de las condiciones no se contengan en la ley de emisión, sino en Resoluciones de la Dirección General del Tesoro.

Quizá, vista la realidad y la peculiaridad del principio de reserva de ley en materia de deuda pública, se podría haber mantenido el principio de inclusión presupuestaria automática, pero suprimiendo la referencia a la ley, de tal manera que el último inciso del art. 135.2, quedaría de la siguiente manera: «... mientras se ajusten a las condiciones de la emisión».

Fuera de ello, lo más destacado es la **constitucionalización del carácter privilegiado** del pago de la deuda pública, en cuya virtud el mismo goza de prioridad absoluta frente al cumplimiento de cualquier otro gasto público. Se trata de una norma inédita en nuestro ordenamiento y en el Derecho comparado, **que no hace sino establecer una desigualdad subjetiva (que entendemos constitucional, aunque nos hubiésemos quedado más tranquilos si el TC hubiera admitido el recurso de amparo interpuesto contra la reforma de la CE y hubiera determinado las razones que, a su juicio, justificaban esta desigualdad formal) entre los acreedores de las Administraciones públicas y que se justifica en las garantías que, frente a aquellos, ha querido establecer nuestro país en un momento temporal muy concreto y determinado.** Es decir, contamos con dos principios constitucionales para *fomentar* la inversión en deuda pública: el inicialmente contenido en la CE de 1978 (principio de inclusión presupuestaria automática) y el nuevo principio de prelación en el pago.

Finaliza el art. 135.3 con una norma destinada a limitar el volumen de endeudamiento público, en cuya virtud «El volumen de deuda pública del conjunto de las Administraciones Públicas en relación con el producto interior bruto del Estado no podrá superar el valor de referencia establecido en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea». ¿Era realmente necesario constitucionalizar este límite? O, en otros términos, ¿qué sucedería si el mismo no se hubiera incorporado al texto constitucional? En principio, absolutamente nada, puesto que España estaría

igualmente a su cumplimiento en virtud del art. 126.2.b) del TFUE. Por otro lado, y para ser coherentes con la redacción del art. 135.1 de la CE, hubiera sido preferible no citar de forma expresa el TFUE y hacer referencia solo a los límites impuestos por la Unión Europea para sus Estados miembros. Dicho en otros términos, hay una discordancia en las remisiones al Derecho europeo, entre los aps. 1 y 3 del art. 135 que no alcanzamos a entender. Pero volviendo al último inciso del art. 135.3 de la CE, quizá su única significación sea la de servir como punto de referencia para habilitar a la ley orgánica a fin de que esta distribuya los niveles de endeudamiento entre los distintos niveles de gobierno, conforme se desprende del art. 135.5 de la CE. En todo caso, se echa en falta una mejor técnica legislativa a la hora de regular, de forma sistemática, los límites al déficit público y los límites al endeudamiento.

Por su parte, el ap. 4 del nuevo art. 135 contiene una excepción a los límites de déficit estructural y de volumen de deuda pública, los cuales pueden superarse cuando concurren determinadas circunstancias (catástrofes naturales, supuestos de perjuicio para la sostenibilidad económica y social del Estado, etc.), cuya apreciación se llevará a cabo por mayoría absoluta del Congreso de los Diputados. **Se trata de un precepto muy abierto, que introduce un factor de flexibilidad en la rigidez presupuestaria, y cuyos antecedentes deben encontrarse en lo dispuesto en los arts. 109 y 115.2 de la Ley Fundamental de Bonn, cuya reforma en 2009 ha guiado los pasos de las modificaciones habidas en las Constituciones italiana y española, pero también ha orientado la normativa europea con especial incidencia en el TCEG de 2 de marzo de 2012.** En este sentido, el art. 3.3.b) de este, aunque posterior a la reforma constitucional como hemos indicado, introduce el concepto de **«circunstancias excepcionales»** que permiten, de forma provisional, sobrepasar los límites de déficit y de endeudamiento, siempre y cuando la desviación temporal no ponga en

peligro la sostenibilidad financiera a medio plazo. Se trata, en definitiva, de que situaciones económicas de recesión coyuntural puedan ser resueltas mediante una superación de los límites de déficit y endeudamiento previstos, siempre y cuando se enmarquen en políticas económicas anticíclicas, de forma que se produzca un ahorro en períodos de superávit y un endeudamiento en períodos de déficit coyuntural, de tal manera que el presupuesto y la deuda pública se equilibren a medio plazo. En puridad, la única crítica a la técnica jurídica empleada se orientaría, aunque es intrascendente, a la expresión «mayoría absoluta de los miembros del Congreso de los Diputados», ya que sobraría, a nuestro juicio, la referencia a los miembros (**es decir, bastaría hablar de mayoría absoluta del Congreso**), pero es una objeción gramatical menor y que, de hecho, debe traer causa de la copia del art. 115 de la Ley Fundamental. Desde un punto de vista material, hay que acudir al art. 11.3 de la LOEPSF para concretar que la recesión económica grave, situaciones de emergencia, catástrofes, etc., pueden afectar tanto al Estado como a las Comunidades Autónomas; por ello, no hubiera estado de más que la referencia a estas se contuviese en el texto constitucional y no en la ley orgánica de desarrollo del art. 135 de la CE, aunque se trata de una objeción menor, que, por ejemplo, en la Ley Fundamental de Bonn se resuelve dando participación a los *Länder*, creando un Consejo de Estabilidad y adoptando otras medidas que pueden entenderse desde la particularidad del Estado federal. Por otro lado, y dado que las circunstancias que pueden afectar a la sostenibilidad financiera cabe predicarlas tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas, no hubiera estado de más una participación del Senado, si se quiere que este sea una Cámara de representación territorial. Aquí también puede haber influido el hecho de que el art. 115.2 de la Ley Fundamental de Bonn se refiera solo al *Bundestag* y no al *Bundesrat*.

Por su parte, el art. 135.5 de la CE **contempla, otra vez, una reserva de ley orgánica**

que ha de regular el desarrollo del principio de estabilidad presupuestaria y la distribución, entre los distintos niveles de gobierno, de los límites de endeudamiento. Hubiera sido conveniente, puesto que se trata de la misma ley, que el contenido de la misma se hubiera hecho no diferenciando su contenido en los aps. 2 y 5 del art. 135 de la CE (más la disposición adicional de la reforma), sino que se hubiera suprimido el segundo párrafo del art. 135.2 (junto con la meritada disposición) y se hubiera trasladado su contenido al apartado que, a continuación, describiremos. No hay, por tanto, **dos leyes orgánicas, sino una sola cuyo contenido se dispersa en la reforma constitucional, y este aspecto debería haber quedado más claro en esta; se trata, igualmente, de una objeción de estilo que no tiene mayor trascendencia.**

El contenido de la ley orgánica (en concreto, la LOEPSF) se ciñe a lo siguiente:

- a) La fijación del límite de déficit estructural máximo permitido al Estado y a las Comunidades Autónomas. Este desarrollo trae causa del art. 135.2 y, como hemos dicho, podría haberse contemplado sistemáticamente en el art. 135.5.
- b) La distribución de los límites de déficit y de deuda entre las distintas Administraciones Públicas, los supuestos excepcionales de superación de los mismos, y la forma y plazo de corrección de las desviaciones que sobre uno y otro pudieran producirse. Aquí **se produce la paradoja, aparente, de que las Corporaciones locales, como vimos, no pueden incurrir en déficit, pero sí se les permite, en la ley orgánica, un porcentaje de deuda en circulación que será del 3% del PIB, conforme el art. 13.1 de la LOEPSF.**
- c) La metodología y el procedimiento para el cálculo del déficit estructural, que realmente son parámetros impuestos por la normativa europea.

d) La responsabilidad de cada Administración Pública en caso de incumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria. Aunque no se refiera expresamente a las **sanciones**, sino que el precepto tiene un contenido más amplio, este precepto habilita al Estado para dictar las medidas preventivas, correctivas y coercitivas que se contemplan en la LOEPSF y que guardan una cierta similitud con las establecidas en la normativa europea recogida en el PDE. Algunos autores (GARCÍA ROCA y MARTÍNEZ LAGO, 2013) opinan que al menos la responsabilidad por incumplimiento debió haberse previsto directamente en el texto constitucional, siendo este, para los autores citados, el principal defecto de la reforma y ponen en conexión esta exigencia de plasmación directa en la CE con el contenido de los arts. 153 y 155 de la CE. Quizá lo más conveniente, dada la continua remisión a la normativa europea y la inspiración en la reforma de 2009 de la Ley Fundamental de Bonn, hubiera sido efectuar un reenvío al precepto correspondiente del TFUE, estableciendo directamente la distribución de las sanciones, como hace el art. 109.5 de la norma constitucional alemana. No obstante, **la reforma española no busca tanto distribuir las sanciones, sino dotar al Estado de un instrumento para su imposición, es decir, que tiene unos efectos más internos que externos frente a la Unión Europea, donde es el Estado el responsable, con independencia de su organización territorial y de quién incurra en déficit.** No aclara, empero, en el caso de sanciones comunitarias, el mecanismo de distribución entre las Administracio-

nes públicas implicadas, si son varias, y esta omisión resulta difícilmente subsanable acudiendo a la LOEPSF, ya que sobre ella recae una obsesión por adoptar medidas coercitivas sobre las Administraciones autonómicas, pero nada señala cuando el incumplidor es la Administración central, si bien esta omisión parece lógica *ad intra*, puesto que no parece de recibo que la Administración estatal se sancione a sí misma. En todo caso, la verdad es que el precepto en cuestión [art. 135.5.c) de la CE] constituye una verdadera norma en blanco y, en este punto compartimos la crítica de los autores citados.

Por último, **el art. 135.6 contiene un mandato a las Comunidades Autónomas para que, en el marco de sus respectivos Estatutos, adopten «las disposiciones que procedan para la aplicación efectiva del principio de estabilidad en sus normas y decisiones presupuestarias».** Las referencias a los Estatutos son de carácter procedimental y no material, es decir, que no es necesario, a nuestro juicio, que transpongan en los mismos el principio de estabilidad presupuestaria, ya que se trata de un principio impuesto directamente por la CE. No obstante, como la adopción de disposiciones normativas (y no solo de estas, sino también de decisiones presupuestarias) ha de realizarse dentro de los límites a que se refiere el art. 135 de la CE, la capacidad de innovación de las Comunidades Autónomas resulta muy mermada, ya que el casuismo de la LOEPSF anula prácticamente cualquier capacidad normativa material (que no formal) por parte de aquellas.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO GARCÍA, R., *Sistema jurídico de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2013.

ÁLVAREZ CONDE, E. y SOUTO, C. (Dirs.), *La constitucionalización de la estabilidad presupuestaria*, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2012.

CALVO ORTEGA, R., *El Pacto Fiscal Europeo*, Civitas, Madrid, 2013.

CORDERO, E., «La reforma de la Constitución financiera alemana. En particular, el nuevo límite al endeudamiento de la Federación y los Länder», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 26, 2012.

DE LA HUCHA CELADOR, F., «La reforma del artículo 135 de la Constitución: estabilidad presupuestaria y Deuda pública», *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 153, 2012.

EMBIID IRUJO, A., *La constitucionalización de la crisis económica*, Iustel, Madrid, 2012.

GARCÍA ANDRADE, J., «La reforma del artículo 135 CE», *Revista de Administración Pública*, núm. 187, 2012.

GARCÍA ESCUDERO MÁRQUEZ, P., «La acelerada tramitación parlamentaria de la reforma del artículo 135 CE (Especial consideración de la inadmisión de enmiendas. Los límites al derecho de enmienda en la reforma constitucional)», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 29, 2012.

GARCÍA ROCA, J., «El principio de estabilidad presupuestaria y la consagración constitucional del freno al endeudamiento», *Crónica Presupuestaria*, núm. 1, 2013.

GARCÍA ROCA, J. y MARTÍNEZ LAGO, M. A., *Estabilidad presupuestaria y consagración del freno constitucional al endeudamiento*, Civitas, Madrid, 2013.

LÓPEZ AGUILAR, J. F., «De la Constitución irreformable a la reforma constitucional *express*», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 29, 2012.

MARTÍN QUERALT, J., «La constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria: ¿una reforma realmente necesaria?», *Tribuna Fiscal*, núm. 252, 2011.

MEDINA GUERRERO, M., «La reforma del artículo 135 CE», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 29, 2012.

RIDAURA, M.^a J., «La reforma del artículo 135 CE: ¿pueden los mercados quebrar el consenso constitucional?», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 29, 2012.

RODRÍGUEZ BERELJO, A., «La reforma constitucional del artículo 135 CE y la crisis financiera del Estado», *Otrosí*, núm. 11, 2012.

RUIZ ALMENDRAL, V., «Estabilidad presupuestaria y reforma constitucional», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 41, 2012.

Índice Analítico

A

- Abuso del derecho:** Art. 55.2.
- Acceso a registros y archivos públicos:** Art. 105.b).
- Acción popular:** Art. 125.
- Acreditaciones:** Art. 63.1.
- Actas:** Art. 70.2.
- Actividades económicas:** Art. 159.4.
- Actividades profesionales:** Art. 159.4.
- Actuaciones judiciales:** Art. 120.1.
- Acuerdos:** Art. 79.
- Administración de Justicia:** Art. 125.
- Administración General del Estado:** Arts. 97 y 103.2.
- Administración Local**
- Corporaciones Locales: Arts. 133.2, 140 a 142, 143.2 y 144.c).
 - Entidades locales
 - Islas
 - Regímenes especiales
 - Cabildos insulares: Arts. 69.3 y 141.
 - Mancomunidades Provinciales Interinsulares: Art. 146.
 - Municipios: Art. 137.
 - Ayuntamiento
 - Alcalde: Art. 140.
 - Concejales: Art. 140.
 - Organización: Art. 140.
 - Competencias: Art. 140.
 - Concejo abierto: Art. 140.
 - Provincias: Arts. 69.2, 137, 141, 143.1, 151.3 y 158.2.
 - Diputaciones provinciales: Arts. 141, 143.2 y 146.

- Administración militar:** Art. 97.
- Administraciones Públicas:** Arts. 97 a 107 y 133.4.
- Agricultura:** Art. 130.
- Agrupaciones municipales:** Art. 152.3.
- Altos cargos:** Art. 70.1.
- Arbitrariedad:** Art. 9.3.
- Armonización legislativa:** Art. 82.5.
- Artesanía:** Art. 130.1.
- Asambleas:** Art. 151.2.
- Ascensos:** Art. 122.2.
- Asistencia jurídica gratuita:** Art. 119.
- Asistencia religiosa:** Art. 16.3.
- Asociaciones:** Art. 105.a).
 - Suspensión: Art. 22.4.
- Asociaciones empresariales:** Art. 7.
- Asociaciones profesionales:** Art. 127.
- Audiencia del interesado:** Art. 105.
- Audiencia pública:** Art. 120.3.
- Audiencias Territoriales:** Disp. Adic. 4.
- Autonomía provincial y municipal:** Art. 137.
 - Municipios: Art. 140.
- Autoridad:** Art. 109.
- Auxilio judicial:** Art. 118.

B

- Bandas armadas:** Art. 55.
- Bandera nacional:** Art. 4.1.
- Banderas de las Comunidades Autónomas:** Art. 4.2.
- Bienes de dominio público:** Art. 132.
- Boletín Oficial del Estado:** Art. 164.1, Disp. Final.

C

- Calidad de vida:** Art. 129.1.
- Capacidad económica:** Art. 31.1.
- Capital del Estado:** Art. 5.
- Cargos públicos:** Art. 127.1.
- Carrera judicial:** Art. 159.4.
- Casa Real:** Art. 65.
- Castellano:** Art. 3.1.
- Catástrofes:** Art. 30.4.
- Ciencia y tecnología:** Art. 44.
- Ciudad Autónoma de Ceuta:** Arts. 68.2 y 69.4, Disp. Trans. 5.
- Ciudad Autónoma de Melilla:** Arts. 68.2 y 69.4, Disp. Trans. 5.
- Ciudadanos:** Arts. 9.1, 53.2, 61.1 y 105.
- Código Penal Militar:** Art. 15.
- Colegios profesionales:** Art. 36.
- Naturaleza y finalidad: Art. 52.
- Comercio interior:** Art. 51.3.
- Comisiones:** Art. 75.1.
- Comisiones de investigación:** Art. 76.
- Comisiones legislativas:** Art. 75.
- Comisiones parlamentarias:** Arts. 109, 110 y 151.2.
- Comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas:** Art. 18.3.
- Comunidad Autónoma de Canarias**
- Hacienda y Patrimonio. Régimen fiscal especial: Disp. Adic. 3.
- Comunidad Foral de Navarra:** Disp. Trans. 4.
- Comunidades autónomas:** Arts. 61.1, 67.1, 69.5, 87.2, 109, 131.2, 133.2, 137, 142, 143.1, 144.a), 145.1, 145.2, 147.1, 149.2, 155.1, 155.2 a 158.2.
- Acuerdos y convenios entre Comunidades Autónomas
- Necesitados de autorización de las Cortes: Art. 145.
- Autonomía financiera: Art. 156.
- Recursos de las Comunidades Autónomas: Art. 157.1.
- Impuestos cedidos por el Estado, recargos sobre impuestos estatales y otras participaciones en los ingresos del Estado: Art. 157.1.a).
- Impuestos, tasas y contribuciones propias: Art. 157.1.b).
- Producto de operaciones de crédito: Art. 157.1.e).
- Rendimientos procedentes de su patrimonio e ingresos de Derecho Privado: Art. 157.1.d).
- Transferencias del fondo de compensación interterritorial y otras asignaciones con cargo a los Presupuestos Generales del Estado: Art. 157.1.c).
- Regulación por ley orgánica de las competencias financieras, conflictos y formas de colaboración financiera: Art. 157.3.
- Competencias: Art. 147.2.
- Competencias de las Comunidades Autónomas
- Asumibles por las Comunidades Autónomas: Art. 148.1.
- Agricultura y ganadería: Art. 148.1.7.
- Aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos, aguas minerales y termales: Art. 148.1.10.
- Artesanía: Art. 148.1.14.
- Asistencia social: Art. 148.1.20.
- Ferias interiores: Art. 148.1.12.
- Ferrocarriles y carreteras, transporte por estos medios o por cable: Art. 148.1.5.
- Fomento de la cultura, la investigación y la enseñanza de la lengua: Arts. 3.3 y 148.1.17.
- Fomento del desarrollo económico: Art. 148.1.13.
- Funciones que corresponden a la Administración del Estado sobre las Corporaciones Locales: Art. 148.1.2.
- Gestión en materia de protección del medio ambiente: Art. 148.1.9.
- Montes y aprovechamientos forestales: Art. 148.1.8.
- Museos, Bibliotecas y Conservatorios de Música: Art. 148.1.15.
- Obras públicas: Art. 148.1.4.

- Ordenación del territorio, urbanismo y vivienda: Art. 148.1.3.
- Organización de sus instituciones de autogobierno: Art. 148.1.1.
- Patrimonio Monumental: Art. 148.1.16.
- Pesca en aguas interiores, marisqueo y acuicultura, caza y pesca fluvial: Art. 148.1.11.
- Promoción del deporte y adecuada utilización del ocio: Art. 148.1.19.
- Puertos de refugio, puertos y aeropuertos deportivos y los que no desarrollen actividades comerciales: Art. 148.1.6.
- Sanidad e higiene: Art. 148.1.21.
- Turismo: Art. 148.1.18.
- Vigilancia y protección, coordinación y demás facultades en relación con las policías locales: Art. 148.1.22.
- Desarrollo y/o ejecución de legislación estatal: Art. 150.
- Facultades legislativas atribuidas en el marco de una ley estatal: Arts. 150.1 y 150.3.
- Transferencia y delegación de facultades: Art. 150.2.
- Competencias del Estado
- Exclusivas atribuidas por el art. 149.1 CE: Art. 149.1.
 - Administración de Justicia: Art. 149.1.5.
 - Administraciones Públicas, régimen estatutario de los funcionarios, procedimiento, expropiación forzosa, contratos y concesiones, responsabilidad: Art. 149.1.18.
 - Condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles: Art. 149.1.1.
 - Defensa y Fuerzas Armadas: Art. 149.1.4.
 - Estadística para fines estatales y autorización para la convocatoria de referéndum: Arts. 149.1.31 y 149.1.32.
- Ferrocarriles y transportes terrestres, comunicaciones, tráfico y circulación de vehículos, cables aéreos, submarinos y radiocomunicación: Art. 149.1.21.
- Investigación científica y técnica: Art. 149.1.15.
- Legislación Civil, Propiedad Intelectual e Industrial: Arts. 149.1.8 y 149.1.9.
- Legislación Laboral: Art. 149.1.7.
- Legislación Mercantil, Penal, Penitenciaria y Procesal: Art. 149.1.6.
- Medio ambiente, montes, aprovechamientos forestales y vías pecuarias: Art. 149.1.23.
- Medios de comunicación y patrimonio cultural: Arts. 149.1.27 y 149.1.28.
- Nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo: Art. 149.1.2.
- Obras públicas, régimen minero y energético, de producción, comercio, tenencia y uso de armas y explosivos: Arts. 149.1.24, 149.1.25 y 149.1.26.
- Pesas y medidas; hora oficial: Art. 149.1.12.
- Pesca, marina mercante, buques, costas, puertos, aeropuertos, espacio y transporte aéreo, servicio meteorológico, matriculación de aeronaves: Arts. 149.1.19 y 149.1.20.
- Planificación de la actividad económica, Hacienda general y deuda del Estado: Art. 149.1.14.
- Recursos y aprovechamientos hidráulicos, instalaciones eléctricas y transporte de energía: Art. 149.1.22.
- Régimen aduanero y arancelario y comercio exterior: Art. 149.1.10.

- Relaciones internacionales: Art. 149.1.3.
- Sanidad, productos farmacéuticos y Seguridad Social: Arts. 149.1.16 y 149.1.17.
- Seguridad pública: Art. 149.1.29.
- Sistema monetario, divisas, cambio y convertibilidad, ordenación de crédito, banca y seguros: Art. 149.1.11.
- Títulos académicos y profesionales y normas básicas sobre enseñanza: Art. 149.1.30.
- Residuales por silencio de los estatutos: Art. 149.3.
- Delimitación territorial: Arts. 147.2.b) y 147.2.
- Conflictos constitucionales de competencias: Art. 161.
- Coordinación entre Estado y Comunidades Autónomas: Arts. 154, 156.1 y 157.3.
- Delegados del Gobierno: Art. 154.
- Instituciones de autogobierno y organización judicial: Arts. 147.2 y 151.2.
- Control de su actividad: Art. 153.
- Por el Gobierno: Art. 153.b).
- Por el Tribunal Constitucional: Art. 153.a).
- Constitucionalidad de sus disposiciones normativas con fuerza de ley: Art. 153.a).
- Por el Tribunal de Cuentas: Art. 153.d).
- Por la jurisdicción Contencioso-Administrativa: Art. 153.c).
- Gobierno: Art. 152.1.
- Incumplimiento de las obligaciones que la Constitución u otras leyes les impongan: Art. 155.
- Ordenamiento jurídico: Art. 147.1.
- Estatutos de autonomía: Arts. 3.2, 69.5, 81.1, 138.2, 143.1, 144, 145.2, 146, 147, 151.2, 152.1, 152.2 y 152.3.
- Reserva de Ley Orgánica: Arts. 147.3 y 148.2.
- Parlamentos autonómicos: Arts. 87 y 152.1.
- Presidente: Arts. 152.1 y 155.1.
- Comunidades religiosas:** Art. 16.3.
- Conflicto colectivo:** Art. 37.2.
- Congreso de los Diputados:** Arts. 66, 68, 73, 74, 76, 77, 79, 80, 86.2, 87 a 89, 90.1, 90.2, 90.3, 92.2, 99, 112, 113.1, 113.4, 115.1, 116.2, 116.3, 116.4, 116.5, 122.3, 134.3, 159.1, 167.1 y 167.2.
- Consejo de Estado:** Arts. 107 y 153.b).
- Consejo de Ministros:** Arts. 62.f), 62.g), 88, 112, 115.1, 116.2 y 116.3.
- Consejo General del Poder Judicial:** Arts. 122, 123.2, 124.4 y 159.1.
- Consentimiento:** Art. 63.2.
- Constitución Española:** Art. 61.1.
- Constitucionalidad**
 - Cuestión de inconstitucionalidad
 - Procedencia: Art. 163.
 - Declaración de inconstitucionalidad: efectos: Art. 161.1.
 - Alcance de la declaración: Art. 164.
 - Recurso de inconstitucionalidad: Art. 161.
 - Legitimación: Art. 162.
 - Sentencia: efectos: Arts. 164.1 y 164.2.
- Consumidores y usuarios:** Art. 51.
 - Asociaciones de consumidores y usuarios: Art. 51.2.
 - Derechos básicos de los consumidores y usuarios
 - Protección de la salud y seguridad: Art. 43.
- Contrato de trabajo**
 - Regulación de la relación laboral
 - Estatuto de los Trabajadores: Art. 35.2.
- Control parlamentario:** Art. 66.2.
- Convenio colectivo de trabajo:** Art. 37.1.
- Convivencia:** Art. 27.2.
- Convocatorias:** Art. 67.3.
- Cooperativas:** Art. 129.2.
- Coordinación administrativa:** Art. 103.
- Corona:** Arts. 56 a 65.
- Cortes Generales:** Arts. 54, 59.3, 60.1, 62.b), 63.3, 66 a 94, 94.1, 95, 96, 115.1, 134.1, 136.1, 136.2, 141.1, 145.2, 146, 147.3, 150.1, 158.2, 167.3 y 168.3.
- Cosa juzgada:** Art. 164.1.
- Créditos:** Art. 135.2.
- Cuentas del Estado:** Art. 136.
- Cuestión de fianza:** Arts. 101 y 112.
- Cultura:** Arts. 44 y 149.2.

D

Declaración de guerra: Art. 63.

Decreto: Arts. 62.f) y 116.2.

Decreto legislativo: Art. 85.

Decreto Ley: Art. 86.

Defensa nacional: Arts. 30.1, 97 y 105.b).

Defensor del Pueblo: Arts. 54, 70.1 y 162.1.

Delegación: Art. 151.2.

Delegación legislativa: Arts. 82, 84 y 85.

Delito: Art. 25.1.

— Delito flagrante: Art. 71.2.

Delitos contra la seguridad del Estado y ejércitos: Art. 102.2.

Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente: Art. 45.3.

Delitos sobre el patrimonio histórico

— Daños en otros bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, o en yacimientos arqueológicos: Art. 46.

Democracia: Art. 1.1.

Deportes: Art. 43.3.

Derecho a la autonomía: Arts. 2 y 143.

Derecho a la educación y a la libertad de enseñanza

— Autonomía universitaria: Art. 27.10.

— Carácter obligatorio y gratuito de la enseñanza básica: Art. 27.4.

— Control y gestión de los centros sostenidos con fondos públicos: Art. 27.7.

— Derecho a la educación: Art. 27.1.

— Libertad de creación de centros docentes: Art. 27.6.

— Libertad de enseñanza: Art. 27.1.

— Objeto de la educación: Art. 27.2.

— Obligaciones de los poderes públicos

— Ayuda a los centros docentes que reúnan los requisitos legales: Art. 27.9.

— Garantizar el derecho de los padres a elegir la formación de sus hijos: Art. 27.3.

— Garantizar el derecho de todos a la educación: Art. 27.5.

— Inspeccionar y homologar el sistema educativo: Arts. 27.5 y 27.8.

Derecho a la libertad ideológica, religiosa y de culto

— Aconfesionalidad del Estado y relaciones de cooperación con las distintas confesiones: Art. 16.3.

— Derecho a no declarar sobre las propias creencias: Art. 16.2.

— Libertad ideológica: Art. 16.1.

— Libertad religiosa y de culto: Art. 16.1.

Derecho a la libertad y seguridad

— Asistencia letrada al detenido: Art. 17.3.

— Duración de la detención preventiva: Arts. 17.2 y 17.4.

— *Habeas corpus*: Art. 17.4.

— Información al detenido de sus derechos: Art. 17.3.

— Privación de libertad en la forma y en los casos establecidos en la ley: Art. 17.1.

Derecho a la participación política y al acceso a cargos y funciones públicas:

Arts. 9.2 y 13.2.

— Acceso a cargos y funciones públicas: Art. 23.2.

— Acceso con los requisitos que señalen las leyes: Art. 23.2.

— Acceso en condiciones de igualdad: Art. 23.2.

— Derecho a la participación política: Art. 23.1.

— Derecho de sufragio: Art. 13.2.

— Participación directa: Art. 23.1.

— Participación por medio de representantes: Art. 23.1.

— Elección por sufragio universal: Art. 23.1.

Derecho a la tutela jurisdiccional: Art. 24.1.

— Contenido del derecho a la tutela judicial efectiva

— Interdicción de la indefensión: Art. 24.1.

— Derecho a la defensa y asistencia de Letrado: Art. 24.2.

— Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable: Art. 24.2.

— Derecho a ser informado de la acusación: Arts. 17.3 y 24.2.

— Derecho a un proceso público con todas las garantías: Art. 24.2.

— Derecho a un proceso público sin dilaciones: Art. 24.2.

Índice Analítico

- Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes: Art. 24.2.
- Derecho al juez ordinario predeterminado: Art. 24.2.
- Exención, por razón de parentesco o secreto profesional, de la obligación de declarar sobre hechos delictivos: Art. 24.2.
- Derecho a la vida e integridad física y moral:** Art. 15.
- Derecho a la integridad física y moral
 - Torturas: Art. 15.
 - Tratos inhumanos o degradantes: Art. 15.
- Derecho a la vida: Art. 15.
- Derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y al secreto en las comunicaciones**
- Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen: Arts. 18.1 y 20.4.
 - Derecho a la intimidad personal y familiar: Art. 105.b).
 - Límite para el uso de la informática: Art. 18.4.
- Secreto en las comunicaciones: Art. 18.3.
- Derecho de asilo:** Art. 13.4.
- Derecho de asociación:** Art. 22.1.
- Asociaciones ilegales y prohibidas: Arts. 22.2 y 22.5.
- Disolución de asociaciones: Art. 22.4.
- Inscripción en el Registro pertinente: Art. 22.3.
- Derecho de gracia:** Arts. 62.i) y 102.3.
- Derecho de petición:** Art. 77.
- Fuerzas armadas y cuerpos sometidos a disciplina militar: Art. 29.2.
- Petición colectiva: Arts. 29.1 y 77.1.
- Petición individual: Arts. 29.1 y 77.1.
- Derecho de propiedad:** Arts. 33.1 y 33.2.
- Derecho de reunión:** Art. 21.
- Régimen de ejercicio del derecho: Art. 21.2.
 - Manifestaciones públicas: Art. 21.2.
 - No necesidad de autorización previa: Art. 21.1.
 - Prohibición por razones de orden público: Art. 21.2.
- Reunión pacífica y sin armas: Art. 21.1.
- Derecho del mar**
- Mar territorial: Art. 132.2.
- Plataforma continental: Art. 132.2.
- Zona económica exclusiva: Art. 132.2.
- Derecho internacional:** Art. 96.1.
- Derecho supletorio:** Art. 149.3.
- Derechos civiles forales o especiales:** Disp. Adic. 1.
- Derechos del condenado a privación de libertad:** Art. 25.2.
- Otros derechos reconocidos en la Constitución
 - Acceso a la cultura: Art. 25.2.
 - Derecho a los beneficios de la Seguridad Social: Art. 25.2.
 - Derecho a un trabajo remunerado: Art. 25.2.
- Prohibición de trabajos forzados: Art. 25.2.
- Derechos económicos:** Art. 42.
- Derechos fundamentales y libertades públicas:** Arts. 13.1, 27.2, 53.1 y 81.1.
- Cuestiones generales
 - Contenido de los derechos y libertades fundamentales: Art. 10.
 - Interpretación de los derechos con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos: Art. 10.2.
 - Principios, derechos y libertades con rango constitucional: Art. 9.3.
 - Suspensión de los derechos y libertades: Art. 55.
- Otros derechos reconocidos en la Constitución
 - Derecho al trabajo: Art. 35.1.
 - Contenido
 - Libre elección de profesión u oficio: Art. 35.1.
 - Promoción a través del trabajo: Art. 35.1.
 - Remuneración suficiente: Art. 35.1.
 - Libertad de empresa: Art. 38.
 - Protección jurisdiccional: Art. 53.2.
- Derechos históricos:** Disp. Adic. 1.
- Derechos políticos:** Art. 68.5.
- Derogación de las normas jurídicas:** Art. 81.2, Disp. Derog.
- Desarrollo económico:** Arts. 48, 130 y 131.
- Desarrollo regional:** Art. 131.
- Descentralización administrativa:** Art. 103.
- Desconcentración:** Art. 103.

Desequilibrios económicos: Art. 158.
Deuda pública: Art. 135.
Dignidad de la persona: Art. 10.1.
Diputaciones Permanentes de las Cámaras: Arts. 78 y 116.5.
Diputados: Arts. 68.1, 68.2, 112 y 113.2.
Diputados y senadores: Arts. 70, 71, 146, 151.2, 162.1 y 167.1.
Disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos: Art. 49.
Disposiciones administrativas: Art. 105.a).
Disposiciones de carácter general
— Leyes Orgánicas: Arts. 75.3, 79.2, 81, 147.3 y 152.1.
Doble nacionalidad: Art. 11.3.

E

Economía: Arts. 128 a 136.
Economía de mercado: Art. 38.
Educación
— Alumnado: Art. 27.7.
— Ayudas y becas: Art. 27.9.
— Madres y padres: Art. 27.7.
— Opción religiosa: Art. 27.3.
— Centros docentes: Art. 27.5.
— Privados: Art. 27.6.
— Públicos: Art. 27.7.
— Formación Profesional: Art. 40.2.
— Profesorado
— De centros públicos: Art. 27.7.
Educación física: Art. 43.3.
Ejecución de sentencias: Art. 118.
Ejercicio de derechos cívicos: Art. 104.1.
Elecciones: Arts. 68, 69 y 99.
— Régimen electoral: Art. 81.1.
— Censo electoral: Arts. 143.2 y 152.2.
— Circunscripción electoral: Art. 68.2.
— Elecciones generales: Art. 101.
— Convocatoria: Arts. 62.b) y 115.1.
— Elecciones locales: Art. 13.2.
— Juntas Electorales: Art. 70.1.
— Procedimiento electoral: Arts. 68 a 70.
— Votación: Art. 112.
Empresario: Art. 37.1.
Enmiendas: Art. 84.
Error judicial: Art. 121.
España: Art. 1.1.

Españoles: Arts. 13.2, 14, 19, 29.1, 30.1, 59.4, 60.1 y 68.5.
Estado: Arts. 1.1, 109, 131.1, 137, 142, 147.1 y 149.2.
Estado civil de las personas: Art. 39.2.
Estado de alarma: Arts. 116 y 169.
Estado de derecho: Art. 1.
Estado de excepción: Arts. 55, 116 y 169.
Estado de sitio: Arts. 55, 116 y 169.
Estatutos: Arts. 98.4, 122.1, 124.3 y 165.
Expropiación forzosa: Art. 33.3.
— Causa
— Interés social: Art. 33.3.
— Justo precio
— Indemnizaciones: Art. 33.3.
Extradición: Art. 13.3.
Extranjeros: Art. 13.1.

F

Faltas: Art. 25.1.
Faltas y sanciones administrativas: Art. 25.1.
Familia: Art. 39.1.
Federaciones: Art. 145.1.
Firma: Art. 87.3.
Fiscales: Arts. 70.1, 127.1, 159.2 y 159.4.
Fondo de Compensación Interterritorial: Art. 158.2.
Fuerza mayor: Art. 106.2.
Fuerzas Armadas: Arts. 28.1 y 62.h).
— Derechos y deberes: Art. 30.2.
— Militares de empleo (tropa y marinería profesionales): Art. 70.1.
— Organización: Art. 8.
— Armada: Art. 8.1.
— Ejército de Tierra: Art. 8.1.
— Ejército del Aire: Art. 8.1.
— Servicio militar: Art. 30.2.
Fuerzas de seguridad: Art. 104.
— Policía judicial: Art. 126.
Función social de la propiedad: Art. 33.2.
Funcionamiento anormal de la Administración: Arts. 106 y 121.
Funcionarios públicos
— Adquisición de la cualidad de funcionario: Art. 103.3.
— Derechos
— Asociacionismo: Art. 103.3.

Índice Analítico

- Incompatibilidades: Art. 103.3.
- Regulación: Art. 103.

Fundaciones: Art. 34.

G

Ganadería: Art. 130.

Gasto público: Arts. 31.1 y 31.2.

Gestión económico-financiera: Art. 136.1.

Gestión tributaria: Art. 156.2.

Gobierno: Arts. 62.e), 73.2, 77, 82, 82.3, 84, 85, 87, 90.3, 93, 95.2, 97 a 107, 116.2, 116.3, 116.4, 116.6, 124.4, 131.2, 134.1, 134.3, 134.5, 134.6, 135.1, 141.2, 151.2, 155.1, 155.2, 159.1 y 161.2.

Grupos parlamentarios: Art. 78.1.

Guerra: Art. 169.

H

Hacienda: Arts. 128 a 136.

Hacienda Pública: Arts. 94.1 y 156.1.

Haciendas locales: Art. 142.

Heredero de la Corona: Art. 57.

Herencia: Arts. 33.1 y 33.2.

Honores: Art. 62.f).

Huelga

— Constitucionalidad: Art. 28.2.

— Contenido del derecho

- Restricciones. Servicios mínimos: Arts. 28.2 y 37.2.

I

Iberoamérica: Art. 11.3.

Igualdad ante la ley: Arts. 1.1, 9.2, 31.1, 32.1 y 139.1.

- Discriminación por motivos de opinión: Art. 14.
- Discriminación por motivos de raza: Art. 14.
- Discriminación por otras condiciones o circunstancias personales o sociales: Art. 14.
- Discriminación por razón de nacimiento: Arts. 14 y 39.2.
- Discriminación por razón de religión: Art. 14.
- Discriminación por razón de sexo: Arts. 14 y 35.1.

- Principio de igualdad en el ámbito administrativo

— Materia tributaria: Art. 31.1.

Imparcialidad: Art. 103.3.

Inamovilidad: Arts. 117 y 159.5.

Incapacidad: Art. 39.3.

Incompatibilidades: Arts. 67.1, 70, 70.1, 98.3, 98.4, 122.2, 127, 136.3 y 159.4.

Indemnización: Arts. 106 y 121.

Independencia de jueces y magistrados: Arts. 117, 124.1 y 159.

Indulto: Art. 62.i).

Infracciones y sanciones: Art. 76.2.

Inhabilitación: Art. 59.2.

Iniciativa legislativa: Arts. 87.1 y 89.

Iniciativa legislativa popular: Art. 87.3.

Inmunidad e inviolabilidad parlamentaria: Arts. 66.3 y 71.

Inspección de jueces y magistrados: Art. 122.2.

Integridad territorial: Arts. 8.1 y 94.1.

Interés general: Arts. 30.3, 34.1, 47, 103.1, 128 y 155.1.

Interés público: Arts. 76.1 y 124.1.

Interés social: Art. 124.1.

Interesados: Art. 124.1.

Intervención de empresas: Art. 128.2.

Investigación científica: Art. 44.

Investigación de la maternidad o paternidad: Art. 39.2.

Inviolabilidad del domicilio: Art. 18.2.

— Consentimiento del titular o resolución judicial: Art. 18.2.

— Delito flagrante: Art. 18.2.

Inviolabilidad personal: Art. 10.1.

Irretroactividad: Art. 9.3.

J

Jefe del Estado Español: Art. 56.

Jerarquía normativa: Art. 9.3.

Jornada laboral: Art. 40.2.

— Jornada máxima legal: Art. 40.2.

— Vacaciones: Art. 40.2.

Jubilación: Art. 117.2.

Jueces y magistrados: Arts. 24.1, 70.1, 117, 122.3, 127.1, 136.3 y 159.2.

Juramento: Art. 61.

Jurisdicción militar: Art. 117.

Jurisdicción ordinaria: Art. 53.3.
Jurisdicción penal: Art. 120.2.
Justicia: Arts. 1.1 y 117.1.
Juventud: Art. 48.
Juzgados y Tribunales: Arts. 76.1, 82.6, 106, 117.4, 126, 150.1 y 163.

L

Lenguas oficiales: Art. 3, Disp. Final.
Leyes de bases: Arts. 82 y 83.
Leyes orgánicas: Arts. 87.3, 90.1, 122.2, 136.4, 141.1, 161.1.d) y 162.2.
Libertad: Arts. 1.1 y 9.2.
Libertad de circulación: Art. 19.
Libertad de expresión y libertad de cátedra, derecho a la producción y creación artística y científica, y a recibir y comunicar libremente información
— Censura: Art. 20.2.
— Creación y mantenimiento de medios de comunicación social: Art. 20.3.
— Derecho a la producción y creación artística y científica: Art. 20.1.b).
— Derecho a recibir y comunicar libremente información: Art. 20.1.d).
— Libertad de cátedra: Art. 20.1.c).
— Libertad de expresión: Art. 20.1.a).
— Límites a estos derechos: Art. 20.4.
— Protección de la juventud y de la infancia: Art. 20.4.
— Organización y control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado y acceso de los grupos sociales y políticos: Art. 20.3.
— Secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información: Art. 20.5.
Libertad de residencia y circulación: Art. 19.
— Derecho a entrar y salir libremente de España: Art. 19.
— Libertad de circulación en el territorio nacional: Arts. 139 y 139.2.
Libertad personal: Art. 17.
Libertad sindical
— Contenido del derecho: Art. 28.1.
— Derecho a afiliarse al sindicato elegido: Art. 28.1.
— Derecho a fundar sindicatos: Art. 28.1.

— Derecho de actividad de los sindicatos
— Derecho de negociación y conflicto colectivo: Art. 37.1.
— Derecho de los sindicatos a formar confederaciones: Art. 28.1.
— Derechos de los sindicatos a fundar o afiliarse a organizaciones internacionales: Art. 28.1.
— Limitaciones
— Fuerzas o institutos armados: Art. 28.1.
Liquidación de impuestos: Art. 156.2.

M

Madrid: Art. 5.
Manifestaciones: Art. 77.1.
Maternidad: Art. 39.2.
Matrimonio: Art. 32.
— Celebración e inscripción: Art. 32.2.
— Disolución matrimonial: Art. 32.2.
— Disposiciones comunes a la nulidad, la separación y el divorcio
— Desarrollo de los distintos procedimientos
— Generalidades: Art. 32.2.
— Separación matrimonial: Art. 32.2.
Mayoría de edad: Arts. 12, 59.4 y 60.1, Disp. Adic. 2.
Medidas tributarias: Art. 157.2.
Medidas urgentes: Art. 86.
Medio ambiente: Art. 45.
Menores: Arts. 39.3 y 59.1.
— Protección de menores: Art. 39.4.
Ministerio Fiscal: Arts. 76.1, 124, 126 y 162.1.
Ministros del Gobierno: Arts. 64.1, 70.1, 98.1, 98.3, 110.1 y 110.2.
Minusválidos: Art. 49.
— Prestaciones sociales y económicas
— Tratamiento y orientación psicológica: Art. 49.
Moción de censura: Arts. 113, 114.2 y 115.2.
Monarquía: Art. 1.3.
Monopolios: Art. 128.2.

N

Nacionalidad: Art. 11.

Índice Analítico

— Adquisición de la nacionalidad española: Art. 11.1.
— Apátridas: Art. 13.4.
— Pérdida de la nacionalidad: Art. 11.1.
Nacionalidades y regiones: Art. 2.
Nombramientos: Arts. 64.1, 100, 122.2, 159 y 160.

O

Objeción de conciencia: Arts. 20.1.d) y 30.2.
— Prestación social sustitutoria: Art. 30.2.
Obligaciones solidarias: Art. 108.
Ocio: Arts. 43.3 y 148.1.19.
Orden del día: Art. 73.2.
Orden público: Art. 16.1.
Ordenamiento jurídico: Art. 9.1.
Organismos administrativos: Art. 129.1.
Organización territorial del Estado: Arts. 137 a 158.
Organizaciones: Art. 105.a).
Organizaciones empresariales: Art. 131.2.
Organizaciones profesionales: Arts. 52 y 131.2.
Órganos consultivos: Art. 107.

P

Parlamentarios: Art. 67.
Parlamento Español: Art. 101.
Participación ciudadana: Arts. 9.2 y 23.
Partidos políticos: Arts. 6, 127.1 y 159.4.
Patrimonio cultural: Art. 46.
Patrimonio del Estado: Art. 132.
Patrimonio histórico-artístico: Art. 46.
Patrimonio Nacional: Art. 132.
Paz: Art. 63.3.
Paz social: Art. 10.1.
Pena de muerte: Art. 15.
Penalidad
— Medidas de seguridad: Art. 25.2.
— Penas privativas de libertad: Art. 25.2.
Personal al servicio de la Administración de Justicia: Art. 122.1.
Personalidad jurídica: Arts. 140, 141.1 y 152.3.
Personas jurídicas: Art. 27.6.
Pesca: Art. 130.
Planificación económica: Art. 149.1.13.
Playas: Art. 132.2.

Plazos y términos: Arts. 68.6, 69.6, 86.2, 99.3, 99.5, 113.3, 115.3, 116.2, 143.2, 143.3, 148.2, 151.1, 151.2 y 159.3.
Pluralismo: Arts. 1.1 y 6.
Poder judicial: Arts. 117 a 127.
Poder legislativo: Art. 66.2.
Poderes públicos: Arts. 9.1, 9.2, 39.1, 39.2, 40.1, 40.2, 41, 43.2, 44.1, 44.2, 45.2, 46 a 50, 51.1, 51.2, 53.1, 129.2 y 130.1.
Policía: Art. 70.1.
Política de empleo: Art. 40.1.
Política económica: Art. 40.1.
Política exterior: Art. 97.
Potestad normativa: Arts. 66 y 133.
Potestad reglamentaria: Art. 97.
— Control de legalidad: Art. 106.
Precios públicos: Art. 31.3.
Presidente del Congreso de los Diputados: Arts. 64.1, 72, 78.2, 90.1, 99.1, 99.5 y 109.
Presidente del Consejo General del Poder Judicial: Art. 122.
Presidente del Gobierno: Arts. 62.d), 62.g), 64.1, 92.2, 98.1, 98.2, 99 a 101, 114.2, 115.1 y 162.1.
Presidente del Senado: Arts. 72, 78.2, 90.1 y 109.
Presidente del Tribunal Constitucional: Art. 160.
Presidente del Tribunal Supremo: Arts. 122.3 y 123.
Prestaciones económicas de la Seguridad Social: Art. 41.
Prestaciones personales obligatorias: Art. 31.3.
Presunción de inocencia: Art. 24.2.
Presupuesto y gasto público: Arts. 134 y 158.
— Control y fiscalización
— Tribunal de Cuentas: Art. 136.
— Elaboración de los presupuestos
— Prórroga: Art. 134.4.
— Principios y reglas de programación y de gestión presupuestaria
— Principio de eficiencia en la asignación y en la utilización de los recursos públicos: Art. 31.2.
Presupuestos: Art. 72.1.
Presupuestos Generales del Estado: Arts. 65.1, 66.2, 75.3, 134.1, 134.2, 134.3, 134.5 y 158.1.

Prevención de riesgos laborales: Art. 40.2.
Primogénito: Art. 57.1.
Príncipe de España: Arts. 57 y 61.
Principio de impulso procesal de oficio: Art. 124.1.
Principio de legalidad: Arts. 9.3, 10.1, 31.3, 53.1, 103, 117 y 124.2.
Principio de legalidad del derecho sancionatorio: Arts. 17.1 y 25.1.
— Prohibición de sanciones administrativas que impliquen privación de libertad: Art. 25.3.
Principio de oralidad: Art. 120.2.
Principio de seguridad jurídica: Art. 9.3.
Principio de solidaridad: Arts. 138 y 158.2.
Procedimiento administrativo: Art. 105.c).
— Actos de instrucción
— Audiencia del interesado: Art. 105.c).
Procedimiento de urgencia: Arts. 86 y 86.3.
Profesiones tituladas: Art. 36.
Programa político del Gobierno: Arts. 99.2 y 112.
Progreso social y económico: Art. 40.1.
Prohibición de Tribunales de Honor: Art. 26.
Promulgación de la Constitución: Disp. Final.
Promulgación de las leyes: Arts. 62.a) y 91.
Proposición de ley: Arts. 75.2, 84, 87.2 y 89.
Prórroga de términos y plazos: Arts. 116.2 y 116.3.
Protección de datos de carácter personal
— Datos personales: Art. 18.
Protección de los hijos: Arts. 39.2 y 39.3.
Proyecto de ley: Arts. 75.2, 86 a 88, 90, 134.5 y 151.2.
Publicación de normas jurídicas: Arts. 9.3 y 91.
Publicación de sentencias y resoluciones judiciales: Art. 164.1.
Publicidad: Art. 80.
Publicidad de registros: Art. 22.3.

R

Reales Academias: Art. 62.j).
Recaudación tributaria
— Órganos recaudadores: Art. 156.2.

Reciprocidad: Arts. 13.2 y 13.3.
Recurso de amparo: Arts. 53.2 y 161.
— Clases de violaciones y presupuestos para recurrir: Art. 162.1.
— Derechos y principios no susceptibles de amparo
— Irretroactividad de normas sancionadoras no favorables al sancionado: Art. 9.3.
— Principio de seguridad jurídica: Art. 9.3.
Recursos naturales: Arts. 45.2 y 132.2.
Referéndum: Arts. 62.c), 92, 151, 152.2, 167.3, 168 y 168.3.
Reforma constitucional: Arts. 75.3, 166 a 169.
Regencia: Arts. 58 y 59.
Regente: Arts. 60.1 y 61.
Régimen disciplinario: Art. 122.2.
Registros domiciliarios: Art. 18.2.
Reglamento del Congreso de los Diputados: Arts. 72, 79.2, 80, 86.2, 87.1, 89.1 y 111.1.
Reglamento del Senado: Arts. 72, 79.2, 80, 87.1, 89.1 y 111.1.
Reinserción social: Art. 25.2.
Relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales: Arts. 108 a 116.
Relaciones internacionales: Art. 56.1.
Representación: Art. 152.1.
Representantes de los trabajadores: Art. 37.1.
Representantes extranjeros: Art. 63.
Reserva de ley: Arts. 53, 133.3 y 165.
— Alcance: Art. 76.2.
Reserva de ley orgánica: Arts. 8.2, 54, 55.2, 69.2, 81, 92.3, 93, 104.2, 116.1 y 122.1.
Resoluciones judiciales: Arts. 20.5, 22.4 y 118.
Responsabilidad de los jueces: Art. 117.
Responsabilidad penal: Arts. 55.2 y 102.1.
Responsabilidad política: Arts. 60.2, 98.2, 108, 113 y 152.1.
Responsabilidades: Arts. 64.2, 102 y 116.6.
Retroactividad: Art. 83.
Reuniones: Arts. 73 y 74.
Revalorización de pensiones: Art. 50.
Revisión constitucional: Art. 95.1.
Rey de España: Arts. 56, 60.1, 61, 65, 90.2, 91, 92.2, 99.1, 99.3, 100, 114.1, 115.1, 122.3, 123.2, 124.4, 152.1, 159.1 y 160.
Riqueza: Art. 131.1.

S

- Sanidad:** Art. 43.
Secreto profesional: Arts. 20.1.d) y 24.2.
Sector público: Arts. 128.2, 134.2, 136.1 y 136.2.
Seguridad ciudadana: Art. 104.
Seguridad del Estado: Art. 105.b).
Seguridad Social: Arts. 41 y 129.
— Ámbito de aplicación del sistema de la Seguridad Social
— Españoles no residentes en el territorio nacional: Art. 42.
— Prestaciones económicas de la Seguridad Social
— Jubilación: Art. 50.
Senado: Arts. 66, 69, 73, 74, 76, 77, 79, 80, 87, 90, 115.1, 122.3, 155.1, 159.1, 167.1 y 167.2.
Sentencia: Arts. 118 y 120.3.
Separación de jueces y magistrados: Art. 117.2.
Separación del servicio: Art. 100.
Servicio civil: Art. 30.3.
Servicios públicos
— Servicios públicos de la Administración del Estado: Art. 158.1.
Servicios sociales: Art. 50.
Sindicatos: Arts. 7, 127.1, 131.2 y 159.4.
— Funcionamiento democrático: Art. 7.
Soberanía: Arts. 1.2 y 8.1.
Sucesión a la Jefatura del Estado: Arts. 57 y 59.
Sufragio universal: Arts. 68.1, 69.2 y 152.1.
Suspensión de jueces y magistrados: Art. 117.2.

T

- Tasas y exacciones parafiscales:** Art. 31.3.
Tercera edad: Art. 50.
Territorio nacional: Arts. 19 y 68.5.
Territorios históricos: Disp. Adic. 1.
Terrorismo: Arts. 13.3 y 55.
Testamento: Art. 60.1.
Textos refundidos: Art. 82.2.

Torturas y otros delitos contra la integridad física y moral: Art. 15.

Trabajadores emigrantes: Art. 42.

Traición: Art. 102.2.

Traslados: Art. 117.2.

Tratados y convenios internacionales:
Arts. 10.2, 13.1, 13.3, 39.4, 63.2, 93, 94, 94.1, 95 y 96.

— Denuncia: Art. 96.2.

Tribunal Constitucional: Arts. 53.2, 95.2, 159 a 165., Disp. Trans. 9.

— Composición: Arts. 70.1 y 159.1.

Tribunal del Jurado: Art. 125.

Tribunal Supremo: Arts. 71.3, 102.1 y 123.

Tribunales consuetudinarios: Art. 125.

Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas: Art. 152.1, Disp. Adic. 4.

Tributos: Arts. 31.1, 133 y 134.

— Relación jurídica tributaria

— Beneficios fiscales: Arts. 133.3 y 134.2.

Tutela: Art. 60.

U

Unidad nacional: Art. 2.

Universidades: Art. 27.10.

Urbanismo

— Actividad urbanística

— Principios

— Participación de la comunidad en las plusvalías urbanísticas: Art. 47.

Utilidad pública: Art. 33.3.

V

Veto: Art. 90.

Vicepresidentes del Gobierno: Art. 98.

Vivienda: Art. 47.

— Derecho a una vivienda digna: Art. 47.

Votos particulares: Art. 164.1.

Z

Zona marítimo-terrestre: Art. 132.2.

Zonas de montaña: Art. 130.

Comentarios a la Constitución Española

XL ANIVERSARIO



Tomo II

Artículo 66 a Disposición Final



Patrocinadores



MUTUALIDAD ABOGACÍA

